

Jan Hellner

Rättsteori

En introduktion

2 upplagan

Norstedts Juridik

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>

Jan Hellner
Rättsteori

Jan Hellner

Rättsteori

En introduktion

2 upplagan

Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96, växel 08-690 91 00

Rättsteori. En introduktion

Jan Hellner

Upplaga 2:4

ISBN 91-7598-639-6

Första upplagan 1997

© 1994 Norstedts Juridik AB

Sättning och tryck: Elanders Gotab 32143, Stockholm 2000

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord till första upplagan

Denna introduktion till rättsteorien – vilken också kommer in på rättstekniken – är i första hand avsedd för den juridiska introduktionskursen, alternativt studiet av rättsteknik. Båda hör enligt nuvarande studieplan för juris-kandidat-examen till den första terminens studium. I princip förutsätts inga andra juridiska förkunskaper än som inhämtas under introduktionskursen.

Jag är väl medveten om att, utöver annat som kan invändas mot framställningen, den är subjektiv. På många ställen står det "enligt min mening" eller "jag anser för min del". Det skulle dock ha varit berättigat att skriva så ännu oftare. Inom det behandlade området finns knappast några allmänt erkända meningar, och det vore fel att ge intryck av att enigheten är större än den i själva verket är. Var och en som skriver om ämnet måste skriva på sitt särskilda sätt, utan att göra anspråk på att framställa odiskutabla sanningar. Jag har emellertid eftersträvat en jämförelsevis försiktig attityd till begreppsbildning och resonemang. Begrepp och resonemang skall vara de som studenterna kommer i beröring med under de juridiska studierna, och jag har undvikit att ge uttryck åt egna rättspolitiska värderingar.

Leif Carbell, Kurt Grönfors, Lars Heuman, Aleksander Peczenik och Stig Strömholm har vänligen läst en version i korrektur. Deras anmärkningar och påpekanden har föranlett åtskilliga ändringar, även om några varningar har förklingat ohörda. Jag är dem mycket tacksam.

Stockholm i maj 1988

Jan Hellner

Förord till andra upplagan

Denna nya upplaga är till stommen oförändrad. Stora delar är dock omskrivna, bl a för att anknyta till nyare lagstiftning, prejudikat och litteratur.

Stockholm i februari 1994

Jan Hellner

Förkortningar

A C	Law Reports, Appeal Cases
BB	Byggningsbalken
BrB	Brottsbalken
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Ds	Departementspromemoria
DsC	Departementspromemoria, civildepartementet
DsJu	Departementspromemoria, justitiedepartementet
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalken
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidskrift
JustR	Justitieråd
KL	Konkurslagen
NJA	Nytt juridiskt arkiv I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv II
prop	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap
UB	Utsökningsbalken
UP	Förordningen (1877:31 s 51) om nya utsökningslagens införande
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ÄktB	Äktenskapsbalken

Innehåll

Förord	5
Förkortningar	6
1. Rättssystemet	9
1.1. Inledande anmärkningar	9
1.2. Ett system av regler	10
1.3. Statik och dynamik	12
1.4. Olika regelsystem	14
1.5. Vad skiljer rättssystemet från andra normsystem?	17
2. Rättsreglernas giltighet	22
2.1. Inledande anmärkningar	22
2.2. Naturrätten	22
2.3. Rättspositivismen	25
2.4. Några praktiska frågor	32
3. Typer av rättsregler	37
3.1. Inledande anmärkningar. Terminologi	37
3.2. Principiella olikheter	38
3.3. Lagstiftningstekniska olikheter	45
4. Rationell argumentering	49
4.1. Inledande anmärkningar	49
4.2. Logisk rationalitet	50
4.3. Saklig rationalitet	55
4.4. Intellectuell rationalitet	59
5. Hanteringsregler	62
5.1. Inledande anmärkningar	62
5.2. Yrkanden och åberopade fakta	64
5.3. Principen "jura novit curia"	67
5.4. Materialet och prioriteringen	68
6. Tolkning av lag	72
6.1. Inledande anmärkningar	72
6.2. Tolkningsproblemen	74
6.3. Tolkningsprinciperna	77

6.4. Språkliga och formella grunder för tolkningen	86
7. Användning av prejudikat	93
7.1. Inledande anmärkningar	93
7.2. Prejudikat som bindande	93
7.3. Formella synpunkter	97
7.4. Tolkning och tillämpning av prejudikat	100
8. Rättstillämpning i övrigt	108
8.1. Inledande anmärkningar	108
8.2. Officiellt material	109
8.3. Sedvanan	112
8.4. Främmande rätt	113
8.5. Rättsvetenskapen	115
8.6. Sakens natur	116
Litteratur	121
Rättsfallsregister	126
Sakregister	128

1. Rättssystemet

1.1. Inledande anmärkningar

Det kan tyckas onödigt att som en del av en introduktion i juridiken ha ett arbete om rättsteori.¹ Arbetet förutsätter en sådan grundläggande kännedom om rättssystemet som förmedlas av Malmström–Agells lärobok i civilrätt, och om juridikens källmaterial som framgår av "Finna rätt". De som läst juridisk introduktionskurs bör vid dess slut veta vad som är dess ämne. Att på detta stadium tala om vad rättssystemet är kan tyckas jämförbart med att vid slutet av en kurs som bedrivits i universitetets lokaler ge deltagarna en beskrivning med vars hjälp de skall finna var universitetet ligger.

Det framgår av de internationella erfarenheterna att det råder delade meningar om värdet av en sådan introduktion. I USA kastas juris studerandena första terminen in i studier i kontraktsrätt och skadeståndsrätt, utan någon teoretisk förberedelse. I andra länder läses däremot tämligen avancerade läroböcker i juridisk metodlära. I Sverige menar nog många att man lär sig juridisk metod induktivt, dvs genom att dra generella slutsatser av vad som inhämtas speciellt. Studenter läser lagar och får lära sig hur de tolkas och rättsfall för att se hur domstolarna resonerar. Varje juridisk lärobok som är någorlunda utförlig kan betraktas som en tillämpad framställning av juridisk metod. Läroboksförfattaren framställer inte som sitt eget resonemang något som han anser vara oriktigt från teoretisk eller metodisk synpunkt. På sin höjd kan han nämna uppfattningar som andra hyser, även om han anser dem felaktiga.

Den orientering som ges här har ett begränsat syfte. Förf är inte specialist på allmän rättslära, och syftet är övervägande praktiskt. Det gäller att förstå vad rättssystemet är, varför det finns olika uppfattningar i grundläggande frågor, och hur dessa olikheter inverkar på framställning och argumentation i juridiken. Studenten skall få impulser att under de fortsatta studierna uppmärksamma de principiella aspekterna och därigenom lära sig metoderna induktivt, på det sätt som nyss sades. Den som studerar juridik – liksom andra ämnen i den akademiska utbildningen – behöver redan från början en kritiskt prövande inställning till lärostoffet, och en avsikt är att uppmuntra till en sådan.

Rättsfilosofiska frågor tangeras endast undantagsvis och med syftet att klar-

¹ I det följande ges i allmänhet hänvisningar till tidigare litteratur bara när det ansetts nödvändigt för att ge belägg eller förklaringar till framställningen här. Jag försöker att så ofta som möjligt hänvisa till originalframställningar, hellre än till referat i andra hand. Grundläggande svenska arbeten, som innehåller hänvisningar till annan litteratur, är A Peczenik, *Juridisk argumentation* (1990), S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1992).

göra, vilken deras praktiska betydelse är. Exempelen är så ofta som möjligt hämtade från praktiken, från lagstadganden och rättsfall och allmänna avtalsvillkor. Jag stödjer mig i stor utsträckning på erfarenheter från mitt eget tidigare arbete, vilket bl a medför att förmögenhetsrätten kommer att dominera. Jag har ansett det bättre att anföra exempel som jag mera tillfälligtvis erinrar mig från mitt eget tidigare arbete än inga exempel alls.

1.2. Ett system av regler

Rättssystemet är ett system av regler. Detta kan tyckas vara självklart, men det fordrar ändå någon förklaring. Beståndsdelarna är regler. Vad en regel är skall diskuteras utförligare senare, och då skall också olika typer av regler nämnas (3.2). Tills vidare kan sägas att en regel är en generell böra-sats i formen "om-så". Vad som står i "om"-satsen brukar betecknas som "rättsfaktum", vad som står i "så"-satsen som "rättsföljd". Språkligt sett uttrycks rättsregeln inte alltid i denna form. Till lagspråkets karakteristiska drag hör att försatsen (om-satsen) ofta uttrycks med omvänd ordföljd (man säger ibland att den har "frågeform"): "Har anbudsgivaren bestämt viss tid för svar, skall han anses ha föreskrivit, att svaret skall inom den tid komma honom till handa" (2 § 1 st avtalslagen). "Vållar någon som ej fyllt aderton år person- eller sakskada, skall han ersätta skadan i den mån det är skäligt med hänsyn till hans ålder och utveckling, handlingens beskaffenhet, föreliggande ansvarsförsäkring och andra ekonomiska förhållanden samt övriga omständigheter" (2 kap 2 § SkL). En annan vanlig teknik är att skriva "den som" eller "var och en som" i stället för "om någon": "Den som berövar annan livet, dömes för *mord* till fängelse i tio år eller på livstid" (BrB 3:1). "Var och en som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan, såvida icke annat följer av denna lag" (2 kap 1 § SkL). Det finns också andra varianter som kan omformuleras till om-så-satser utan att meningen förändras. Inte alla lagstadganden har sådan form, bl a därför att många lagstadganden inte återger fullständiga rättsregler. De är tex definitioner. De måste då förstås i sammanhang med andra stadganden eller med oskrivna regler, och den fullständiga om-så-satsen framträder om man ställer samman de olika stadgandena. 1 kap 2 § SkL lyder: "Med ren förmögenhetsskada förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada." Denna föreskrift får sitt innehåll genom att sammanställas med några andra stadganden i SkL (och f ö även i andra lagar), som begagnar uttrycket "ren förmögenhetsskada" (se 2 kap 4 §, 3 kap 1, 2 och 5 §§ SkL).

Härmed har vi tangerat vad som karakteriserar rättssystemet: det är ett *system* av regler, som står i bestämt sammanhang med varandra. Man kan karakterisera ett system genom att skilja det från en oordnad samling. En folk-

massa är en samling människor. En stenhög är en samling stenar. Ingendera är ett system men den kan bli det genom att det skapas någon form av ordning.

Det går nog att finna samlingar av regler som inte gärna kan karakteriseras som system. Det har sagts att primitiva rättsregler inte bildar system utan enbart är samlingar.² Detta är kanske sakligt tvivelaktigt men ändå belysande. För egen del skulle jag vara benägen att karakterisera Förenta Nationernas katalog över mänskliga rättigheter som en oordnad samling. De olika satserna om vad som är mänskliga rättigheter har inte mycket sammanhang med varandra, och det är högst osäkert vilken relation dessa satser har till andra rättsregler i nationella och internationella system. Här kan andra protestera och säga att rättighetskatalogen utgör ett system, och de argument som de då anför kan belysa skillnaden mellan ett system och en oordnad samling.³ Men för att klargöra vad som menas med system bör exemplet duga.

Karakteristiskt för rättssystemet är alltså att reglerna står i sammanhang med varandra, att de är samordnade inbördes. Regeln om att berövande av livet straffas som mord står i sammanhang med BrB 1:2, om uppsåt, samt med den regel som följer omedelbart efter den om mord i BrB, nämligen 3:2. Den säger att om brott som nämns i 1 § "med hänsyn till de omständigheter som föranlett gärningen eller eljest [är] att anse som mindre grovt" dömes för dråp till ett straff som är lägre än enligt 1 §. Båda dessa bestämmelser måste ses i samband med 24 kap BrB, bl a dess 1 § som i 1 st föreskriver: "Gärning som någon begår i nödvärn skall icke medföra ansvar." Vidare måste reglerna om straff för mord och dråp ses i sammanhang med regler om åtal och om verkställighet av straff.

En berömd engelsk rättsvetenskapsman och historiker, F.W. Maitland, uttryckte i slutet av 1800-talet en liknande tanke så, att rätten från historisk synpunkt sedd är "en väv utan sömmar" ("a seamless web").⁴ Kanske kan man se sömmarna, men även när så är fallet är styckena tätt förenade med varandra.

Man kan fortsätta länge och finna sammanhang mellan olika regler, och sammanhangen är ofta komplicerade. Ett skäl för att det behövs juridiska studier och att inte vem som helst kan tillämpa lagstadganden bara på grundval av att ha läst lagboken är att rättsreglerna har detta sammanhang med varandra. (Det finns också andra skäl, men de behöver inte nämnas nu.) I fortsättningen kommer förhoppningsvis att framgå på andra sätt, varför det är viktigt att betona systemaspekten.

Det finns olika typer av system. Rättssystemet kan karakteriseras som ett "styrt" eller innovativt system. Förändringar inom systemet sker inte enligt naturlagar (såsom i fysikaliska system), eller genom anordningar för anpassning till den egna verksamhe-

2 Se M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (Studienausgabe Tübingen 1972) s 396.

3 Se H Kanger, *Human Rights in the U N Declaration* (1984)

4 F. Pollock & F.W. Maitland, *A History of English Law before the Time of Edward 1*, Vol 1 (nytryck Cambridge 1968) s 1.

1.3

tens utveckling eller till omgivningarna (såsom i funktionella eller adaptiva system, t ex en ångmaskin med säkerhetsventil eller en uppvärmningsanordning med termostat). Förändringarna sker i enlighet med medvetna beslut. Beslutsfattaren undersöker vilka mål han vill uppnå och hur han bäst skall uppnå dem. Andra exempel på styrda system är företag, militära operationer och kommunikationsutrustningar för samhällen.

Att rättssystemet är ett styrt system innebär inte att alla rättsregler och alla beslut har ett bestämt samhällsutvecklande syfte. Tvärtom anser många att grundläggande för rättssystemet är att tillgodose värden som förtjänar allmänt erkännande. Motsättningen mellan olika ideal hör till det som skall behandlas senare (nedan 2 kap). Ingen lär emellertid kunna bestrida att rättssystemet, sådant som vi finner det, kännetecknas av att lagstiftare bestämmer vilka lagar som skall gälla och därvid har en avsevärd frihet att bestämma lagarnas innehåll, och att domare eller andra myndigheter på liknande sätt har frihet att bestämma hur lagar och andra rättsregler skall tillämpas. I denna mening är rättssystemet ett styrt system.

1.3. Statik och dynamik

Typiskt för det sätt på vilket rätten analyseras och framställs vid de juridiska studierna (och även i större delen av rättsvetenskapen) är att uppmärksamheten är riktad på den *statiska* aspekten, alltså på systemet sådant det är vid en bestämd tidpunkt. Vad som skildras är den gällande rätten. Läroböckerna framställer de lagregler som gäller nu, och det anses viktigt att en bok åtminstone när den utkommer är aktuell beträffande lagstiftning och rättsfall samt litteratur. Metoder för lagtolkning och rättsfallstolkning utgår från att i systemet finns en inneboende osäkerhet om vad som gäller, och metoderna avser att inom systemets ram såvitt möjligt avlägsna denna osäkerhet. Även dessa metoder hör till systemet i dess statiska form.

Hur en framtida rättsutveckling kan te sig behandlas vanligen inte i den juridiska litteraturen, framför allt inte i lärobokslitteraturen. Undantag görs kanske för situationer där den framtida utvecklingen kan överblickas med någon säkerhet, t ex när det föreligger lagförslag som sannolikt snart kommer att antas. Detta förutsätter vanligen att förslaget hunnit så långt som till proposition eller åtminstone lagrådsremiss.

Det är inte skäl att förvånas över att den statiska aspekten står i förgrunden för de juridiska studierna. Dels har under långa perioder, framför allt under 1800-talet, utvecklingen varit förhållandevis långsam, och det har varit goda praktiska skäl för att behandla systemet som statiskt. Lagstiftningen har ofta haft som främsta syfte att "kodifiera", dvs i lagtext fixera, rättsregler som redan utbildats genom domstolarnas praxis eller som framgått av rättsvetenskapens läror. Följderna av detta visar sig även i vår tid, när förändringarna sker oftare och snabbare. Dels är de regler som ingår i gällande rätt, dvs i rättssystemet sett från den statiska synpunkten, i stora drag tämligen fasta och säkra. Även om det kan komma nya rättsfall, bygger avgörandena regelbundet på det bestående grund.

Rättssystemet är emellertid också ett *dynamiskt* system, dvs ett system som befinner sig i ständig förändring. Rättssystemet för tjugo år sedan är inte rättssystemet av i dag, och rättssystemet om tjugo år kommer att vara ett annat än det vi har i dag. I en beskrivning av dynamiken ingår hur systemet förändras. Vad som bestämmer den dynamiska utvecklingen är mycket mer svårbestämt än vad som rör systemet i dess statiska form. Så är fallet inte minst i Sverige, vars konstitution innehåller jämförelsevis få föreskrifter om rättsreglernas innehåll, t ex att dödsstraff inte får förekomma och att strafflag och skattelag inte får ges tillbakaverkande kraft. Andra stadganden i regeringsformen, t ex om expropriation (RF 2:18), visar sig vid närmare granskning endast föreskriva att det fordras lagform för inskränkningar av de rättigheter som i princip tillerkänns medborgarna. Sverige skiljer sig i detta avseende från t ex USA och Tyskland, där även lagstiftningen i väsentliga avseenden är bestämd av konstitutionella regler.

De dynamiska aspekterna på rättssystemet framträder främst vid lagstiftning. Denna sker inte efter rena lämplighetsöverbäganden vilka är obundna av regler. Sverige är bundet vid internationella konventioner, av vilka Europakonventionen och EES-avtalet för närvarande är de mest uppmärksammade. Bundenheten kommer att bli ännu mycket starkare vid ett eventuellt framtida medlemskap i EU.

Bundenheten vid konventioner är inte det enda skälet till att lagstiftningen inte sker helt fritt. Även vid lagstiftning fordras en kontinuitet med den tidigare rätten. Det ställs också krav på en rationalitet i resonemangen, som inte är densamma som men dock påminner om den vid tillämpning av nu gällande rätt.⁵

Till rättssystemets dynamik hör också den ständigt pågående utvecklingen genom nya tillämpningsföreskrifter för förvaltningsmyndigheter med stöd av "ramlagar", nya kollektivavtal på arbetsmarknaden, nya allmänt brukade standardavtal inom förmögensrätten osv. Inom den offentliga rätten har en sådan utveckling en praktisk betydelse som kan jämföras med den genom lagstiftning. Eftersom straff inte kan åläggas utan stöd av lag sker däremot utvecklingen inom straffrätten, i den mån det inte sker en förändring genom nya prejudikat, nästan helt genom lagstiftning.

En diskussion av rättsreglerna på det dynamiska planet förutsätter grundläggande värderingar. Värderingarna behandlas minst lika mycket av filosofer, sociologer, ekonomer och statsvetenskapsmän som av jurister, även om de tar sikte just på rättssystemet och dess utveckling. Berömda arbeten har under senare år utgivits av John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974) samt Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) och *Law's Empire* (1986).

5 Se härom J Hellner, *Lagstiftning inom förmögensrätten* (1990). Ett klassiskt arbete om lagstiftningslära är J Bentham, *Nomography*, från början av 1800-talet (Works, Bowring ed. Vol III). Det grundläggande moderna arbetet är P Noll, *Gesetzgebungslehre* (Reinbek 1973).

Andra arbeten tar sikte på rättens utveckling inom speciella områden och de fakta och värderingar som då blir aktuella. Sådana arbeten rör rättspolitik. Som exempel kan nämnas ett inflytelserikt svenskt arbete, Ivar Strahl, "Förberedande utredning på skadeståndsrättens område" (SOU 1950:16).

Vid de juridiska studierna kommer emellertid studenterna vanligen i ringa beröring med arbeten som behandlar rättens utveckling. Med dessa antydningar lämnas rätten som dynamiskt system. I fortsättningen skall jag, såsom brukligt, hålla mig till rätten som ett statiskt system av rättsregler.

1.4. Olika regelsystem

Mycket av vad som har sagts hittills om rättssystemet skulle, bortsett från exemplen, kunna tillämpas på åtskilliga andra system som också består av regler. Ganska ofta jämförs rättssystemet med en maffias regelsystem, som kan vara ett helt annat än rättssystemet. Enligt min mening är en sådan jämförelse missvisande, genom att maffians regelsystem typiskt sett står i strid med rättssystemet. Om någon anger en maffiamedlem för polisen kan dess regelsystem kräva att han dödas (min källa är här dålig litteratur och dåliga filmer). Detta godtas inte av rättssystemet, som även i detta fall straffar den skyldige för mord. Mer upplysande är en jämförelse med ett system av regler som inte står i strid med rättssystemet, utan till vilket detta system ställer sig opartiskt. En sådan jämförelse kan hjälpa oss att förstå rättssystemets särdrag.

Till dessa andra system hör *regler för sport, spel o dyl.* Det finns detaljerade regler för olika sportgrenar om vem som skall betraktas som amatör resp professionell, hur spelet skall tillgå, hur överträdelser bestraffas o s v. Ofta finns dömande myndigheter och t o m instansordningar, så att ett avgörande kan överklagas till högre instans. Men även om regelsystemen i princip är fristående från rättssystemet, kan detta ändå gripa in i särskilda fall. Om det skulle visa sig att ett beslut om tillämpning av regler inom sporten skulle vara påverkat av mutor – det spelar ingen roll om exemplet är praktiskt – kan säkerligen beslutet förklaras ogiltigt av domstol. Man är nära en sådan tillämpning av regler i ideella föreningar, t ex fackföreningar och intresseorganisationer, som även rättsvetenskapen befattar sig med. I allmänhet lämnar rättsordningen en betydande frihet för styrelse och föreningssammanträden att fatta beslut som är bindande för medlemmarna, under förutsättning att föreningens egna stadgar iakttas. Men i extrema fall kan rättsordningen lägga sig i verksamheten och t ex förklara en uteslutning ogiltig, även om den skett i enlighet med stadgar.⁶ Gränsen mellan rättssystemets regler och vad som utgör ett fristående regelsystem är således inte skarp.

En jämförelse som ofta görs är den mellan rättsregler och spelregler, t ex

6 Se C Hemström, Uteslutning ur ideell förening (1972).

regler för schack.⁷ Schackspelet har som bekant invecklade regler. Några av dem iakttas automatiskt, genom att schackbrädet och pjäserna är konstruerade så att de motsvarar spelets regler. Andra regler iakttas genom att spelarna känner till dem och följer dem när de flyttar sina pjäser.

På liknande sätt har tex bridge sina regler. Det är av vikt att skilja dessa spelregler, tex att man måste bekänna färg, från de lämplighetsregler som gäller för dem som vill ha framgång i spelet. Brott mot de senare kan leda till en förebråelse eller en utskällning från medspelaren, men detta är en sanktion av annat slag än den som inträffar vid en överträdelse av spelreglerna, tex underlåtenhet att bekänna färg eller "revoke". Om spelet gäller pengar, kan falskspel, dvs medveten och dold överträdelse av reglerna, vara en straffbar handling och sålunda komma in under rättssystemet.

De slutsatser som kan dras av detta är främst två. Den ena är att reglerna om sport och spel på intet sätt behöver stå i motsatsställning till rättssystemets regler men ändå, vilket visar sig i vissa situationer, är underordnade dem. Den andra är att man bör skilja spelregler från lämplighetsregler, trots att spelarna kanske inte psykologiskt skiljer dem åt.

Den senare slutsatsen har relevans även för rättsreglerna. Ett företag kan ha rutiner för sitt handlande som visserligen är influerade av rättsreglerna men som bör karakteriseras som lämplighetsregler. Försäkringsbolagen kan ha detaljerade skriftliga instruktioner till sina skadereglerare om de ersättningar som dessa skall betala ut vid skador av olika slag. Dessa instruktioner är inte alltid så utformade att de klart skiljer mellan vad som följer av rättsreglerna och vad som är bolagets interna praxis. För att förstå rättsreglernas karaktär är det emellertid nödvändigt att göra skillnaden klar.

De regler som tillhör rättssystemet och som inte är lämplighetsregler betecknas ofta som *normer*. Denna term kan vara mera klagörande än "regel", en term som är flertydig bl a genom att den även kan begagnas för lämplighetsregler. "Regel" kan också begagnas som benämning för en regelbundenhet utan bindande karaktär av något slag (ex: "hans regel är att ta en snaps till middagen").⁸

Det regelsystem vars förhållande till rättssystemet är på en gång viktigast, svårast att bedöma och mest omstritt är *moralreglerna*. Även dessa regler betecknas ofta som normer. De har liksom rättsreglerna en generell prägel, genom att man inte kan undandra sig dem på samma sätt som man kan undandra sig bridgens regler genom att låta bli att spela bridge. Förhållandet mellan rätt och moral rymmer emellertid flera olika frågor som inte bör blandas samman.

Några anser att åtminstone vissa rättsregler främst är grundade på sin över-

7 En sådan jämförelse görs av Alf Ross, *Om ret og retfærdighed* (København 1953) s 22 ff, men närmast för att visa att schackreglerna liksom rättsreglerna av honom uppfattas som ett socialt fenomen.

8 Det förekommer också en skillnad mellan "regler" och "riktlinjer", som skall beröras nedan 3.2.4. Både regler och riktlinjer är normer.

ensstämmelse med moralen. De anser att även om samhällsnytteskäl kan anföras vid sidan av de moraliska, är de senare ändå de viktigare. Detta gäller inte bara grundläggande straffrättsliga regler utan också sådana civilrättsliga regler som att avtal skall hållas och att den som genom uppsåt eller oaktsamhet skadar annan skall ersätta skadan.⁹ Redan den omständigheten att det finns undantag från dessa principer i lagstiftningen gör det diskutabelt, vilket förhållandet är mellan rätt och moral. Många avtal är inte bindande, t ex de som omyndiga har ingått, för att ta det mest slående exemplet. Modern kontraktslagstiftning överflödar av tvingande regler, vilka medför att vad som avtalats blir ogiltigt om det strider mot reglerna. 4 kap 1 § SkL ålägger arbetstagarare endast ett mycket begränsat skadeståndsansvar för skador som de orsakar i tjänsten genom oaktsamhet. Å andra sidan finns det straffrättsliga regler som med straff belägger handlingar vilka inte har några påvisbara samhällsskadliga verkningar men som anses strida grovt mot moralen. Dit kan räknas incest mellan vuxna helsyskon (BrB 6:2 st 2).

Antalet sådana regler har minskat på senare år, vare sig det beror på att moraluppfattningen har förändrats eller på att lagstiftaren har tagit avstånd från att tillgodose moralen genom straffregler. Vad som har anförts nu är mer ett problem för lagstiftaren än något som komplicerar bedömningen av vad som är rättsregel.

Det anses också finnas en allmän moralisk plikt att följa rättsreglerna.¹⁰ Undantag från denna plikt kan finnas vid "civil disobedience", d v s vägran att följa rättsregler som åtminstone den handlande själv anser strida mot moralen. I samhällen där förtryck och despoti härskar är civil disobedience ett stort och brännande problem. I Sverige är problemet mindre. Inte heller detta hör till den bestämning av rättssystemet som är ämnet här.

Av mera direkt intresse är att enligt en åsikt som har skarpsinniga och inflytelserika företrädare, begreppet rättsregel måste bestämmas med hänsyn också till moralen. En starkt omoralisk regel är enligt denna uppfattning inte en rättsregel, inte ens om den utfärdats av den behörige lagstiftaren i den form som är föreskriven för lag.¹¹ Det mest slående exemplet på en sådan uppfattning är att en lag som utfärdades i Tyskland under nazi-tiden och som framtog emigrerade judar deras tyska medborgarskap, av den tyska författningsdomstolen förklarades vara en nullitet därför att den stred mot grundläggande moraliska principer.¹²

Utan att ta ställning till om frågan över huvud kan avgöras med enbart ratio-

9 Se t ex P S Atiyah, *Promises, Morals and Law* (Oxford 1981) betr avtalsrätten.

10 Detta är ett huvudtema i J Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge Mass 1971).

11 Jfr A Peczenik, *Juridisk argumentation* (1990) s 45 ff.

12 Se *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Bd 33, 98 (s 106) (14 febr 1968). Bundesverfassungsgericht stödde sig på den uppfattning om förhållandet mellan rätt och moral som uttalats av den tyske filosofen Gustav Radbruch. Jfr R Alexy, *On Necessary Relations Between Law and Morality*, *Ratio Juris* Vol. 2 (1989) s 167 ff (s 174) samt *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg im Br/ München 1992) s 18 ff.

nella argument – något som jag inte är kompetent att bedöma – vill jag som utgångspunkt för det följande välja en formell bestämning. Enligt denna är rättssystemet och moralssystemet två olika system, vilkas regler delvis sammanfaller, delvis skiljer sig från varandra. Huruvida en regel ingår i rättssystemet får avgöras enligt de kriterier som strax skall diskuteras. Rättsregler kan vara grundade på sin överensstämmelse med moralen, eller i varje fall på en moraluppfattning hos dem som infört dem. Vid en tillämpning av rättsregler kan man också ta hänsyn till moralen. Det senare är en fråga om den rätta tillämpningen av rättsreglerna. Huruvida regler är moraliska eller ej är dock enligt den uppfattning som företräds här inte avgörande för om de skall räknas till den speciella typ av normer som rättssystemet utgör. Enligt en sådan uppfattning är det också möjligt att kritisera rättsregler som antas vara gällande, därför att de är omoraliska.¹³

1.5. Vad skiljer rättssystemet från andra normsystem?

Vid besvarandet av den fråga som ställs i rubriken vill jag utgå från två förut-sättningar, vilka accepteras av några men inte alla rättsteoretiker.¹⁴ Den ena är att frågan hänför sig till systemet, inte dess särskilda beståndsdelar, reglerna, sedda isolerade. Detta skall diskuteras närmare senare (se särskilt nedan 3.2.2 om begreppet "lex imperfecta"). Den andra är att bestämningen *inte* utgår från att en rättsregel måste vara *gällande*, i någon vedertagen mening. Det finns regler som inte gäller men som ändå till sin typ är att betrakta som rättsregler, tex regler som har upphört att gälla, eller regler som kanske i en framtid kommer att infogas i rättssystemet.

En nära till hands liggande bestämning är att rättsreglerna är de regler som tillämpas av domstolar och andra myndigheter. Det klassiska uttrycket för denna uppfattning har getts av en amerikansk rättsvetenskapsman och domare, Oliver Wendell Holmes, under senare delen av 1800-talet: "The prophecies of what the courts will do ... are what I mean by the law".¹⁵

Detta träffar otvivelaktigt i det stora flertalet fall det rätta. När man frågar om en regel är en rättsregel vill man veta om den tillämpas av domstol. Enligt svensk rätt är en utfästelse att i framtiden sälja en fastighet till en viss person, ifall försäljning blir aktuell, inte rättsligt bindande.¹⁶ Detta innebär att utfästelsen inte kan göras gällande inför domstol, och rör inte möjligheten att en underlåtenhet att fullfölja utfästelsen bör betraktas med ogillande. Frågar man efter den rättsliga bedömningen av homosexuella handlingar i olika länder, frågar man hur de bedöms av domstol, huvudsakligen om de är straff-

13 Jfr G H von Wright, *Ratio Juris* Vol 3 (1990) s 321 ff (s 326 f).

14 Se tex Å Frändberg, *Rättsregel och rättsval* (1984) som diskuterar dessa frågor.

15 Se uppsatsen *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 1897 s 457 ff.

16 Regeln följer av JB 4:1, även om det kanske inte framgår omedelbart av lydelsen.

bara, inte efter om de kan medföra att en arbetsgivare ger den som utfört handlingen sparken från jobbet, eller hur handlingen betraktas av dem som anser sig företräda moralen.

Den nämnda bestämmningen ger upphov till olika svårigheter. En som enligt min mening inte förtjänar stort avseende är att den inte är till vägledning för domstolarna. Det är inte till någon glädje för dem att veta, att om de skulle tillämpa en viss regel den skulle bli en rättsregel. Bestämningen är inte avsedd att upplysa om detta. Det finns otaliga problem för dem som dömer i domstolar eller eljest tillämpar författningar och på detta sätt är "inne" i systemet att bestämma hur de bör handla. Dessa problem får lösas på annat sätt. Nu är frågan vad som skiljer rättssystemet från andra regelsystem.

En annan invändning är att det finns rättsregler som aldrig tillämpas av domstolarna, och om vilka detta kan förutses, och att därför tillämpning aldrig blir aktuell. Ser man till förfluten tid kan man ibland uttala sig med stor säkerhet om att reglerna inte har tillämpats. Det finns brott som aldrig begås eller i varje fall aldrig blir åtalade (t ex "envig", dvs duell, under senare delen av den tid under vilken strafflagen innehöll regler om detta brott). Det finns civilrättsliga institut som aldrig har slagit igenom i praktiken (t ex "ny åborätt" – en form av ärftlig arrenderätt till jord som numera är avskaffad även på papperet). Det finns också nu gällande regler om vilka man med stor sannolikhet kan förutsäga, att de aldrig kommer att tillämpas. Denna invändning kan man undgå genom att säga att regeln skulle tillämpas om tillfälle gavs. Svaret kan behöva nyanseras för att bli mer tillfredsställande. Skulle även de bästa nyanseringar förbli otillfredsställande beror det kanske på att de som utfört analysen inte varit tillräckligt skickliga.¹⁷

Som en mera vägande invändning kan betraktas att det finns regler som aldrig kommer att tillämpas av domstolar eller andra motsvarande myndigheter på grund av sin natur. I första hand åsyftas statsrättens grundläggande regler om sättet för lagstiftning och andra beslut, om riksdagens arbetsformer o dyl, men även regler som innebär inskränkningar i lagstiftarens makt. I vissa stater, t ex Sverige, kan domstolarna pröva t ex om en strafflag har getts tillbakaverkande kraft, i strid med författningen, och om de finner att så är fallet tillämpar de inte lagen. Domstolarnas lagprövningsrätt är dock föga utvecklad i Sverige i jämförelse med vad som är fallet i andra länder, t ex Norge, Tyskland och USA. I andra stater, t ex Finland, kan domstolarna inte pröva grundlagsenligheten av lagar, utan iakttagandet av grundlagsreglerna åvilar riksdagen själv. Men det är knappast en tillfredsställande begreppsbildning att säga att i den grupp av stater där domstolsprövning förekommer, sådana statsrättsliga regler är rättsregler, men inte i den andra gruppen.

Man kan vidare peka på att många av folkrättens regler inte kan tillämpas av domstolar, i varje fall inte utan att stat själv medger att en tvist om tillämp-

¹⁷ Jfr t ex T Eckhoff, TfR 1987 s 210 ff.

ningen av regeln får prövas. Man kan naturligtvis säga att sådana folkrättsliga regler inte är rättsregler utan ett slags moralregler för staterna. Men detta vore dels rätt intetsägende, dels att bygga alltför mycket på en speciell omständighet.

Jag väljer en bestämning som – såvitt jag förstår – undgår dessa och åtskilliga andra invändningar. Rättsregler är de regler som till sin typ ingår i ett till staternas verksamhet anknutet system. Ingen kan ta miste på att varje stat har ett omfattande system av regler, av vilka de flesta tillkommer genom lagstiftning i därför bestämda former, och av vilka de flesta tillämpas av domstolar och andra myndigheter. Med denna bestämning är det klart att de nyss nämnda reglerna är rättsregler, även om på grund av omständigheterna det aldrig blivit aktuellt att de tillämpas av domstolar eller andra myndigheter. Det finns också regler som tillkommer genom kommunernas organ. Kommunerna ingår emellertid i den statliga organisationen i vidsträckt mening, och den kommunala kompetensen bestäms av statliga regler. Även de statsrättsliga reglerna anknyter till statens verksamhet, och de är därför utan tvivel rättsregler. Beträffande de folkrättsliga reglerna kan kanske fortfarande något tvivel råda, eftersom de primärt inte ingår i någon särskild stats regelsystem. Men en närmare analys – som inte kan presteras här – skulle säkerligen ge vid handen, att det är riktigare att karakterisera de folkrättsliga reglerna som rättsregler än som något slags särpräglat regelsystem, varken fågel eller fisk.

Även med denna bestämning uppkommer ett stort antal gränsfall av olika slag. Bestämningen är godtagbar även om det finns sådana fall. Den är i olika avseenden "öppen", dvs det finns regler om vilka man kan tveka huruvida man vill kalla dem rättsregler eller ej.¹⁸ Det kan hävdas att allmänna avtalsvillkor, även sådana som begagnas generellt, faller utanför. Som exempel kan nämnas Internationella handelskammarens regler om remburs, vilka allmänt tillämpas för denna betalningsform. Följden av ett sådant betraktelsesätt blir att de får betraktas som ett särskilt slag av rättsfakta, som under givna förutsättningar tillämpas av domstolar med undanskjutande av regler. Man kan i stället betona att de fungerar på ett sätt som i allt väsentligt överensstämmer med lag. Skäl kan anföras för båda ståndpunkterna. Vilket betraktelsesätt som bör väljas kan inte avgöras på teoretiska grunder. För domstolar är det praktiska problemet om de allmänna villkoren skall tillämpas, och detta kan inte avgöras genom någon begreppsbestämning. För dem som skriver läroböcker är frågan om de skall tas med i deras läroböcker eller inte, och inte heller den frågan kan avgöras genom bestämningar av vad som ingår i rättssystemet. York-Antwerpen-reglerna om gemensamt haveri i sjörätten tillämpades länge undantagslöst i Sverige, som del i allmänna avtalsvillkor. 1967 blev de lag i Sverige. Att fråga huruvida de var gällande rätt i Sverige eller inte

18 På engelska talas om "open texture". Termen torde härröra från F Waismann, "Verifiability", i *Logic and Language*, A G N Flew ed, (Oxford 1952) s 117 ff (s 119 f).

före 1967 är en strid om påvens skägg. Det finns ett antal praktiska frågor rörande tillämpningen av allmänna avtalsvillkor, t ex hur tolkningen av dem förhåller sig till tolkningen av lag, men de får behandlas i andra sammanhang.

Ibland kan det vara tvivelaktigt var gränsen går mellan allmänna avtalsvillkor (standardavtal) och offentliga föreskrifter, t ex post- och televerkens bestämmelser.¹⁹ Hur gränsen skall dras får, när det blir aktuellt, avgöras som en rättsfråga av vanligt slag, t ex om man kan tillämpa 36 § avtalslagen på sådana bestämmelser. En bestämning av vad rättssystemet omfattar är utan värde för att avgöra sådana frågor.

"Vägledande regler om god advokatsed" antagna av Sveriges advokatsamfund, är väsentligen att betrakta som yrkesetiska regler. Men genom att de grundläggande principerna är fastlagda i lag (RB 8:7) och allvarliga brott mot dessa regler kan föranleda uteslutning ur advokatsamfundet, samt sådan uteslutning kan överklagas till Högsta domstolen, finns en direkt anknytning till den statliga rättsordningen. Det är meningslöst att fordra en så precis bestämning av vad som ingår i rättsordningen att den skall ge ett exakt besked om vad i den goda advokatseden som skall räknas som rättsregler.

Med denna utgångspunkt kan man också svara på frågan, vilka rättsregler som är gällande. Gällande är de som i dag är införlivade med rättssystemet. Det är alltså den aktuella situationen som är avgörande. Detta är inte utan praktiska problem, och dessa skall behandlas senare (under 2.4.4.5). Även i gränsområdet blir tidsfaktorn avgörande. Räknar man t ex Internationella handelskammarens bestämmelser om rembursen till rättssystemet, därför att de i praktiken tillämpas lika generellt som lagregler, får man skilja mellan nu gällande bestämmelser, de som gällde tidigare och de som kan komma att införas i framtiden. De som gäller nu är gällande.

Slutsatsen bör emellertid inskräpas: varken den principiella bestämningen av vad som är en rättsregel eller vad som är en gällande regel kan vara ett argument för bedömningen av praktiska juridiska frågor. Sådana får avgöras på andra grunder.

Här har tidigare nämnts skillnaden mellan normer och lämplighetsregler. Lämplighetsreglerna är av intresse bl a för advokater och andra företrädare för allmänheten, t ex vid processande, vid förhandlingar när tvist har uppstått, och vid ingående av avtal. Lämpligheten kan inte bedömas utan stor hänsyn till rättsreglerna, men härtill kommer andra faktorer, som beror av vilket slag av framgång som eftersträvas.²⁰ För en advokat, eller kanske rättare för hans klient, kan det vara mindre värdefullt att vinna en process om klienten därigenom förlorar en kund. En advokat kan vilja avråda en klient från att åtala en person för ärekränkning, även om det är ganska säkert att domen skulle bli fällande, därför att publiciteten blir skadligare än den rättsliga framgången.

En komplikation i förhållande till vad som är vanligt vid spel är att det ofta

19 Se Avtalsvillkor eller föreskrifter, SOU 1990:100.

20 Sådana frågor behandlas i mitt kompendium Kommersiell avtalsrätt (4 uppl 1993).

råder en betydande osäkerhet om rättsreglernas innehåll. Ibland kan osäkerheten elimineras genom efterforskningar av rättsregler och fakta, men kostnaden kan vara så stor att arbetet inte är motiverat. I andra fall kan inte ens genom djupgående arbete någon säkerhet vinnas. Detta får tas med i beräkningen av vad som är lämpligt.

2. Rättsreglernas giltighet

2.1. Inledande anmärkningar

Vad som sades i föregående kapitel är inte avsett att motsvara det som rätts-teoretikerna vanligen åsyftar när de diskuterar "gällande rätt". De ställer frågan vari rättsordningens *giltighet* består, särskilt relationen mellan giltighet och verklighet.¹ Detta ämne har mindre betydelse för praktiska ändamål. Man kan skilja mellan dem som är "inne i" systemet, såsom lagstiftare, domare eller andra myndigheter, eller halvt utanför, halvt innanför, såsom advokater eller rättssökande allmänhet, eller helt utanför, såsom studenter eller tidningsläsare. Till den senare gruppen kan räknas rättsvetenskapsmännen, även om deras arbeten kan influera domare och advokater och de därigenom skiljer sig från t ex studenterna. Systemets giltighet bekymrar inte mycket någongondera gruppen. Det finns där och det fungerar. De praktiska problemen kan i allmänhet lösas utan att det behövs någon bestämning av vad giltigheten är eller beror på.

Det finns emellertid vissa frågor som har ett sammanhang med giltigheten, eller kanske snarare med åsikter om giltigheten. En del har att göra med hållbarheten i juridiska resonemang, andra med speciella förhållanden rörande lokal och temporär giltighet.

Man kan – med en betydande förenkling – urskilja två huvudlinjer i diskussionen om giltigheten. Den ena är att den beror på rättsreglernas innehåll. Vissa regler anses ha ett sådant innehåll att de därför bör betraktas som giltiga. Denna uppfattning kan kallas *naturrättslig*. Den andra går ut på att giltigheten beror av det sätt på vilket rättsreglerna kommit till och tillämpas. Detta är en *positivrättslig* uppfattning. Den senare dominerar i Sverige och det finns många varianter.

2.2. Naturrätten

Tanken på en naturrätt kan, mycket allmänt uttryckt, sägas innebära att det finns en högre rätt än den som tar sig uttryck i lagstiftning och domar. Sådana idéer har haft stort inflytande under äldre tider, från antiken genom medelti-

1 Problemets vikt för rätts-teoretikerna kan iakttas genom att man ser överensstämmelsen i titel mellan två – sinsemellan mycket olika – arbeten i rättsteori: Alf Ross, *Virkelighed og gyldighed i retslæren* (København 1933) och J Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt/M 1992).

den till 1600- och 1700-talen, och de är fortfarande livskraftiga i vissa länder.² De har påverkat rättsordningar som fortfarande är i kraft, bl a den franska Code civil (1804) och den österrikiska Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811).

Naturrättens anspråk kan dock endast röra en begränsad del av rättssystemet. Jesus av Nasaret sade som bekant att man skall giva kejsaren vad kejsaren tillhör – närmare bestämt den skatt som kejsaren kräver – och Gud vad Gud tillhör.³ Det finns alltså ett område där reglerna inte kan härledas ur en högre rätt och där inte genom lagstiftning eller rättspraxis införda regler kan bedömas på grundval av någon överensstämmelse med naturrätten. Ett problem med naturrätten blir därför att bestämma var dess gränser går. Är barns rätt att ta arv efter sina föräldrar grundad på naturrätten eller ej?⁴ Låt oss tills vidare lämna denna fråga obesvarad och se varför man kan vilja ansluta sig till en naturrättslig åskådning inom det därför lämpade området.

Det viktigaste skälet är att det finns ett antal regler om vilka man inte gärna vill anta att deras giltighet bara beror på att det finns lagstiftning. Skulle en sådan regel som att det är orätt att mörda inte ha annan giltighet än den som beror på att mord är straffbart enligt gällande svensk lag? Det förefaller som om straffbudet bara bekräftade något som är givet på förhand, varjämte det naturligtvis preciserar hur strängt straffet skall vara.

Ett skäl för att åberopa naturrätten, vilket har spelat en roll i detta århundrade, är att den har ansetts ge en grund för att underkänna lagregler, som har tillkommit i vederbörlig ordning och även tillämpats av domstolarna, därför att de är uppenbarligen orättfärdiga. Efter nazi-regimens fall hävdades av rättsfilosofer och godtogs av domstolar, att de förföljelselagar som tillämpats inte kunde betraktas som giltiga, därför att de stred mot moralen och rättvisan.⁵

Naturrättens anspråk på giltighet framträdde också vid rättegångarna efter andra världskriget. Krigsförbrytarna dömdes till straff efter regler som inte hade lagstöd i det rättssystem som de var underkastade vid sitt handlande.

Som grund för teoretiska satser om rättens giltighet har sådana exempel på vad som faktiskt förekommit tvivelaktigt värde. Om man uppfattar dem som praktiska argument för att förläna giltighet, eller avböja giltighet, åt rättsregler är exemplen något mera övertygande, även om de inte är ovedersägliga.⁶

2 H J van Eikema Hommes, *Major Trends in the History of Legal Philosophy* (Amsterdam 1979), rekommenderas som en allmän framställning på naturrättslig grund av den historiska utvecklingen av rättsfilosofien. Naturrätten behandlas i gängse läroböcker i allmän rättslära, t ex A Peczenik, *Juridisk argumentation* (1990) s 40 ff, S Strömholm, *A Short History of Legal Thinking in the West* (1985), särskilt s 187 ff.

3 Evangelium enligt Matteus 22:21.

4 Frågan må synas orealistisk i dag, men den diskuteras ingående av E Nordling, *Anteckningar efter föreläsningar över ärvdabalken* (1872) s 1 ff.

5 Se härom ovan 1.3.

6 Se härom särskilt H L A Hart, *The Concept of Law* (Oxford 1961) s 203 ff.

Naturrätten åberopas dock inte endast på det straffrättsliga området utan minst lika mycket på det civilrättsliga. Det finns karakteristiska drag i de regler som hävdas som naturrätt. De är vanligen allmänna och abstrakta, t ex att man inte får tillfoga andra människor skada uppsåtligen eller av oaktsamhet, att man skall hålla sina löften, och att man inte får göra en vinst på annans bekostnad utan grund. Genom sin abstrakta karaktär blir sådana principer tämligen innehållslösa. De måste fördes med preciseringar och modifikationer för att bli användbara som rättsregler, och dessa kan inte härledas ur naturrätten själv. Det visar sig också att det finns betydande olikheter mellan de regler som gäller exempelvis enligt Code civil och Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, vilka som nämnts båda bygger på naturrättslig grund.

Jag vill uppfatta de naturrättsliga teorierna som uttryck för ett krav på att rättsreglerna inte endast skall vara grundade på makt utan skall ha en *legitimitet*.⁷ Enligt naturrätten ger rättsreglernas innehåll en grund för att de skall godtas som böra-satser inom det statliga rättssystemet. Uppfattningen om en naturrätt blir då ett extremt uttryck för att det finns värden som en beslutsfattare inom rättssystemet måste respektera för att reglerna skall ha legitimitet.

Skall man tillämpa sådana anspråk, med bortseende från det sätt på vilket normerna tillkommit, visar sig dock att, utanför de självklara fallen såsom mord, folkmord, tortyr, politisk och religiös förföljelse, det råder oklarhet om vilka dessa värden är. Barns rätt till arv efter sina föräldrar har redan nämnts som exempel. Det har också rått delade meningar om huruvida preskription av fordringar överensstämmer med naturrätten eller endast tillhör den positiva rätten.⁸

Även om värdena godtas som allmän måttstock, måste dock de principer på vilka de bygger fördes med preciseringar och undantag, för vilka bestämningen av värdena inte ger tillräckligt utslag. Skall barns arvsrätt ha företräde framför en testators vilja?

En allmän hänvisning till naturrätten innebär att vissa värden, obestämt vilka, tillmäts en större betydelse än som kan motiveras genom en analys i vilken olika värden vägs mot varandra. Detta leder enligt min mening till godtycke eller oklarhet. Detta är inte något argument mot att beakta värdena, endast mot att tillerkänna dem något speciellt slag av giltighet.

7 Den moderna diskussionen om rättens legitimitet har sin utgångspunkt i idéer som framställdes av den tyske sociologen Max Weber (1864–1920), särskilt i *Wirtschaft und Gesellschaft*, utgiven postumt, här citerad efter "Studienausgabe" (Tübingen 1972). Se t ex II Teil, kap 9 § 2 (s 821 ff). En svensk översättning har titeln "Ekonomi och samhälle" (1983). Weber var dock motståndare till naturrätten. Han utgick från reglernas *formella* legitimitet, vilken beror på sättet för deras tillkomst. För en introduktion till diskussionen om rättens legitimitet kan hänvisas till K Tuori, *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, *Ratio Juris* Vol 2 (1989) s 125 ff. Se även A Peczenik, *Juridisk argumentation* (1990) s 19 ff.

8 Även här ger E. V. Nordling ett exempel; se hans *Om präskription enligt svensk allmän förmögenhetsrätt* (1877) s 26 ff.

Naturrättens anspråk på giltighet får då reduceras till att vissa argument, särskilt sådana grundade på väsentliga värderingar, skall beaktas vid en praktisk diskussion om juridiska frågor. Detta är, om inte en absolut nödvändighet, så ett oeftergivligt krav i ett rättssamhälle. Vi kan inte diskutera sådana frågor som aborter, miljöskydd, makars förmögenhetsförhållanden och ersättning för personskador – för att blott nämna några exempel bland otaliga möjliga – utan att ge oss in på väsentliga värderingar. Härvid bör dock krävas att diskussionen sker öppet och att det sker en analys av hur de värden som åberopas tillgodoses genom de regler och avgöranden till vars stöd de anföras, samt att dessa värden vägs mot andra värden. Detta är en komplicerad process som förutsätter både kunskaper och analytisk förmåga hos den som ger sig in på den. Att diskutera denna process och prioriteringarna faller utanför ramen för denna framställning.

2.3. Rättspositivismen

Medan naturrätten koncentrerar sig på rättsreglernas innehåll utgår rättspositivismen från de yttre uttrycken för rättsreglerna och det sätt på vilket de tillkommit. Det gällande rättssystemet har en klar verklighetsprägel. Vi kan dagligen se att domstolar utövar en dömande verksamhet i enlighet med rättens regler, att lagstiftare utfärdar lagar o s v. Rätten har såtillvida en verklighetskaraktär. Överfört till en principiell formulering kan det uttryckas så, med ett i sådana sammanhang brukligt ord, att rätten har en *positiv* karaktär. Som *rättspositivistiska* betecknar man teorier som betonar de yttre tecknen på rättens existens och innehåll. Rättspositivisterna söker finna en definition av rättens giltighet som motsvarar logiska och rationella krav, genom att utgå från vad man finner i verkligheten.

De varianter av rättspositivism som uppträtt i Sverige har utvecklats ur den rättspositivistiska skola som uppstod i Tyskland under senare delen av 1800-talet. Dess företrädare uppfattade rätten som uttryck för statens vilja.⁹ Rättsreglerna är statens befallningar eller "imperativ". Därigenom förklaras inte bara rättsreglernas *legitimitet* (ehuru på ett annat sätt än naturrätten) utan också deras *effektivitet*. Rättsreglerna är legitima, i egenskap av statens vilja eller befallningar. De är också effektiva, därför att staten kan genomtvinga dem med hjälp av en tvångsmakt bestående av domstolar, polis, fängelser, myndigheter som verkställer domar i civilmål, o s v. Senare, och mest radikalt,

⁹ Ett grundläggande arbete är A Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Weimar 1878). Andra ledande författare är K Bergbohm, E Bierling och K Binding, flitigt citerade i äldre svensk rättsteoretisk litteratur.

har samma tankar utvecklats av den österrikisk-födde rättsteoretikern Hans Kelsen, sedermera bosatt i USA.¹⁰

Tanken att rättsreglerna skulle vara statens vilja har kritiserats av många, bl a av den svenske filosofen Axel Hägerström (1865–1939) på ett sätt som gjort djupt intryck på senare svensk rättsvetenskap. Inflytandet är till stor del indirekt, genom att främst rättsvetenskapsmän tillhörande den sk Uppsala-skolan tagit upp Hägerströms tankar.¹¹

Kritiken kan – tämligen fritt efter Hägerström – utvecklas på följande sätt. Om man bestämmer rätten som befallningar, eller som statens vilja, måste man fråga vem som framställer befallningarna och hur rätten kan vara statens vilja. Man kan till nöds säga att de rättsregler som har tillkommit genom lagstiftning utgör lagstiftarens befallningar eller vilja, men det är åtskilligt svårare att få bestämningen att passa ihop med de regler som tillkommer genom att domstolar fäller domar vilka sedan uppfattas som prejudikat och därigenom blir grund för rättsregler. Men även för lagstiftningen är invändningarna betydande. Lagar antas i Sverige av riksdagen, men deras innehåll bestäms på ett ofta invecklat sätt. Lagar förbereds och utformas av fysiska personer, vanligen utredare och tjänstemän i departement, och behandlingen i riksdagen sker i stor utsträckning i utskott som inte själva är beslutande. Riksdagens ledamöter, som genom beslut inför reglerna, behöver inte känna till innehållet i de normer som de ger ställning av rättsregler. Inte ens tjänstemännen, som har utarbetat ett lagförslag, har alltid satt sig särskilt noga in i innehållet. Det visar sig ibland att de har skrivit av stadganden i tidigare lagar eller i utländska lagar, och hur mycket de har begripit av dessa undandrar sig utomståendes bedömning.

Verkligheten bakom uttryckssättet att lagarna är statens vilja eller befallningar är att lagarna har tillkommit genom en i förväg fastlagd procedur. Lagstiftaren som sådan har ingen vilja. Den enda vilja som man kan spåra är hos de personer som på något sätt har förberett eller deltagit i beslutet, och den är ofta inriktad på annat än innehållet i lagen.

Den praktiska konsekvensen av denna kritik – en konsekvens som inte alltid dras – framträder i det sätt på vilket man måste förstå uttalanden i domar,

10 Kelsens rättsfilosofiska författarskap sträcker sig från *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Wien 1911) till *Allgemeine Theorie der Normen* (utgiven postumt Wien 1979; Kelsen dog 1973). Sistnämnda verk finns också i översättning till engelska, *General Theory of Norms* (Oxford 1991). En allmän framställning på svenska av Kelsens grundläggande teser finner man i *Statsvetenskaplig tidskrift* 1933 s 194 ff. Medan Kelsen i några tidigare arbeten (bl a *Reine Rechtslehre* 1934) kunde tyckas ta avstånd från rättspositivismens mera extrema former, ansluter han sig kompromisslöst till dem i det sista verket.

11 Se uppsatsen "Är gällande rätt uttryck för vilja?", ursprungligen publicerad i *Festskrift till Vitalis Norström* (1916) s 117 ff, omtryckt i *Rätten och viljan*. Två uppsatser av A. Hägerström, ånyo utgivna av K Olivecrona (1961). Hägerström utvecklar kritiken vidare i en recension av Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*; se *Litteris* Vol 5 (1928) s 20 ff, 81 ff. Rättsvetenskapsmän som är starkt influerade av Hägerström är A V Lundstedt, K Olivecrona och P O Ekelöf.

förarbeten till lagstiftning, rättsvetenskapliga uttalanden o dyl om "lagstiftarens vilja". En hänvisning till denna vilja är en kortfattad eller suddig beskrivning av hur en bestämmelse har tillkommit, av vad som står i förarbeten eller i förebilder för lagtext o dyl. Det finns också andra möjligheter. "Lagstiftarens vilja" uppfattas ibland som identisk med det allmänna syfte som kan utläsas ur lagen jämte dess förarbeten, eller med vad den som nu uttolkar lagen anser vara dess rimliga syfte. Med detta är inte sagt att det skulle vara oriktigt att ta hänsyn till sådana omständigheter som har nämnts nu. Vi skall senare återkomma till detta ämne på tal om lagtolkning. Det viktiga är att när sådana uttryck som "lagstiftarens vilja" eller "lagstiftarens tanke" används göra klart för sig vad som ligger under.

Även om man accepterar hänvisningen till statens vilja som en beskrivning av hur rättsreglerna kommer till, med bortseende från de komplikationer som har nämnts nu, är *legitimiteten* inte därmed höjd över allt tvivel. Mycket skarpsinne har lagts ned på att finna övertygande skäl för att förklara rättsreglernas giltighet med utgångspunkt i ett rättspositivistiskt betraktelsesätt. Man kommer här in på grundläggande rättsfilosofiska problem, vilka har åtminstone ett psykologiskt sammanhang med juridiska metoder. Blott några antydningar kan göras här.

Kelsen hänför rättsnormerna till ett "böra" (Sollen) som står i motsats till ett "vara" (Sein), och såtillvida avstår han från verklighetsanknytningen. De enskilda lagarna härleder sin giltighet ur de statsrättsliga reglerna för deras tillkomst. Dessa i sin tur härleds ur konstitutionens giltighet, vilken bygger på en "grundnorm". Det är hans "Stufenbau", en term som kan översättas med "avsatsbyggnaden".¹² Detta leder emellertid till en fråga: varur härleds då grundnormens giltighet? Några menar att svårigheten att finna ett svar på denna fråga visar att hela avsatsbygget är förfelat. Det uppstår vad som på filosofiskt språk kallas en "oändlig regress", dvs den ena normens giltighet härleds ur en annans men når aldrig något slut.¹³ Andra menar att frågan är meningslös – man kan inte i oändlighet fråga efter den yttersta grunden för ett system.¹⁴ Även om det senare svaret avvärjer invändningen, kvarlämnar det dock en känsla av intellektuell otillfredsställelse. Är det så enkelt att grunda giltigheten?

En annan åsikt om legitimiteten – vilken inte förutsätter uppfattningen att rätten är statens vilja – är att den beror på att reglerna har tillkommit i enlighet med principerna för rättsbildning i ett demokratiskt samhälle.¹⁵ Även detta kan leda till en ny fråga: varur härleds legitimiteten i den demokratiska rättsbildningen? Till en sådan fråga är det lättare att säga, att vi inte behöver något svar. Om vi accepterar demokratin, vilket det stora flertalet gör i Västeuropa inklusive Sverige, har vi också accepterat dess rätts-

12 Kelsens "Stufenbau" framträder kanske klarast i Reine Rechtslehre, men även hans ovan nämnda uppsats på svenska ger tydligt uttryck åt hans mening.

13 Kritikerna menar ibland att försöken att undgå den oändliga regressen leder till att normerna slutligen måste förankras i en statsvilja el dyl. Se t ex Hägerström, Litteris 1928 s 20 ff.

14 Se t ex S Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1992) 6.6, A Peczenik, Juridisk argumentation (1990) s 38.

15 Se t ex R Dworkin, Law's Empire (London 1986) s 190 ff.

bildning. Därigenom har vi dock kommit bort från en entydig bestämning av rättens giltighet. Vi får i stället förlita oss på att vi godtar de krav som ställs på den rättsliga beslutsverksamheten och de sakskäl för rättsreglers innehåll som bör vara utslagsgivande vid denna.¹⁶ Huruvida detta utgör en del av legitimiteten eller blott ett allmänt krav på rättssystemet, vilket blir särskilt betydelsefullt vid dess utveckling, kan då betraktas som en underordnad fråga.

Det senast nämnda svaret kommer ganska nära en annan variant av förklaring till rättens legitimitet, nämligen att rättssystemet som sådant – om också inte varje särskild lag – godtas som legitimt av den allmänhet som berörs av rättsreglerna och särskilt av dem som är satta att ta till vara rättssamhällets krav, främst domstolarna. Med Max Webers term tillhör dessa "rättshonoratiores".¹⁷ Sådana tankar har utvecklats av senare författare, vilka mera har koncentrerat sig på analysen av särskilda faktorer som inverkar vid bedömningen av vad som är legitimt, än på att finna enhetliga kriterier. På detta sätt uppnås ett slags sociologisk legitimitet.¹⁸

Det finns också rättspositivister som inte bygger på någon tanke att rätten skulle vara statens vilja.¹⁹ Problemet med legitimiteten ersätts då av försök att karakterisera de speciella rättsregler, väsentligen offentligrättsliga, i enlighet med vilka de rättsregler som medborgarna har att rätta sig efter har tillkommit, utan att tillskriva dem några särskilda mer eller mindre mystiska egenskaper. Detta leder till en analys av den eller de rättsregler som fyller en sådan funktion i rättssystemet.²⁰

Det finns också en möjlighet att helt avstå från att söka förklara legitimiteten och inskränka sig till *effektiviteten*. Hägerström gör det.²¹ Han uppfattar rättens giltighet som en psykologisk omskrivning av dess effektivitet. Genom det konstanta och konsekventa utövandet av tvång i enlighet med regler som i det hela uppfattas som rättvisa och skäliga, kommer medborgare i allmänhet och myndigheter i synnerhet att anse rättsreglerna vara giltiga och handla i enlighet med dem. På detta sätt förklaras giltigheten som effektivitet. Legitimitetsproblemen försvinner ur bestämningen av rätten.

Man får dock inte därav dra slutsatsen, att enligt Hägerströms mening allt som har det slag av effektivitet som kännetecknar rätten skall accepteras som

16 Detta är, om jag har förstått honom rätt, kärnan i den teori som har framställts av J Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (Frankfurt/M 1992). Men det finns säkert dem som läser Habermas på ett annat sätt.

17 Se Weber, a a kap VII § 4, § 8.

18 En översikt av teorier om rättssociologisk legitimation ger K Röhl, Rechtssoziologie (Köln 1987), särskilt s 176 ff, 409 ff.

19 Som ledande namn får betecknas H L A Hart, vars viktigaste arbete är The Concept of Law ((Oxford 1961).

20 Hart talar om "the rule of recognition", se a a, särskilt s 97 ff.

21 Se Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I. Viljeteorien (Uppsala 1917). – Det bör framhållas att uttrycket "objektiv rätt" närmast kan översättas med "rättssystemet". Enligt motsvarande terminologi är "subjektiv rätt" det samma som rättighet. Uttrycket "objektiv rätt" avser alltså inte att karakterisera rättssystemet såsom i någon särskild mening objektivt.

rättesnöre för vare sig domstolar, andra beslutsfattare eller allmänhet. Makt är inte det samma som rätt.²² Legitimitetsproblemet kvarstår därför, även om man accepterar Hägerströms analys, men det uppgår i en fråga om vilka argument som är godtagbara vid fattande av beslut på olika nivåer och i olika sammanhang. Hägerström bekämpade med den största energi metafysik och enligt hans mening ohållbara argument, men i övrigt synes han ha haft ringa intresse för juridikens metodfrågor.

Problemen förenklas i denna framställning av att vi endast uppehåller oss vid de "statiska" sidorna av rättssystemet, alltså vid de problem som kan uppkomma vid tillämpning av regler som redan ingår i systemet. Legitimiteten blir då i första hand beroende av "legaliteten", dvs av att regler har tillkommit och tillämpas i de yttre former som rättsordningen föreskriver. Om denna är obestridlig blir legitimitetsproblemet för de tillämpande beslutsfattarna en fråga om vilka argument som skall godtas inom den ram som har dragits för deras handlingsfrihet.

Legitimitetsproblemen är på ett helt annat sätt brännande när man betraktar rättssystemet som ett dynamiskt system (jfr ovan 1.2), dvs vid en vidareutveckling av systemet genom lagstiftning, utarbetande av allmänna avtalsvillkor, nya försäkringsanordningar o s v.²³ På denna nivå är det nödvändigt att ta ställning till de väsentliga legitimitets- och prioriteringsproblemen. Vilka handlingssätt skall motarbetas, uppmuntras eller tillåtas? Hur skall bördor och förmåner fördelas? Genom besluten på denna nivå begränsas legitimitetsproblemen på de tillämpande myndigheternas nivå.

Om man frågar vad som blir kvar av rättspositivismen efter detta finner man att rättssystemet, sådant vi finner det i dag, betecknas som "gällande rätt". Lagstadganden uppfattas som direkta språkliga uttryck för gällande rättsregler, medan det är mer komplicerat att härleda rättsregler ur prejudikat. Vad som är gällande rätt framgår av "rättskällor", varmed i detta sammanhang främst menas innehållet i lagar, prejudikat o s v. Rättsvetenskapsmännen antas ha till uppgift att framställa gällande rätt, och studenter skall lära sig vad som är gällande rätt.

En sådan konsekvens av rättspositivismens terminologi är inte utan betänkligheter. Om man ser på dem som arbetar "inom systemet", alltså domare och andra myndigheter, är det klart att de begagnar ett material som består av lagstadganden, prejudikat, motivuttalanden o s v. De gör detta i enlighet med metodprinciper som, med en av Stig Strömholm skapad term, kan kallas "hanteringsregler" (se vidare nedan 3.2.6). Det kan vara bekvämt att beskriva detta så, att de tillämpar gällande rätt och att de begagnar rättskällor. Själva

22 En sådan uppfattning tillskrivs ofta Hägerström, såsom en del av hans sk värdenihilism. Vetterligen har intet stöd för detta kunnat påvisas i Hägerströms skrifter.

23 Jag har behandlat sådana frågor i Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990). Där finns talrika hänvisningar till tidigare diskussion.

termerna har dock inte någon betydelse, och det torde inte vara vanligt att de begagnas i domar. En domare får ingen hjälp vid sin bedömning av att veta, att han tillämpar gällande rätt med stöd av rättskällor. Han kan ha anledning att överväga, vilket material som han bör betrakta som auktoritativt, och han finner kanske att det är det samma som rättsvetenskapsmännen kallar rättskällor. Men beteckningen är inte avgörande.

Det finns också fall där det saknas stöd i på förhand tillgängligt material, men där domaren träffar ett avgörande på andra grunder. För sådana fall har man begagnat uttrycket att även "sakens natur" kan vara en rättskälla.²⁴ Uttrycket är föga beskrivande, och det fungerar närmast som en samlingsbeteckning för de argument som inte direkt stöds på lagar, förarbeten och prejudikat. Det kan dölja en mångfald olika överväganden (såsom skall beskrivas närmare nedan 8.6). I detta sammanhang är det betydelsefulla, att hänvisningen till "sakens natur" räddar rättspositivismen från beskyllningen att vara otillräcklig för att bestämma begreppet gällande rätt.

För rättsvetenskapsmän, vilka enligt vad som här sagts befinner sig utanför systemet, är frågan närmast i vilken utsträckning de bör försöka sätta sig in i domarens situation. Det finns ofta skäl för detta. Det är av vikt för en läsare att få veta "vad som håller inför domstol". Rättsvetenskapsmannen kan också vilja analysera problemen på ett sätt som kan vara av värde för domstolarna i deras arbete och därigenom till praktisk nytta, eller han kan vilja rekommendera domstolarna att döma på ett visst sätt.²⁵ Häremot finns intet att invända från principiell synpunkt. Men det kan finnas många andra skäl för en rättsvetenskapsman att utforma sin undersökning, beroende på vad han vill åstadkomma. Han kan ägna sig åt en grundforskning som blott sekundärt, genom att påverka annan forskning, blir av praktiskt värde för domaren. Han kan vilja påverka rättssystemets förändring genom att klarlägga svagheter i det nuvarande systemet, eller genom att ge förslag till bättre regler. Han kan vilja syssla med grundläggande värderingar eller med analys av kausalsammanhang av betydelse för rättssystemets funktion, vare sig han tror att vad han skriver får någon praktisk effekt eller inte. Han kan också syssla med vad som här har kallats "lämplighetsregler".²⁶

24 Se t ex Strömholm, a a 19.2, *Idéer och tillämpningar* (1979) s 258 ff.. Jfr L Björne, *Nordisk rättskällelära* (Rättshistoriskt bibliotek 46 bandet, 1991), s 48 ff.

25 Åsikten att rättsvetenskapens uttalanden bör uppfattas som "rekommendationer" har särskilt utvecklats av P O Ekelöf, första gången i *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap* (1951, omtryckt i P O Ekelöf, *Valda skrifter 1942 -1990* (de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 1), 1991, s 91 ff). Åsikten att rättsvetenskapsmannen främst bör ägna sig åt att ge prognoser om domstolarnas dömande och därigenom vinna vetenskaplighet för sina uttalanden, har i Sverige främst drivits av K Rodhe. Hans grundläggande framställning återfinns i *Gränsbestämning och äganderättstvist* (1944) s 4 ff. Prognosteorien har i övrigt utvecklats i nordisk rätt av A Ross, i arbetet *Om ret og retfærdighed* (København 1953).

26 Se ovan 1.3.

En bestämning av "gällande rätt" och "rättskällor" lämpar sig därför inte som en exklusiv metodlära för rättsvetenskapen. Återigen kommer samma slutsats som i förra kapitlet, nämligen att begreppsbestämningar inte kan utgöra argument för bedömningen av praktiska juridiska frågor, vare sig för domare eller för rättsvetenskapsmän. Vi skall återkomma till ämnet senare (i 5 kap).

För studenten är situationen särpräglad såtillvida som han vanligen får finna sig i vad läroböcker och andra framställningar innehåller och vad lärarna framställer. Han bör göra klart för sig att urvalet av material i böcker och muntlig framställning ofta är subjektivt och beroende av det grepp som författaren eller läraren tar på sin verksamhet.

Liksom en naturrättslig åskådning kan påverka de värderingar som kommer fram i praktisk juridisk verksamhet, kan också en rättspositivistisk syn på rätten ha en sådan effekt. Rättspositivism kan ta sig uttryck i att en domare, eller en rättsvetenskaplig författare, lägger särskilt stor vikt vid argument som direkt eller indirekt kan stödjas på lagtexter, förarbeten och prejudikat, i stället för allmänna principer utan stöd i sådant material eller den egna personliga uppfattningen om vad som är riktigt och ändamålsenligt.²⁷ En konsekvens blir också att det fästs mera avseende vid vad exempelvis ett justitieråd yttrar som domare än vid vad samme man skriver som rättsvetenskaplig författare, när han uppträder som sådan.

Även om man kan iakttä ett psykologiskt samband mellan olika principuppfattningar och de juridiska metoder som tillämpas, finns dock intet nödvändigt logiskt samband. Lika litet som naturrättsliga resonemang behöver föregås eller åtföljas av en uttrycklig bekännelse till naturrätten, lika litet behöver ett rättspositivistiskt sätt att argumentera grundas på en rättspositivistisk uppfattning om giltighetsspörsmålen. Även om särskilt i äldre litteratur en teoretisk uppfattning kan spåras som en bakgrund för sättet att argumentera, torde det numera vara vanligare att rättsvetenskapsmän begagnar sina metoder utan någon teoretisk överbyggnad. Det enda säkra sättet att bestämma den metod som en rättsvetenskapsman begagnar är att följa hans resonemang och se hur han argumenterar, inte bara i de fall som han själv nämner som typiska för sin metod utan som helhet.

Slutsatsen av allt detta är, att för dem som är direkt engagerade i juridiska spørsmål, de väsentliga problemen blir att finna de rätta och hållbara argumenten. Dessa kan inte bestämmas med absolut säkerhet, men det är inte något som jurister behöver skämmas för. Juristerna får nöja sig med det slag av rationalitet som deras verksamhet tillåter.

27 I denna mening är förf:n till detta arbete såvitt han själv kan bedöma rättspositivist, vilket bör framgå inte bara av detta arbete (se särskilt 8 kap) utan även av annat som han skrivit.

2.4. Några praktiska frågor

Det finns ett antal praktiska frågor som har ett samband med bestämningen av rättssystemet och dess giltighet. Vissa av dem skall tas upp i andra sammanhang, nämligen tolkning av lagar, tillämpning av prejudikat o s v. Andra frågor som åtminstone i den rättsteoretiska diskussionen har ansetts ha sammanhang med rättsreglernas giltighet skall nämnas nu, bl a vad som rör *lokal* och *tidsmässig* giltighet. De belyser vad som är substansen i sådana satser som att rättsreglerna hänför sig till domstolarnas verksamhet.

2.4.1. Den viktigaste praktiska frågan rör proceduren vid *lagstiftning* och de krav som ställs på innehållet i lagar och andra författningar. Härom innehåller regeringsformen (RF) regler, som bl a bestämmer vilka organ som är behöriga att föreskriva olika regler. Lagar stiftas av riksdagen (RF 1:2). Det finns regler om delegation, som ger en begränsad behörighet för regeringen och andra statens organ att utfärda författningar (se RF 8 kap). Kommuner har särskilda befogenheter (RF 8:5). Detta tillhör den juridik som sysslar med "normgivningsmakten". Den skall inte behandlas här.²⁸

2.4.2. I det föregående har talats om *domstolar* och andra myndigheter, utan närmare precisering, och det har diskuterats vilken betydelse deras verksamhet har för att bestämma vad som är gällande rätt. Med domstolar kan förstås antingen allmänna domstolar, dvs tingsrätter, hovrätter och Högsta domstolen, eller alla offentliga myndigheter som utövar dömande verksamhet. Möjligheten till domstolsprövning har betraktats som det egentliga kännetecknet på rättsnormer, till skillnad från andra normer. Även från rättssäkerhetssynpunkt anses ofta rätten att gå till domstol vara den starkaste garantin mot statligt eller enskilt godtycke.

Man får dock inte därav dra den slutsatsen, att juridiska avgöranden måste träffas av statliga myndigheter. I betydande utsträckning kan i domstolarnas ställe på civilrättens område träda *skiljemän*.

Skiljemannalagen 1929 (1 §) tillåter skiljedom i frågor varom förlikning kan träffas, med vissa undantag (se särskilt 3 a §). Skiljeförfarandet har en mer privat karaktär än domstolsförfarandet, men en giltig skiljedom kan i Sverige inte klandras på materiell grund (såvida inte skiljeavtalet föreskriver det) utan blott på formella skäl, t ex att skiljemännen varit jäviga eller det förekommit fel vid handläggningen.²⁹ Giltiga skiljedomar kan verkställas på samma sätt som domar, enligt UB 3:15. När i det följande talas om domstolar och domar, kan det också tillämpas på skiljemän och giltiga skiljedomar.

Avtal om skiljedom är *processhinder* om det åberopas av part, och domstolen avvisar då målet. Skiljeavtal kan emellertid i vissa fall sättas åsido enligt 36 § avtalslagen, och domstolen tar då upp tvisten till saklig prövning (eller, om det är en högre instans

²⁸ Det grundläggande arbetet är H Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform (1989).

²⁹ Se 2, 20, 21 §§ lagen (1929:145) om skiljemän.

som åsidosätter skiljeavtalet, förvisar målet åter till lägre instans). Detta kan ske antingen därför att skiljeförfarandet skulle otillbörligen gynna en starkare part (se tex NJA 1979 s 666) eller därför att sättet för utseende av skiljemän inte tillfredsställer krav på objektivitet (se NJA 1982 s 853).

Det finns *lagstadganden som föreskriver att tvist skall avgöras genom skiljedom* (jfr 3 kap 16 § UB, som stadgar om verkställighet av skiljedomar).

I ett fall har lagstadgat förfarande inför skiljemän, utan möjlighet att i stället gå till domstol eller överklaga skiljedomen, inte ansetts godtagbart som ersättning för domstolsförfarande, nämligen vid tillämpning av art 6 p 1 i Europakonventionen, som skyddar bl a äganderätten (resolution DH 84 (4) 25 okt 1984). Saken gällde värderingen av aktier vid tvångsinlösen. Detta föranledde en ändring av den svenska aktiebolagslagen 14 kap 9 §, varigenom möjlighet till överklagande av skiljedomen återinfördes (sådan möjlighet fanns enligt den äldre aktiebolagslagen men slopades i 1975 års lag).³⁰

2.4.3. Om man hårdrar bestämningen av gällande rätt som statens vilja eller som ett av staten med tvångsmakt uppehållet regelsystem, synes följden bli att *varje stat har sitt eget system*. Detta motsvarar på väsentliga punkter de faktiska förhållandena. Om en tvist för vilken flera stater har jurisdiktionsrätt har anhängigjorts i en av dem, kan dess domstols dom inte överklagas till en annan stats domstol. Förhållandet mellan olika rättsystem, sett som ett praktiskt problem, är dock delvis komplicerat och växlar mellan olika rättsområden.

Inom *straffrätten* är det grundläggande stadgandet BrB 2:1, 1 meningen: "För brott som begåtts här i riket dömes efter svensk lag och vid svensk domstol." Sedan finns i samma kapitel och i specialförfattningar kompletterande bestämmelser om hur svensk domstol kan döma för brott som inte har begåtts i Sverige. I viss utsträckning kan därvid, till den tilltalades förmån, hänsyn tas till den straffrättsliga bedömningen enligt gärningsortens lag (BrB 2:2, 2 och 3 st).

Inom *civilrätten* är förhållandena helt andra. Svensk domstol kan döma enligt utländska regler, nämligen om svensk internationell privaträtt hänvisar till utländska regler. En första förutsättning är att den svenska domstolen finner sig vara behörigt forum enligt internationellt-processrättsliga regler. Är denna förutsättning uppfylld prövar domstolen i andra hand om svensk rätt eller en främmande stats rätt skall tillämpas på rättsförhållandet. Såväl de internationellt-processrättsliga som de internationellt-privaträttsliga reglerna är en del av det svenska rättssystemet, men de regler som blir tillämpliga med stöd av den internationella privaträtten räknas som främmande rätt (jfr RB 35:2, 2 st). Svensk domstol vägrar emellertid ibland att tillämpa de främmande reglerna med stöd av svensk s k "ordre public", dvs därför att de skulle strida mot grundläggande principer för svensk rätt.

30 Se härom J Sundberg, Human Rights in Sweden, The Annual Reports 1982–84, 1985 s 60 ff.

2.4

I internationella förhållanden kan, särskilt vid förfaranden inför skiljemän, regler tillämpas om vilka man inte säkert kan säga till vilket, eller om ens till något, lands system de skall hänföras. Så kan bli fallet tex med standardavtal och to m med allmänna grundsatser om exempelvis ändrade förhållanden. Det synes tex meningslöst att fråga, om Internationella handelskammarens regler om remburs skall anses tillhöra det rättssystem vilket är tillämpligt enligt internationellt privaträttsliga regler. Internationella handelsbruk kan också tillämpas utan att de tillskrivs något särskilt lands rättssystem.

Folkrättens regler anses inte bli del av den svenska rätten om de inte på något sätt har införlivats med svensk rätt. Enligt vissa andra staters rätt kan emellertid folkrättsliga regler, som genom avtal – ”traktat” – blivit bindande för staten, omedelbart tillämpas av statens domstolar. Om Sverige binder sig vid en internationell konvention tillser därför svenska staten att den svenska rätten överensstämmer med konventionen, antingen genom att konstatera att så redan är fallet eller genom att anta ny lagstiftning. Naturligtvis kan därvid förbiseenden eller misstag ske, så att en svensk regel, eller dess tillämpning i ett särskilt fall, befinner sig strida mot konventionen. Detta har bl a lett till ett antal processer mot den svenska staten inför Europadomstolen. EES-avtalet och ett eventuellt framtida inträde i EU ökar starkt riskerna för sådana konflikter, och för dem finns särskilda domstolar. Den svenska staten torde inte göra sig skyldig till medvetna brott mot sina folkrättsliga förpliktelser, men det kan ofta vara tvivelaktigt hur långt dessa sträcker sig.

Folkrättens regler kan även på annat sätt bli relevanta för den svenska rätten. Det finns ett särskilt stadgande, BrB 22:6, om ”folkrättsbrott”. Svenska domstolar kan även i övrigt ta hänsyn till folkrättens regler för att undvika kollisioner mellan dem och svensk rätt.

2.4.4. När man skall avgöra vilken rätt som gäller måste man också ta hänsyn till *tidpunkten*.

Lagen förlorar sin giltighet genom att *upphävas*, vilket ofta sker i samband med att andra lagar kommer i stället. Lagar och lagstadganden kan också bli ”*obsoleta*” (en term med latiskt ursprung som i detta sammanhang betyder ungefär föråldrad) och därmed förlora sin giltighet. De har då inte upphävts formellt men blivit sakligt inaktuella. I Sverige är åtskilliga stadganden i 1734 års lag numera obsoleta. Ett någorlunda säkert tecken är att utgivaren av lagboken inte längre tar med dem i lagboken. Så är fallet med stora delar av byggningabalken. (Se tex 3 kap BB ”Om ödesby”, som alltsedan 1981 inte tas med i lageditionen.) Utgivaren av lagboken är emellertid försiktig, och det finns stadganden som står kvar ehuru de kan betraktas som obsoleta. Utgivaren tar troligen intryck, inte bara av strikt sakliga skäl, utan också av att några sådana stadganden är omtyckta bland jurister av sentimentala och andra skäl.

Ett stadgande i BB (22:4), som rörde behandling av djur, upphävdes 1975, därför att det ansågs att det ålade veterinär en strängare bevisbörda för att han inte vållat skada på djuret än som gällde enligt allmänna regler. Se prop 1975:12 s 342 f. Många torde dessförinnan – liksom jag – ha trott att stadgandet var obsolet. Upphävandet och motiveringen är ett tecken på att detta var ett misstag.

Populära åldringar är HB 1:10, som handlar om stadens vräkare, BB 12 kap, som handlar om "hur svin må i ollonskog släppas", och BB 21 kap, "Om bi".

Andra stadganden kan kanske inte direkt kallas obsoleta, men deras ordalydelse har inte någon självständig betydelse i jämförelse med vad andra stadganden eller rättspraxis ger vid handen. 18 kap HB innehåller regler om fullmakt, som saknar betydelse i jämförelse med vad 2 kap avtalslagen innehåller (märk att 27 § 3 st avtalslagen direkt föreskriver att 18 kap 3 § HB, som är ett stadgande om fullmakt, fortsätter att gälla.)

2.4.5. I några länder, t ex Norge, är det en allmän princip (vilken dock i praktiken har många undantag) att lagstiftning inte får ges tillbakaverkande kraft, eller som det också kallas, ha retroaktiv verkan. I Sverige finns ingen sådan allmän princip, men RF föreskriver för vissa slag av lagar att de inte får ges tillbakaverkande kraft. Så är fallet med strafflag och skattelag (RF 2:10). Detta kan naturligtvis ge upphov till juridiska problem – hur skall man bedömas situationer som delvis beror av sådant som inträffade innan lagen trätt i kraft? För civillag finns ingen sådan föreskrift, och det ankommer sålunda på lagstiftaren att avgöra, i vilken utsträckning ny lagstiftning skall ingripa i bestående förhållanden. Ofta sägs att huvudprincipen är att civil lagstiftning inte skall vara retroaktiv, men i praktiken blir avgörandet beroende av en rättspolitisk bedömning.

När ny äktenskapslagstiftning infördes 1920 blev den delvis inte tillämplig på de äktenskap som ingåtts innan lagen trädde i kraft. Alltsedan dess har vi haft två system för makars förmögenhetsrättsliga förhållanden. Fortfarande gäller särskilda bestämmelser för äktenskap som har ingåtts före 1921 (se 15–18 §§ lag 1987:788 om införande av äktenskapsbalken). Naturligtvis är det mycket få äldre äktenskap som finns kvar nu, men lagstiftaren har inte velat på ett mycket sent stadium förändra makarnas förmögenhetsrättsliga ställning. Lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem tillämpas även på samboförhållanden som har uppstått före lagens ikraftträdande. Skälet är bl a att det ansetts att lagens syfte delvis skulle förfelas om den inte kom att gälla även för äldre samboförhållanden. Retroaktiviteten är inte utan betänkligheter, ehuru det är en mera personlig fråga om man på grund av den vill ogilla lagstiftningen eller ej.

Den lydelse av 36 § avtalslagen (om jämkning av avtal) som infördes 1976 blev tillämplig även på avtal som ingåtts före ikraftträdandet, såvida inte tvisten var anhängig vid domstol vid denna tidpunkt. I praktiken tillämpades principen även i sådana tvister, genom att domstolarna tolkade äldre rätt med hänsyn till den nya bestämmelsen (se t ex NJA 1979 s 483).

2.4.6. Det sägs ofta, som en del av karakteristiken av "gällande rätt", att från den tidpunkt vid vilken en lag träder i kraft den skall tillämpas, och att

när en lag ersatts av en annan lag den förra inte längre skall tillämpas. Detta är en förenkling av vad som faktiskt gäller. Till bestämmelser om ikraftträdande är vanligen fogade *övergångsbestämmelser*, ofta med en term av latinskt ursprung kallade "promulgationsregler". Några av dem har endast betydelse för den direkta övergångstiden och kan inte aktualiseras efter denna (vilket kan betraktas som ett specialfall av att regler blir obsoleta; bestämmelserna återges efter några år inte längre i lageditionen). Det finns också övergångsbestämmelser som föreskriver att äldre regler skall tillämpas även efter det att de enligt huvudregeln för ikraftträdandet av en ny lag har upphört att gälla. Några sådana fall kan betraktas som tämligen självklara eller som uttryck för viktiga rättspolitiska avgöranden, andra förefaller mera kuriösa.

Enligt 1 § 2 st 1 meningen lagen om införande av nya ärvdabalken (1958) skall om arvlätare avlidit före ikraftträdandet äldre lag forfarande äga tillämpning. Ej sällan upptäcks att arvskifte aldrig har skett efter någon som avlidit för länge sedan, eller att han efterlämnat en tillgång som förbisetts vid arvskifte. Arvskifte får då upprättas med tillämpning av den lag som gällde vid dödsfallet.

De nyssnämnda bestämmelserna om äktenskap ingångna före 1921 kan betraktas som exempel på att äldre lag får fortleva med stöd av övergångsbestämmelser, trots att en ny lag trätt i kraft.

En viktig fråga inom aktiebolagsrätten är om aktier med olika rösträtt skall tillåtas. Tidigare var så stor röstskillnad tillåten som att vissa aktier hade tusen röster men andra blott en. De bolag som införde en sådan skillnad medan den var tillåten får ha kvar den och to m utge nya aktier med samma röststyrka (8 § lagen om införande av aktiebolagslagen 1975). Numera får ingen aktie ha ett röstvärde som överstiger tio gånger röstvärdet för en annan aktie (3 kap 1 § 3 st aktiebolagslagen). Det är en livligt diskuterad fråga om vid en eventuell harmonisering av aktiebolagsrätten inom EU röstskillnader skall tillåtas och om därvid hänsyn skall tas till bestående förhållanden.

En bestämmelse i utsökningsbalken i 1734 års lag, "Missräkning är ingen betalning", fortlevde länge efter det att denna balk ersatts med utsökningslagen 1877, med stöd av "UP 10:5" (dvs 10 § 5 p promulgationsförordningen till utsökningslagen). Bestämelsen upphävdes först i samband med utsökningsbalken 1981.

Övergångsbestämmelser är emellertid inte den enda grunden till att äldre rätt kan bli aktuell långt efter det att nya regler har trätt i kraft. För rätten till fastighet kan urgamla fastighetsrättsliga regler få avgörande betydelse även i våra dagar. Huvudregeln för tolkning av testamente är att det skall tolkas i anslutning till den lag som testator avsett, något som kan leda till en tillämpning av innehållet i mycket gammal lag.

Slutsatsen är att innebörden i att något är gällande rätt, i betydelsen av *vid viss tid* gällande rätt, långt ifrån alltid är självklar. Här som eljest bör dock observeras, att förekomsten av ett antal diskutabla fall inte bör dölja att i det stora flertalet fall bedömningen är okontroversiell.

3. Typer av r  tsregler

3.1. Inledande anmärkningar. Terminologi

I det föregående har talats om "r  tsregler", och i 1.2 gavs en första, inledande beskrivning av en regel. Det finns olika slag av regler, och härom skall nu ges en orientering. Indelningarna g  r till stor del tvärs över varandra. Till en början några terminologiska anmärkningar.

Det kan ibland vara lämpligt att skilja de *språkliga uttrycken* i lagtexter och andra författningstexter från vad de *innehåller*. De språkliga företeelserna kallas "bestämmelser", "föreskrifter" eller "stadganden" – det sistnämnda ett ord som numera anses böra undvikas i lagtext därför att allmänheten förmodas inte förstå det. Innehållet kallas "regel" eller – särskilt i mera principiella sammanhang (se ovan 1.4) – "norm".

Ett par exempel. Enligt 1948 års lag om försäkringsrörelse gällde olika *bestämmelser* om "grunder" för livförsäkringsverksamhet i försäkringsaktiebolag (9   ) och i ömsesidiga försäkringsbolag (173   ). Men det gällde samma *regel*; de båda utförliga och detaljerade paragraferna hade ord för ord samma lydelse. (Lagen är numera upphävd, och den nya lagen från 1982   r redigerad på ett sätt som undviker detta slag av dubbleringar i lagtexten.)

Flera skadev  llare ansvarar solidariskt enligt olika *bestämmelser* i resp SkL 1972 (6 kap 3   ) och milj  skadelagen 1986 (8    1 st), men *regeln*   r densamma; de båda stadgandena är exakt likalydande.

Inom den konsumentskyddande lagstiftningen förekommer ofta stadganden som   r i det närmaste men inte helt likalydande. Se tex 30–32     konsumentköplagen och 31    3–5 st konsumenttjänstlagen. Olikheterna torde i dessa fall inskränka sig till redigeringen, och reglerna är då de samma. I andra fall kan det vara mera tvivelaktigt om olikheter i formuleringar skall motsvara olikheter i reglerna eller ej. Att avgöra detta kan fordra en ingående tolkningsoperation.

Skillnaden mellan bestämmelser och regler kan förbigås om sammanhanget inte fordrar exakthet; man kan ofta lika väl tala om "tvingande bestämmelser" som om "tvingande regler".¹

Av det föregående framgår att man väl kan tala om en "regel" som stödjer sig på rättspraxis men inte tala om "bestämmelse", "föreskrift" eller "stadgande" utan att åsyfta något språkligt uttryck. "Bestämmelse" och "föreskrift" kan begagnas för vad som förekommer i avtal, både allmänna avtalsvillkor och individuella avtal. Man kan

1 Att även lagen ibland begagnar "föreskrifter" och "regler" som likvärdiga begrepp framgår nedan 3.3.1..

säga att ett hyreskontrakt innehåller en "bestämmelse". "Stadgande" används inte gärna i sådana sammanhang utan förbehålls vad som ingår i författningar. "Regler" torde i allmänhet inte begagnas om innehållet i avtal (även om jag personligen inte drar mig för att tala om en "regel i Internationella handelskammarens rembursbestämmelser"). Det är inte ovanligt, vare sig inom juridiken eller eljest, att anspråken på exakthet varierar med sammanhanget. En språklig nyans som är nödvändig för en riktig förståelse i ett sammanhang kan vara pedanteri i ett annat sammanhang.

3.2. Principiella olikheter

I den rättsteoretiska litteraturen – och i annan juridisk litteratur som är påverkad av rättsteorien – görs ofta en skillnad mellan olika typer av regler. Detta bidrar till en djupare förståelse av rättssystemet. Olikheterna behöver inte alltid observeras för praktiska ändamål, mer än som allmänna karakteristiker som kan vara upplysande. Ibland antas begreppen vara kända även i den litteratur som studenter läser. Vi kan skilja mellan karakteristiker som primärt rör regler (nedan 3.2.1–3) och sådana som primärt rör stadganden (3.2.4) eller lagar (3.2.5). Slutligen skall nämnas en distinktion som har betydelse för den fortsatta framställningen (3.2.6).

3.2.1. Under 2.3 nämndes att rättsreglerna ibland betraktas som uttryck för statens vilja eller som statens befallningar. Även om man förkastar denna teori kan man – vilket Karl Olivecrona (1897–1980) gjorde – vilja karakterisera rättsreglerna som "fristående imperativ", dvs imperativ som inte kan härledas till någon bestämd befallare.² Det ligger nära till hands att från denna utgångspunkt dra slutsatsen att rättsreglerna föreskriver hur man skall handla. Sådana regler kallas ibland "*regulativa normer*" eller "*handlingsnormer*".³ Otvivelaktigt passar det in på många rättsregler, inte minst sådana som vi betraktar som centrala, t ex regler om straff, om fullgörande av avtal och om skadestånd.

Karakteristiken kan godtas även om reglerna språkligt uttrycks på ett annat sätt, vilket ofta är möjligt. Satsen "X kan kräva skadestånd av Y" är normalt liktydlig med satsen "Y är skyldig att betala skadestånd till X".⁴ Det är rimligt

2 En grundläggande framställning finns i K Olivecrona, *Lagens imperativ* (1942).

3 Se A Peczenik, *Rättsnormer* (1987) s 15 ff.

4 Vid alla sådana omskrivningar måste dock beaktas, att det undantagsvis kan förekomma situationer i vilka den normala omskrivningen inte duger. Man kan tänka sig t ex ett trepartsavtal, vid vilket Z kan kräva att Y betalar skadestånd till X, ehuru X inte själv har rätt att kräva sådant skadestånd. Det beror på omständigheterna vilken hänsyn som bör tas till sådana undantagssituationer. I det stora flertalet fall är möjligheten till undantag betydelselös, och det kan bortses från den utan risk för oväntade konsekvenser. Om en lagstiftare skall ge regler för trepartsförhållanden bör han dock överväga formuleringen, och för parter som skall ingå ett trepartsavtal kan likaledes precisionen vara viktig. Exemplet anförs, inte därför att just trepartsavtal skulle vara värda att lägga på minnet, utan för att visa att formuleringar som normalt är fullt godtagbara i undantagsfall kan leda fel.

att betrakta även den förstnämnda satsen som ett uttryck för en regulativ norm.

Hur långt man kan driva denna bestämning utan att komma i strid med vedertaget språkbruk och innebörden i rättsreglerna är emellertid diskutabelt. De regler som ger medborgarna förmåner – t ex rösträtt vid allmänna val, rätt att anställa talan vid domstol, eller rätt till bistånd enligt socialtjänstlagen – tycks strida mot tanken att alla regler skulle vara handlingsregler. De kan visserligen konstrueras som handlingsregler för de myndigheter som administrerar förmånerna. Det är dock en icke obetydlig skillnad mellan regler som föreskriver hur medborgarna skall handla och regler som föreskriver vilka förmåner medborgarna skall åtnjuta, även om åtnjutandet väsentligen beror av hur myndigheterna handlar.

I varje fall finns det regler som inte gärna kan uppfattas som handlingsregler.⁵ En regel om ingående av äktenskap kan kallas en *konstitutiv norm*.⁶ Den föreskriver inte att någon skall ingå äktenskap, men den säger att om den form iakttas som normen föreskriver uppstår ett äktenskap (eller om man så vill, inträder de rättsföljder som kallas äktenskap). På samma sätt kan regler om bildande av aktiebolag betraktas som konstitutiva; de säger hur man skall gå till väga när man vill bilda aktiebolag. Det finns också *kompetensnormer*, t ex att den som fyllt 18 år kan ingå bindande avtal. Viktiga kompetensnormer är de som anger när domstolar kan avge juridiskt bindande domar och när myndigheter får utfärda författningar och tillämpningsföreskrifter.⁷

Med detta lämnar vi detta slag av olikheter mellan normer. Slutsatsen är att ett försök att konstruera alla regler som handlingsnormer inte lyckas, såvida man inte vill ge sig in på mycket allmänna konstruktioner vilka inte säger mycket om reglernas karaktär. I övrigt är meningarna delade om hur normerna bäst skall systematiseras.

3.2.2. En indelning av regler som har stor praktisk betydelse är den mellan regler som föreskriver ett särskilt handlande och regler som innehåller *sanktioner* vid underlåtenhet att följa andra regler. Det finns en regel att man inte skall döda andra, och den sanktioneras av regler om straff för mord och dråp.

5 Som en särskild typ av regel kan betraktas den "rule of recognition" som H.L.A. Hart räknar med (se ovan 2 kap n 20). Den fungerar till synes som en samlingsbeteckning för de regler som bestämmer giltigheten i de särskilda handlingsreglerna.

6 Se Peczenik, a a s 24 ff.

7 Se Peczenik, a a s 30 ff och T Strömberg, Rättsordningens byggstenar: Om normtyperna i lag och sedvanerätt (1988). Den förre synes uppfatta kompetensnormerna som en speciell typ av "kvalifikationsnormer", som i sin tur är en speciell typ av konstitutiva normer. Den senare betraktar kvalifikationsreglerna som en av tre fundamentala typer, av vilka de båda övriga är handlingsregler och kompetensregler. Kvalifikationsregler är sådana som tilldelar en person eller en sak eller en relation en viss rättslig egenskap, t ex förmyndare, fastighet, köp. Personligen tycker jag att begreppet kvalifikationsregel är alltför vagt för att bidra till klarheten. Det förekommer också annan systematik; se allmänt N K Sundby, Om normer (Oslo 1974) s 308 ff, Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning 11.5.3.

Det är en viktig uppgift både vid lagstiftning och vid analys av reglerna att finna hur de olika reglerna sanktionerar varandra. Straffsanktioner förutsätter särskilda lagstadganden. Skadeståndssanktionen kan tillämpas utan sådant stöd, och domstolar kan likaledes utan uttryckligt stöd i lag tillämpa sanktionen att meddela förbud mot visst handlingssätt för framtiden, t ex mot viss miljöskadlig verksamhet. Detaljerna i sanktionssystemets utformning tillhör de särskilda delarna av juridiken.

Lagtekniskt anges ibland endast sanktionen, och den regel som sanktioneras framgår då indirekt av sanktionen. Typexemplet är att BrB:s brottskatalog anger när straff skall utdömas, och indirekt framgår därav vilka handlingssätt som inte får företas. Motsatt teknik begagnas t ex i vägtrafikkungörelsen 1972, där det föreskrivs olika handlingssätt för vägtrafikanter. Den som underlåter att följa dessa regler straffas enligt bestämmelser i 163 – 167 §§ samma författning, såvida inte handlandet är straffbart enligt brottsbalken eller trafikbrottslagen 1951.

Olikheten mellan regler som föreskriver ett visst handlingssätt och regler som sanktionerar de förra kan betraktas som ett specialfall av en uppdelning i *primära, sekundära, tertiära* osv normer.⁸ Som en primär norm kan anges t ex att man inte skall skada annan till person eller egendom. Uppfyller någon inte denna regel träder den sekundära normen in, nämligen att han skall ersätta skadan. Den sekundära normen ”korresponderar” med den primära såtillvida som underlåtenhet att handla enligt den primära normen är rättsfaktum i den sekundära normen. (Korrespondensen är inte fullständig såtillvida som skyldigheten att ersätta skadan ofta förutsätter att skadan har orsakats med uppsåt eller oaktsamhet.) Uppfylls inte heller denna norm träder en ny norm i funktion, nämligen att domstol skall förplikta den ansvarige att ersätta skadan (korrespondensen är inte heller här fullständig, eftersom en förpliktande dom vid bestridande av kravet förutsätter bevisning om fakta). Normer kan förhålla sig till varandra som primära, sekundära osv normer utan att man kan tala om sanktioner i egentlig mening. Om en gäldenär som lämnat pant till säkerhet för sin skuld inte betalar kan borgenären tillgodogöra sig panten. Men man betraktar knappast detta som en sanktion mot underlåtenheten att betala.

En analys av vad som är primära, sekundära osv normer är enligt min mening ofta givande, därför att den riktar uppmärksamheten på samband mellan reglerna. Dessa samband är viktiga för förståelsen bl a av hur kontraktsrätten fungerar.⁹

En regel som inte är sanktionerad, alltså en handlingsregel vars överträdelse inte föranleder någon påföljd, kallas ibland med en latinsk term ”*lex imperfecta*” (ordagrant ”ofullbordad regel”, med pluralis ”*leges imperfectae*”, ofullbordade regler). FB 6:1 föreskriver bl a att barn inte får utsättas för

8 Se t ex P O Ekelöf, Förhållningsregler och domsregler, i: Festskrift till Olivecrona (1964) s 166 ff.

9 Jag ägnar stor uppmärksamhet åt sådana frågor i min bok Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt (2 uppl 1993), särskilt i 2 häftet, Allmänna ämnen.

kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. I den mån sådant handlande inte innebär straffbar misshandel är regeln utan sanktion, en *lex imperfecta*.¹⁰ Tidigare torde det ansetts ha inneburit en ofullkomlighet i lagen om den innehöll handlingsföreskrifter utan att det fanns rättsliga sanktioner. Numera tycks lagstiftaren vara mera benägen att meddela sådana föreskrifter, i tanke att den omständigheten att de ingår i lagen skall få människor att frivilligt följa dem.

3.2.3. En olikhet som numera ofta betonas är den mellan *grundsatser, principer, riktlinjer* på den ena sidan och *regler* i inskränkt mening på den andra sidan.¹¹ Som gemensamt överbegrepp begagnas då vanligen "norm" (eller rättslig norm, om man vill betona skillnaden mot moraliska normer). Skillnaden är långtifrån klar, och olika författare kan inlägga olika betydelser i termerna. Gemensamt är att regler i inskränkt mening antas vara preciserade och kunna tillämpas strikt när de fakta föreligger som regeln avser. Grundsatser anger endast mer allmänt, hur en bedömning skall ske, och lämnar ett vidsträckt utrymme för att ta hänsyn till olika omständigheter.

Många skatteregler utgör goda exempel på regler i den mest inskränkta betydelsen; vid en viss beskattningsbar inkomst utgör skatten ett bestämt belopp som kan räknas ut av en dator som har regeln i sitt program. Brottsbeskrivningarna i BrB är också regler; straffbuden anger "latituder" (dvs mildaste och strängaste straff) för de brott som nämns i balken.¹² En annan sak är att brottsbeskrivningarna ofta är mycket allmänt formulerade och lämnar ett betydande utrymme åt en skönsmässig bedömning.

Som grundsatser eller riktlinjer betecknar man sådana normer som endast mer allmänt anger när de skall tillämpas. Att hävning av ett avtal förutsätter väsentligt kontraktsbrott kan betecknas som en grundsats. Det är en huvudregel som har undantag, och även när huvudregeln gäller finns det modifieringar och nyanser som måste uppmärksammas när tillämpning blir aktuell.¹³ Culparegeln inom skadeståndsrätten kan, trots att den är lagfäst (2 kap 1 § SkL), betraktas som en grundsats snarare än som en regel, eftersom den medger ett betydande mått av fri bedömning. Exemplet visar dock hur diskutabelt det kan vara att söka dra en gräns mellan grundsats och regel i inskränkt be-

10 Vid närmare analys kan man dock ofta finna något slags sanktion. Den som vid upprepade tillfällen åsidosätter den nämnda regeln kan fråntas vårdnaden av barnet; se G Walin, Föräldrabalken (1986) s 155. Regeln har också ansetts ha den betydelsen att när all aga är förbjuden, misshandel av barn aldrig kan ursäktas med att den utgör tillåten aga.

11 I nordisk rättsteori begagnas skillnaden särskilt av N K Sundby, Om normer (Oslo 1974).

12 Det finns dock modifieringar. 23:5 BrB medger t ex att straff för medverkan i vissa fall sätts under minimum i ett straffbud. För s k brottskonkurrens, dvs när en person gjort sig skyldig till flera brott samtidigt, tillämpas regler i 34 kap BrB, vilka leder till andra resultat än vad som framgår av de enskilda straffbuden. Här liksom eljest inverkar inte förekomsten av enstaka undantag på helhetsomdömet, och även om hänsyn tas till undantagen fungerar straffbuden som regler och inte som "riktlinjer".

13 Se härom Hellner, Speciell avtalsrätt II:2 (1993) 27.2 och 3.

märkelse. Vid överträdelse av en särskild regel i vägtrafikkungörelsen som leder till skada inträder skadeståndsskyldighet med stor säkerhet, och detta betraktas som en tillämpning av culparegeln. När det saknas såväl särskilda författningsbestämmelser som vägledande prejudikat är bedömningen enligt culparegeln fri; kommer prejudikat, inskränks friheten.

Exempel: Det var tidigare osäkert om en kommun kunde bli skadeståndsskyldig mot en enskild person därför att en kommunal nämnd begått fel vid handläggning av byggnadslovsärenden och därför hus som uppförts blivit behäftade med bristfälligheter. Culparegelns innehåll var således obestämt på detta område. Genom tre domar refererade i NJA 1984 s 340 fastslogs att kommunen kunde bli skadeståndsskyldig, och de nämnda förutsättningarna preciserades. Bedömningen har ytterligare preciserats genom NJA 1985 s 324.

Man kan uttrycka det nu berörda förhållandet så, att grundsatser ibland ligger till grund för särskilda regler (i inskränt mening), eller så, att en grundsats efter en tid kan "förtätas" till en regel inom en del av sitt tillämpningsområde.

3.2.4. Lagstadganden – som alltså utgör språkliga uttryck för regler – betecknas ibland med särskilda termer efter sin *mer eller mindre generella* karaktär. Stadganden som hänför sig till mycket speciella, konkret beskrivna, situationer brukar kallas "*kasuistiska*". De svenska medeltidslagarna innehåller till större delen kasuistiska stadganden. Det görs t ex en skillnad mellan olika sätt att dräpa en person, mellan sår på olika delar av kroppen o s v. Bland jämförelsevis moderna lagböcker är den preussiska Allgemeines Landrecht (1794) känd för sin kasuistiska karaktär, och den är så detaljerad att den uppstår åtskilliga volymer. Den kasuistiska metoden kan förefalla göra domarens uppgift enklare; han har bara att jämföra omständigheterna i det särskilda fallet med ordalagen i lagboken, och bedömningen kan sedan utläsas med stor säkerhet. Men det visar sig att inga lagböcker kan uttömmande behandla alla situationer som uppstår i verkligheten, framför allt inte när utvecklingen i samhällslivet går snabbt. Luckorna blir mer märkbara ju mer kasuistiskt ett lagverk är.

Moderna lagböcker innehåller vanligen generella stadganden, och uttrycksättet är mera abstrakt. Sådana generella stadganden kan i princip tillämpas på ett stort antal situationer, men det allmänna uttryckssättet medför att ofta endast med svårighet kan utläsas, vilken tillämpningen på ett särskilt fall bör vara. Det fordras utläggningar av lagtexten för att förstå den praktiska innebörden. Vad betyder exempelvis satsen "Den som genom en annans prestation eller på annat sätt gjort en vinst på dennes bekostnad utan rättslig grund

är skyldig att utge vinsten till honom”?¹⁴ Även en jämförelsevis kortfattad utläggning av denna sats, vilken skall ge besked om hur den tillämpas, kräver mycket utrymme. Det fordras även kännedom om andra rättsregler, med vilka principen om obehörig vinst samverkar, för att förstå innebörden i stadgandet.

En mycket allmän bestämmelse som kan tillämpas på ett stort antal situationer, brukar kallas en *generalklausul*. Bruket av generalklausuler inom civilrätten har fått en betydande utbredning i Sverige under detta århundrade. 33 § avtalslagen 1915, som kompletterar ett antal speciella ogiltighetsregler om svek, tvång, ocker osv med en allmän bestämmelse om ogiltighet vid handlande som strider mot ”tro och heder” (märk dock de övriga förutsättningarna för tillämpning som framgår av ordalydelsen, framför allt att regeln hänför sig till omständigheterna vid avtalets tillkomst), är en generalklausul. Den betecknas numera ofta som den ”lilla generalklausulen” i avtalslagen. 36 § avtalslagen, som infördes 1976 och som medger jämkning av avtalsvillkor som skulle vara oskäligen och därigenom har ett vidare tillämpningsområde, kallas den ”stora generalklausulen”.¹⁵

Även den är dock mindre vittgående än den tyska generalklausul som finns i BGB § 242 och som helt allmänt föreskriver: ”Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” (Gäldenären är förpliktad att utföra sin prestation så som tro och heder med hänsyn till sed och bruk fordrar.) Detta stadgande har fått ligga till grund för en omfattande utveckling av den tyska civilrätten genom domstolarnas praxis. Bland moderna utländska civillagböcker är den schweiziska Zivilgesetzbuch från 1908 (ZGB) känd för omfattande bruk av generalklausuler.

Inom *skadeståndsrätten* kan culparegeln i 2 kap 1 § SkL, som föreskriver att den som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan, betecknas som en generalklausul.

Man finner att ”generalklausul” som beskrivning av ett *lagstadgande* svarar ganska nära mot ”grundsats” som beskrivning av *innehållet* i en norm. Det kan emellertid finnas grundsatser som inte har stöd i något uttryckligt lagstadgande.

Det finns åtskilliga mellanformer mellan de båda motpolerna kasuistiska stadganden och generalklausuler. En numera ganska ofta använd lagstiftningsteknik är att räkna upp ett antal olika omständigheter som är relevanta och avsluta uppräkningsen med en hänvisning till ”omständigheterna i övrigt”

14 Satsen utgör en ordagrann översättning av huvudregeln om ”obehörig vinst” i den tyska BGB (§ 812 st 1): ”Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise etwas auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.”

15 De båda benämningarna begagnas av K Grönfors, Avtalslagen (2 u 1989), s 162, 174.

(ett exempel anfördes 1.2 ovan, nämligen 2 kap 2 § SkL om barns och ungdoms skadeståndsansvar).

3.2.5. En term som man numera ofta möter är *ramlag*. Vad som skall förstås därmed är inte fullt klart.¹⁶

I sin mest inskränkta betydelse menas därmed en lag som helt eller väsentligen bygger på att det ges preciserade föreskrifter i särskilda *författningar*. Som exempel må nämnas att 5–8 §§ lagen 1985 om kemiska produkter samtliga innehåller uttrycket "regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ... föreskrifter". Lagen anger sålunda en ram, som fylls ut genom andra författningar utfärdade av regeringen och lägre myndigheter. Lagstadgandena har dock en självständig betydelse, eftersom de enligt sin lydelse kan tillämpas även på fall för vilka inga sådana föreskrifter har utfärdats.

Något utvidgat kan med ramlag förstås en lag vars innehåll och konsekvenser beror av det sätt på vilket berörda *myndigheter tillämpar* den, med ledning av de allmänt givna kriterier som lagen innehåller. Som exempel kan nämnas socialtjänstlagen 1980, vars 6 § föreskriver:

Den enskilde har rätt till bistånd av socialnämnden för sin försörjning och sin livsföring i övrigt, om hans behov inte kan tillgodoses på annat sätt.

Den enskilde skall genom biståndet tillförsäkras en skäligen levnadsnivå. Biståndet skall utformas så att det stärker hans resurser att leva ett självständigt liv.

Detta stadgande anger den allmänna nivå som medborgarna kan kräva för att få bistånd från socialtjänsten. Innehållet i stadgandet beror uppenbarligen av det sätt på vilket den allmänna beskrivningen tillämpas av berörda myndigheter. Det framgår redan av den mängd avgöranden av Regeringsrätten som citeras i lagboken under det nämnda stadgandet att det ger upphov till stora problem vid tillämpningen.

I en vidsträckt betydelse är en ramlag varje lag som huvudsakligen *upptar föga preciserade regler*, vilka får sitt innehåll genom domstolspraxis eller på annat liknande sätt. I denna mening är även SkL en ramlag, eftersom inte blott den nyssnämnda (3.2.4) formuleringen av culparegeln (2 kap 1 § SkL) lämnar stort utrymme åt nyansering utan även andra bestämmelser är allmänt formulerade och inte säger mycket utan kännedom om förarbeten och rättspraxis samt om analysen i den rättsvetenskapliga litteraturen. Samtidigt kan hävdas, att om begreppet ramlag begagnas så vidsträckt, det inte är särskilt upplysningsför den som vill förstå karaktären av en lag.¹⁷

16 Se G Bramstång, Den nya sociallagstiftningen – normgivningsteknik, begreppsbyggnad och tolkning, SvJT 1984 s 861 ff.

17 Det finns en antydning att SkL skulle vara att betrakta som ramlagstiftning redan i förarbetena till lagen (se prop 1972:5 s 424). Karakteristiken återkommer mera utförd i U Nordenson, B Bengtsson och E Strömbäck, Skadestånd (1 u 1972) s 77 ff. Karakteristiken begagnas inte i mitt arbete Skadeståndsrätt (1 u 1972, 4 u 1985).

Ramlagar karakteriseras ibland på ett helt annat sätt, nämligen så att de *uppställer mål och ger riktlinjer*.¹⁸ Detta stämmer väl överens med det exempel ur socialtjänstlagen som nämndes nyss, men behöver inte vara fallet ens med ramlagar i den första betydelse som angavs, och det passar inte in på skadeståndslagen. Betonandet av mål, med frihet för tillämpande myndighet att välja medel för att uppnå målen, är ett karakteristiskt drag för en stor del av den förvaltningsrättsliga lagstiftning som tillkommit under de senaste decennierna.

3.2.6. Slutligen skall nämnas en skillnad av helt annat slag, nämligen mellan *materiella regler* i vid bemärkelse och *hanteringsregler*. Med materiella regler förstås då inte bara civilrättsliga regler, straffrättsliga regler osv utan även processrättsliga. Med hanteringsregler förstås sådana som anger hur de materiella reglerna skall handhas för att man skall komma till konkreta resultat. Hanteringsreglerna omfattar bl a lagtolkningsregler och regler för begagnande av prejudikat men också sådana principer som "jura novit curia" (domstolen känner lagen).¹⁹

Kapitlen 5–8 i denna framställning skall ägnas åt hanteringsregler.

3.3. Lagstiftningstekniska olikheter

De olikheter som nämndes under 3.2 rör begrepp som rättsteorien använder när den skall karakterisera normer och stadganden. *Lagstiftaren* har i allmänhet visligen avstått från att begagna motsvarande eller liknande begrepp för att karakterisera författningar eller regler.²⁰ Det finns dock en någorlunda fast terminologi som skall uttrycka vilken karaktär författningar och föreskrifter har och hur starkt bindande de är.

3.3.1. 8 kap RF har rubriken "Lagar och andra föreskrifter". Härav framgår att *föreskrift* är en generell term för regler som tillkommer genom riksdagens, regeringens och underordnade myndigheters beslut. Lag stiftas av riksdagen, och ingen författning som utfärdats av regering eller lägre myndighet bär denna beteckning. De särskilda stadgandena i 8 kap talar i stor utsträckning om "föreskrifter". Termen har en vidsträckt användning; den täcker tydligen både hela författningar, särskilda stadganden i författningar och innehållet i dem.

18 Se en departementspromemoria, H Hydén, Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation (DsC 1984:12).

19 Begreppet "hanteringsregler" har mig veterligen första gången använts av S Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1 u 1981), se uppslagsordet "hanteringsregler" i sakregistret. Det sätt på vilket begreppet används här torde dock inte helt stämma överens med Strömholms.

20 Ämnet behandlas i en departementspromemoria, "Större klarhet i fråga om olika reglers rättsliga karaktär och syfte" (Ds Ju 1982:11). För egen del kan jag dock inte finna framställningen eller förslagen särskilt klargörande.

3.3

På mycket lägre författningsnivå, nämligen i 1 § författningssamlingsförordningen (1976:725 – finns ej i lageditionen) sägs att "författningar" är "lagar, förordningar och andra rättsregler som i 8 kap regeringsformen betecknas som föreskrifter".²¹ Därifrån skiljs enligt samma stadgande "allmänna råd", som är "sådana generella rekommendationer om tillämpningen av en författning som anger hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende". Här markeras en olikhet i den bindande karaktären. "Allmänna råd" är inte bindande på det sätt som "författningar" (föreskrifter) är.

När en myndighet under regeringen beslutar en "författning" skall rubriken till den innehålla ordet "föreskrifter", se 18 b § författningssamlingsförordningen. Det finns också andra bestämmelser (detta ord används då i en allmän betydelse), vilka inte passar in vare sig under definitionen av "föreskrifter" eller "allmänna råd". Som exempel kan nämnas konsumentverkets "riktlinjer", vilka publiceras i Konsumentverkets författningssamling. Andra sådana författningssamlingar nämns i författningssamlingsförordningen. Skillnaden mellan "allmänna råd" och "riktlinjer" förefaller ofta subtil.²²

Det må så vara att "allmänna råd" inte anses vara bindande på samma sätt som "föreskrifter". En myndighet har dock ofta maktmedel till sitt förfogande om inte råden följs, och det är troligt att en domstol, om frågan kommer upp, ofta tar hänsyn till råden. Allmänna råd som meddelas av en myndighet har därför en annan ställning än råd som exempelvis en advokat meddelar. De är därför också något annat än de "lämplighetsregler" varom har talats tidigare (1.3 mot slutet).

Den skillnad som har nämnts nu, och som hänför sig till författningar på lägre nivå än av riksdagen utfärdade lagar, har intet att göra med att även lagar ibland innehåller bestämmelser som inte kan betecknas som bindande föreskrifter i vedertagen mening. Lagverk innehåller ej sällan så kallade "portalparagrafer", som uttrycker ideal åt vilka lagstiftaren vill ge sitt stöd, utan att gå så långt som till att precisera handlingsregler vilkas överträdelse leder till sanktioner.

Det mest kända exemplet är ÄktB 1:2: "Makar skall visa varandra trohet och hänsyn. De skall gemensamt vårda hem och barn och i samråd verka för familjens bästa."

21 Det finns en hänvisning till författningssamlingsförordningen i lagboken under lagen (1976:633) om kungörelse av lagar och andra författningar. Av denna kan man inhämta var i SFS förordningen i sin helhet finns omtryckt och vilka ändringar som därefter skett. Det senaste omtrycket är SFS 1992:450.

22 Ett exempel må nämnas. Konsumentkreditlagen 1992 kompletteras av "riktlinjer" för den del av lagens tillämpningsområde som står under tillsyn av konsumentverket, och av "allmänna råd" för den del varöver finansinspektionen har tillsyn. Båda finns publicerade i Anders Eriksson och Göran Lambertz, Konsumentkrediter (1993) som bil 5 resp bil 6. Det sakliga innehållet sammanfaller till stor del. De sanktioner som kommer i fråga om en näringsidkare underlåter att följa riktlinjer resp allmänna råd skiljer sig dock.

Ett annat exempel är 1 § postlagen (1993:1684), som börjar (1 st): "I landet skall finnas en rikstäckande postservice som innebär att brev och paket kan nå alla oavsett adressort. Det skall finnas möjlighet för alla att få brev befordrade till enhetliga och rimliga priser. Privatpersoner skall också ha möjlighet att få paket befordrade till enhetliga priser." Jfr även ovan 3.2.2 om "*leges imperfectae*".

3.3.2. Olikheter i bindande karaktär markeras i viss utsträckning i författningar genom *verbets form*. I äldre lagtext begagnades vanligen *konjunktiv* för att uttrycka den imperativa karaktären av särskilda stadganden (1 § avtalslagen: "Anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud *vare* ... bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret."). Numera begagnas indikativ eller omskrivningar med hjälpverb.

Det är vanligen en stilistisk fråga om ett *påbud* skall skrivas med indikativ eller med "skall" jämte verbet i infinitiv. Jfr 6 kap 1 och 2 st lagen 1987 om ekonomiska föreningar:

"En ekonomisk förening skall ha en styrelse med minst tre ledamöter.

Styrelsen väljs av föreningsstämman, om det inte föreskrivs i stadgarna att en eller flera styrelseledamöter skall utses på annat sätt."

Innehållsmässigt hade det säkerligen inte gjorts någon skillnad om det i 2 st hade stått "skall väljas" i stället för "väljs", eller "utses" i stället för "skall utses".

Förbud uttrycks med "må icke" eller "äger icke" i äldre stil och "får inte" eller "kan inte" i nyare stil.

Tillåtelse uttrycks med "må" eller "äger" i äldre stil och "kan" eller "får" i nyare stil.

Ordet "bör" anses beteckna en svagare grad av bundenhet än "skall". Om det skrivs "ordföranden får inte omväljas mer än en gång" är regeln kategorisk. Står det "ordföranden bör inte omväljas mer än en gång" kan man tänka sig undantag. Även "kan" uttrycker en mindre grad av bundenhet. Olikheten kan sammanställas med den mellan "föreskrifter" och "allmänna råd". Laggör märke till att i det nyss (3.3.1) citerade stadgandet ur författningssamlingsförordningen det beträffande "allmänna råd" talas om hur någon "kan" eller "bör" handla.

Av 9 kap 1 § konkurslagen 1987 framgår att bevakningsförfarande i konkurs "bör" anordnas om fordringar utan förmånsrätt kan antas erhålla utdelning i konkursen. Här avser väl ordet "bör" närmast att betona, att det ofta är ovisst, om sådana fordringar kan få utdelning, och att det därför är vanskligt att ge en kategorisk regel.

3.3

De olikheter som har nämnts nu har sin betydelse dels genom att de visar att även lagstiftaren kan vilja markera olikheter i den bindande karaktären utan att tillgripa tydliga (och ofta tyngande) omskrivningar, dels genom att de kan vara till hjälp för tolkningen. Språkbruket är emellertid inte så konsekvent att man vågar bygga särskilt mycket på det.²³

23 Mångtydigheten i verbet "får" har beskrivits av N Herlitz, SvJT 1968 s 494 ff. Den torde kunna undgå genom att skriva "får" i de fall där någon har full frihet att handla på det sätt som nämns och "kan" där det finns viss frihet att välja handlingssätt men handlandet måste vara grundat på juridiskt relevanta omständigheter. I så fall "får" exempelvis en domstol avbryta förhandlingar för lunchpaus men "kan" meddela uppskov med handläggning. Lagstiftaren tycks emellertid använda "kan" och "får" utan skillnad i betydelsen.

4. Rationell argumentering

4.1. Inledande anmärkningar

De principer för rationell argumentering som skall diskuteras i det följande kan inte gärna rubriceras som rättsregler, även om man kan hoppas och vänta att domstolarna iakttar dem. De är inte speciella för det svenska rättssystemet, utan de får antas vara generella för alla rättssystem och alla tider, ehuru viljan och förmågan att underkasta sig dem kan växla. Till stor del är det principer som gäller för argumentering i allmänhet, även om tillämpningen på juridiken står i förgrunden här.

Principerna för rationell argumentering, och underlåtenhet att iaktta dem, kan i särskilda fall komma under prövning på samma sätt som rättsregler i egentlig mening. En oriktig tillämpning av principerna behöver visserligen inte föranleda att resultatet inte kan godtas. En domstol kan tro att en slutsats följer ur en given premiss, men även om så inte skulle vara fallet kan slutsatsen vara berättigad på andra grunder. Om en dom kommer under prövning av en högre instans, kan givetvis överrätten ta hänsyn även till om argumenteringen för den överklagade domen enligt överrättens mening är rationell eller ej, och överrätten kan, om det brister i rationalitet, ändra både domslut och motivering. Det finns dock ingen garanti för att HD:s argumentering alltid är rationell, och detsamma gäller minst lika mycket om rättsvetenskapsmän.

Principerna för rationell argumentering aktualiseras vid tillämpning både av rättsregler och av erfarenhetssatser. Även en utredning av fakta bör vara rationell.

Det nu sagda rör närmast domstolars argumentering. Men kraven gäller även för andra. Särskilt viktigt är att lagstiftare argumenterar rationellt. En advokat bör vara rationell när han argumenterar inför en domstol och t o m när han skall övertyga en klient. Men rationaliteten kan vara av annat slag för honom än för domstolen. För vetenskapen hör kravet på rationalitet till de absoluta kraven som inte kan eftersättas av opportunistiska skäl. Även för en rättsvetenskapsman är rationaliteten ofta en annan än för domstolen, enligt vad som skall framgå i det följande. En student som skriver en uppsats eller ett examensarbete bör argumentera rationellt, men de problem inför vilka han ställs är sällan av den största svårighetsgraden.

Kraven på rationalitet är i någon mån subjektiva, och mycket av vad som skall sägas i det närmast följande får stå för min egen räkning. Därmed är dock inte sagt att jag har hittat på de principer som anges i det följande själv – tvärtom är ämnet ofta diskuterat.

(Rationaliteten i den juridiska argumentationen uppmärksammades starkt i Sverige

under 1920–50-talen, framför allt genom att Uppsala-skolan, dvs de rättsvetenskapsmän som influerats av Hägerströms filosofi, fann ohållbara argument i sina kollegers skrifter. Lundstedts specialitet var att finna cirkelresonemang och fiktioner, medan Olivecrona fann metafysik.¹ Kritiken var säkert i några fall berättigad, men också i många fall oberättigad.

Efter Lundstedts och Olivecronas tid har detta slag av kritisk prövning av argumentation starkt avtagit, kanske därför att de kritiserade resonemangen har försvunnit, kanske därför att uppmärksamheten har riktats mot andra delar av den rättsvetenskapliga metodiken. Det finns emellertid all anledning att fortfarande vara vaken för riskerna för ohållbar argumentering, t ex cirkelresonemang eller åberopande av fiktioner som grund för rättsregler. Ämnet återkommer i det följande i olika sammanhang.

Kraven på rationalitet vid juridisk verksamhet kan ställas på olika nivåer. Jag vill – i anslutning närmast till Aleksander Peczenik – skilja mellan tre olika nivåer. Argumentering skall vara logiskt hållbar, den skall stödjas på goda skäl, och den skall föras på en intellektuellt och moraliskt hög nivå.²

4.2. Logisk rationalitet

Man skiljer ibland mellan logik i en vidare och en snävare betydelse. Den vidare betydelsen, som numera sällan betecknas som logik, utgör snarast en vetenskaplig metodlära. Till den hör bl a att undvika skenargument och att inte glida mellan olika betydelser av samma ord i resonemangen. Den kan sammanfattas i ett allmänt krav att resonemangen skall vara hållbara och motsägelsefria. Dessa krav är i stort sett obestridda, även om meningarna kan vara delade om deras konsekvenser. Andra krav på den juridiska metodiken, t ex att tillämpa lämpliga lagtolkningsmetoder, kan inte på samma sätt föras till rationaliteten. Eftersom rättsvetenskapsmän ibland redovisar sina metoder för lagtolkning och begagnande av prejudikat men mera sällan sina krav på rationalitet i den bemärkelse varom nu är fråga, framträder inte dessa krav lika starkt som andra metodfrågor i den juridiska diskussionen. Den som skriver en juridisk text, eller läser juridisk litteratur med en kritisk blick, får oftast på egen hand ta ställning till dessa krav.

Logik i den snävare betydelsen är den formella logiken, som numera är en välutvecklad vetenskap. Här skall till en början behandlas några krav på juridiska resonemang som kan räknas till den allmänna metodläran och därefter den formella logiken.

4.2.1. Till de *logiska kraven i vidsträckt mening* hör, såsom redan antytts,

1 Se särskilt A. V. Lundstedt, *Obligationsbegreppet* (1929–30), och K Olivecrona, *Rätt och dom* (1960).

2 Se särskilt A Peczenik, *Rätten och förnuftet* (1987) s 120 ff, *Juridisk argumentation* (1990).

att inte anföra cirkelresonemang, fiktioner och andra *skenargument*.³ Dessa är inte verkliga argument; de säger inte mer än den sats som skulle bevisas. Ämnet kan endast behandlas antydningssvis, med ett par exempel.

Antag att en domstol eller en rättsvetenskapsman skriver att den som utan tillstånd fiskar i annans fiskevatten bör utge ersättning, även om han inte får någon fisk, och som motivering anför att han får anses ha åtagit sig att betala för rätten att fiska. Detta är ett cirkelresonemang, som förutsätter den regel som skulle motiveras. Om det fanns rätt att fiska utan ersättning, funnes det intet skäl att åta sig att betala ersättning. Ingen säger att den som plockar vilda bär på annans mark utan lov bör vara skyldig att utge ersättning, därför att han får anses ha åtagit sig att utge sådan ersättning. Det är nämligen allmänt bekant att enligt nu gällande rättsregler man får plocka bär på annans mark utan att utge ersättning.

Ett annat, liknande skenargument är fiktionen. I detta fall är regeln oftast inte föremål för diskussion men fiktionen anförs som förklaring till regeln, något vartill den inte kan duga. Ett välkänt exempel är att säljarens strikta skadeståndsskyldighet vid dröjsmål med fullgörande av leveransavtal enligt 24 § köplagen 1905, "förklarades" med att säljaren ansågs ha garanterat att betala skadestånd oberoende av vållande. Detta gällde även om det inte fanns det minsta spår i säljarens uttryckssätt av något annat än att han åtog sig att leverera godset. En sådan garanti är en ren fiktion; den kan *påvisa en likhet* med de fall där uttryckliga garantier avges, men den är inte något *skäl* för att införa en sådan likhet. Sådana garantifiktioner tycks nu ha försvunnit ur diskussionen om skadeståndsansvar vid säljarens kontraktsbrott.

Till de allmänna kraven på logisk rationalitet kan också räknas att beakta övergången från ett påstående att något *är fallet* till ett påstående att detta *bör vara fallet*. En sak är att domstol t ex *har ålagt* skadeståndsskyldighet under vissa omständigheter, en annan sak är om domstolen *bör göra det*. Det finns många goda skäl för att låta ett faktiskt förhållande, t ex att en domstol har dömt på ett sätt en gång, medföra att domstolen dömer på samma sätt en annan gång. Men till kraven på rationalitet hör också att övergången från vara till böra observeras och motiveras.⁴

4.2.2. Det är omstritt i vilken mån den *formella logiken* är hållbar för juridikens normativa satser.⁵ I det följande skall den formella logiken endast uppmärksammas från en särskild sida, vilken i stort sett faller utanför menings-skiljaktigheterna. Denna sida är dess eventuella "heuristiska" värde, dvs de möjligheter som logiken ger att "finna" lösningar. Detta värde ligger i möjligheten att preliminärt pröva resonemang och språkbruk. Den formella logiken kan fästa vår uppmärksamhet på sådant som eljest skulle undgå oss, såsom

3 Se Hellner, Skenargument i rättsvetenskapen, i Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen (1985) s 53 ff.

4 Den klassiska framställningen av ämnet är den skotske filosofen David Hume's, A Treatise of Human Nature (1739), Book III, Part I, Section 1.

5 Se härom tidskriften Ratio juris Vol 4 (1991) Number 3, som är ägnad "Logic and Norms", med bl a en uppsats av G H von Wright, Is There a Logic of Norms?, s 264 ff.

ohållbarhet i resonemang, olika betydelser av en och samma språkliga sats, och möjligheten att förändra formuleringen av en föreskrift så att den blir språkligt enklare men ändå utsäger detsamma. En sådan prövning måste kompletteras med en mera ingående saklig prövning, baserad på språkbruk och sammanhang, av godtagbarheten i resonemang och språkliga formuleringar.

Den grundläggande delen av den formella logiken är *satskalkylen*, som rör förhållandet mellan satser. Som symboler för satser använder man ofta bokstäverna "p" och "q". Det finns två värden som satserna kan ha, sann och falsk. När satskalkylen framställs formaliserad, med begagnande av symboler, begagnar man ett antal noga specificerade definitioner, axiom och regler för tillåtna operationer. Håller man sig inom detta system har de teorem som framställs giltighet utan empirisk förankring, dvs deras giltighet beror endast av systemet. Vill man tillämpa kalkylen på verkliga förhållanden får man avgöra, när verkligheten är så beskaffad att det går att tillämpa kalkylens satser på den. Härom säger logiken som sådan ingenting. Resonemang som förs på ett naturligt språk, såsom det svenska, kan bedömas enligt satskalkylen, men endast under förutsättning att det naturliga språkets termer används på ett sätt som överensstämmer med vad som antas i den formella logiken. Detta är långt ifrån alltid fallet.

Rättsreglerna är, enligt vad som sagts här, om-så-satser. Detta motsvarar närmast satskalkylens begrepp "*implikation*", och det är därför skäl att särskilt uppehålla sig vid detta begrepp. När "om-så" används på ett sätt som överensstämmer med den formella logikens implikation, kan man alltså dra slutsatser i enlighet med denna del av satskalkylen.

Ett enkelt exempel. Det finns en regel i föräldrabalken som i förkortad form kan återges sålunda: "om någon är under aderton år, är han eller hon omyndig" (FB 9:1). Tillämpar man denna generella regel på ett konkret fall: "X är under 18 år, alltså är X omyndig" finner man att resultatet stämmer med en korrekt rättstillämpning. Detta är en vanlig logisk figur som brukar kallas "modus ponens". Mera formellt kan resonemang uttryckas så: "Om p, så q; nu p, alltså q". Ett annat giltigt slut är "modus tollens". Dess schema är "Om p, så q; nu inte q, alltså inte p". Ex: "X är inte omyndig, alltså är X inte under 18 år".

Implikationen motsvarar en mera fullständig språklig form, nämligen "alltid om-så", och om-satsen uttrycker då en *tillräcklig betingelse* för så-satsen. Så var fallet i det exempel som nyss anfördes. Men ibland kan "om-så" betyda något annat, nämligen "endast om-så". Om-satsen uttrycker då en *nödvändig betingelse* för så-satsen, och i så fall kan inte de slutsatser dras som gäller för tillräckliga betingelser.

Jfr 15 kap 1 § aktiebolagslagen: "Stiftare, styrelseledamot och verkställande direktör, som vid fullgörande av sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget, skall ersätta skadan. Detsamma gäller när skadan vållas aktieägare eller annan

genom överträdelse av denna lag eller bolagsordningen.” Den första meningen anger en tillräcklig betingelse för skadeståndsskyldighet (ehuru den kan behöva kompletteras med förutsättningar gemensamma t ex för alla aktiebolag). Men anger den andra meningen också en tillräcklig betingelse? Det beror i första hand av hur man tolkar ordet ”vållar”. I 2 kap 1 § SkL betyder ”vållar” närmast ”orsaka”, och skulle man tolka det aktiebolagsrättsliga stadgandet på samma sätt skulle, om den ytterligare bestämningen ”överträdelse av denna lag eller bolagsordningen” angav en tillräcklig betingelse, varje sådan överträdelse medföra skadeståndsskyldighet. Sammanhanget visar emellertid att den ytterligare bestämningen anger en nödvändig betingelse för skadeståndsskyldighet, dvs endast när uppsåtet eller oaktsamheten tagit sig uttryck i en överträdelse, skadeståndsskyldighet uppstår mot ”aktieägare eller annan”. En rimlig tolkning säger nämligen att ansvaret mot aktieägare inte kan vara strängare än ansvaret mot bolaget.

Det finns också möjligheten att läsa ”om-så” såsom om det stode ”alltid om och endast om-så”. I detta fall betecknar om-satsen en *både tillräcklig och nödvändig betingelse* för så-satsen.

Eftersom numera enligt svensk rätt inga andra är omyndiga än de som är under 18 år, är underårigheten både en tillräcklig och en nödvändig betingelse för att vara omyndig (jfr strax ovan om FB 9:1). Enligt äldre rätt fanns också möjligheten till omyndigförklaring, och då var inte ålder under 18 år en nödvändig betingelse för omyndighet.

I de flesta fall framgår av sammanhanget, vilken betydelse som bör inläggas i ”om-så”, eller också skrivs uttryckligen ”endast om” när det erfordras. Detta hindrar inte att det också finns fall där man kan känna sig osäker om vilken betydelse av ”om-så” som är den riktiga.⁶

En annan slutsats som man kan dra av det sagda är att man måste vara mycket försiktig med att låta om-sats och så-sats byta plats i sina resonemang. Vid tillämpning av lagstadganden blir detta oftast inte aktuellt, därför att det finns vanligen en saklig skillnad mellan rättsfaktum, som betecknas av om-satsen, och rättsföljden, som betecknas av så-satsen. Men vid tillämpning av allmänna erfarenhetssatser måste skillnaden uppmärksammas. Satsen ”om en bil färdas med en hastighet av x km/tim, så kan den inte bromsas in på en kortare sträcka än y m” är en annan sats än ”om en bil inte kan bromsas in på en kortare sträcka än y m, så färdas den med en hastighet av x km/tim”. Det är möjligt att båda satserna är sanna, dvs att hastigheten är en både tillräcklig och nödvändig betingelse för bromssträckan. Men detta allmänna sakförhåll-

6 Se för ett exempel 19 § köplagen 1990 om vara som har sålts ”i befintligt skick”. Enligt motiven förutsätter regeln att avtalet innehåller en sådan klausul (se prop 1988/89:76 s 91). Klausulen är då en nödvändig betingelse för att stadgandet skall vara tillämpligt. Detta har emellertid (till synes på goda grunder) bestritts av T Håstad, Den nya köprätten (1993) s 77, som anser att regeln gäller även om inte varan sålts i ”befintligt skick”. Om motivskrivaren hade varit mera uppmärksam på skillnaden mellan tillräckliga och nödvändiga betingelser hade måhända oklarheten undvikits.

lande måste då styrkas empiriskt, och det följer inte av att endera sakförhållandet är empiriskt styrkt.⁷

Även andra delar av den formella logiken än implikationen kan vara av betydelse för juridiska resonemang. Kalkylens exakthet kan fästa uppmärksamheten på flertydighet i det naturliga språket hos ordet "eller". Det kan betyda "p eller q eller båda". Det kan också betyda "p eller q men inte båda". Satskalkylen motsvarar den förra betydelsen. I ett stadgande kan även den andra betydelsen förekomma. Även i detta fall framgår vanligen men inte alltid av sammanhanget vilkendera betydelsen som är aktuell.

16 § konsumenttjänstlagen 1985 handlar om påföljder av fel i tjänsten. Enligt 1 st 2 meningen får konsumenten "kräva att felet avhjälpas enligt 20 § första stycket eller också göra avdrag på priset eller häva avtalet enligt 21 §". Det är självklart att konsumenten inte samtidigt får kräva prisavdrag och häva avtalet. Inte heller får han samtidigt kräva avhjälpande och häva avtalet. Men får han göra prisavdrag om efter avhjälpande ändå visst fel kvarstår? Ordet "också" förefaller indicera att så inte är fallet, men på sakliga grunder förefaller tolkningen oriktig (jfr tex NJA 1988 s 3, som rör fastighetsköp). Här kan man önska att lagstiftaren uppmärksammat tvetydigheten i "eller" och valt en tydligare formulering.

Man kan lägga märke till att, enligt satskalkylen, om både p och q är sanna, såväl "p och q" som "p eller q" är sanna. Om endera p eller q är sann men inte båda, är "p eller q" sann men inte "p och q". Den som eftersträvar precision i uttryckssättet kan därför vilja undvika den tvetydighet som "eller" stundom medför genom att skriva "och" när avsikten är att uttrycka att båda de satser som anges är sanna samt "eller" om det är tillräckligt att endera satsen är sann.

Till satskalkylen ansluter sig en gren av logiken som särskilt sysslar med "böra"-satser och därigenom även rättssatserna, nämligen den "*deontiska*" logiken.⁸ Dess huvudkategorier är förbud, påbud och tillåtelse, begrepp vilkas språkliga uttryck i författningstext har nämnts tidigare (se ovan 3.3.2). Det kan vara tillåtet att gå på en gräsmatta, förbjudet att gå på gräsmattan och påbudet att gå på gräsmattan (och inte i rabatterna intill). Enligt den deontiska logiken kan de tre typerna reduceras till en enda grundform, dvs man väljer en grundform och uttrycker de andra i den, genom tillämpning av därför lämpade negationer. Om tillåtelse väljs som grundform kan såväl förbud som påbud uttryckas i denna form ("det är inte tillåtet att inte gå på gräsmattan" är det samma som "det är påbudet att gå på gräsmattan"). För den som söker efter lämpliga språkliga uttryck för rättsregler kan det vara nyttigt att göra klart för sig att sådana transformationer är möjliga, utan att meningen förändras. Även i övrigt kan en analys av de logiska relationerna mellan olika typer av satser vara klagörande.

Till den formella logiken räknas vanligen också den *klasslogik* som har sitt ursprung

7 De båda satserna begagnas av P O Ekelöf, Rättegång IV (5 u 1982) s 7 ff. Ekelöf drar genom att hänvisa till "hjälpfakta" slutsatser från satsen om hur hastigheten inverkar på bromssträckan till bedömningen av hastigheten när man har kännedom om bromssträckan.

8 En allmän översikt av den deontiska logiken, i ett historiskt perspektiv, ges av L Lindahl, *Position and Change: A Study in Law and Logic* (Dordrecht 1977), 1 kap.

hos Aristoteles. Denna har t o m ansetts ha särskild betydelse för juridiken.⁹ Stundom har detta tagits mycket bokstavigt. "Fängelsedörren sluter sig bakom tjuven, och bilan faller ned på mördarens hals, enligt den logiska relationen mellan en allmän sats och en motsvarande speciell sats", lär en tysk rättsfilosof ha sagt på 1800-talet.¹⁰ Riktigt så handgripligt verkar dock inte logiken; det fordras rätt mycket mer för att faktiska resultat skall inträda. Liksom eljest måste det avgöras, om det naturliga språkets satser motsvarar den formella logikens, och om satserna kan tillämpas på sakförhållandena. Den som formulerat satsen har inte ansett det nödvändigt att framhålla att en förutsättning för straffet är, att det sker ett handlande i enlighet med den slutsats som anses följa logiskt ur premisserna.

4.3. Saklig rationalitet

Med saklig rationalitet avses här att man bör ha *skäl* för sin ståndpunkt; den får inte vara präglad av godtycke.¹¹ Även en användning av slumpen kan i några fall vara godtagbar. Associationsrättsliga regler föreskriver ofta att om rösterna är lika vid val av ordförande i en styrelse, lotten skall fälla utslaget (se t ex 8 kap 8 § 1 st 3 meningen aktiebolagslagen 1975). En domstol kan där emot inte låta lotten bestämma om en åtalad skall dömas till straff eller frikännas. Det anføres ofta som kritik av gällande eller ifrågasatta rättsregler att de leder till slumpmässiga avgöranden.

Skälen kan vara av olika slag. Typiskt för den juridiska verksamheten är att specifikt rättsliga skäl väger tungt. Innehållet i lagstadganden, uttalanden i lagförarbeten och prejudikat är skäl som regelbundet godtas. Ibland kan rättsregler utsäga, vilka skäl som kan godtas. En domstol kan vara skyldig att ta hänsyn till vad som fordras av "den allmänna laglydnaden",¹² även om dess ledamöter som privatpersoner skulle erkänna att de inte har någon mening om det och t o m om de, i avsaknad av lagstadgande, inte skulle anse hänsyn till laglydnaden vara ett relevant skäl i jämförelse med t ex de individuella konsekvenserna för en tilltalad. Men i de flesta fall finns inga fixa regler för vilka skäl som är godtagbara.

Det råder starkt delade meningar om hur en domstol skall avväga hänsyn till sådana juridiska faktorer som de nyss nämnda mot hänsyn till faktiska förhållanden, såsom dess uppfattning om mer eller mindre goda konsekvenser av ett avgörande. Det allmänna kravet på saklig rationalitet ger inte någon

9 En rättsteoretiker som skrivit ingående om klasslogikens tillämplighet på juridikens satser är J Rödiger, *Schriften zur juristischen Logik* (Berlin 1980).

10 Den åsyftade filosofen hette Trendelenburg. Jag citerar honom i andra hand och ur minnet – jag har inte lyckats återfinna belägg för citatet.

11 Se Peczenik, *Rätten och förnuftet* s 160 ff.

12 Se BrB 27:1 st 2, som föreskriver att villkorlig dom ej får meddelas om hinder möter av hänsyn till allmän laglydnad.

vägledning för sådana avgöranden, även bortsett från att det är omöjligt att generalisera på området.

Vad som kan godtas som skäl växlar helt efter situationen. En advokat som startar en process kan ta hänsyn till att hans klient är envis, och detta kan för honom vara ett rationellt sakskäl, trots att det givetvis inte kan vara ett skäl för domstolen som skall döma i processen. En rättsvetenskapsman som vill påverka den framtida utvecklingen, kan finna skäl rationella även om de inte skulle påverka en domstol.

Stora meningsskiljaktigheter om den sakliga rationalitetens krav har visat sig vid påståenden och förutsägelser om verkningar av lagar och av domar. Verkar skadeståndsskyldighet prevenerande mot oaktsamhet? Medför ökat skydd för oaktsamma konsumenter att priserna ökar, varigenom de ordentliga konsumenterna får betala för det skydd som kommer de slarviga till del? Här visar både lagstiftare, domstolar och rättsvetenskapsmän helt olika uppfattning. Några är försiktiga och vägrar att godta andra skäl än dem som antingen är empiriskt styrkta eller med helt övervägande sannolikhet kan antas vara riktiga. Finns det inte sådana grunder väljer de andra argument. Andra godtar vad som i amerikansk diskussion kallats "anecdote, subjective reasoning, and conventional wisdom". Nationalekonomer lägger ofta fram hypotetiska resonemang, dvs de gör antaganden och utifrån dessa antaganden drar de slutsatser, bl a om hur rättsregler bör vara beskaffade. Kraven på verifikation av antagandena växlar starkt mellan olika ekonomer.

Ett känt exempel på att en rättsvetenskapsman drivit en tes vars empiriska underlag är bristfälligt, är A.V. Lundstedts åsikt att den utomobligatoriska skadeståndsrätten verkar starkt prevenerande mot vårdslöst orsakande av skador, och att om skadeståndsskyldighet saknades oaktsamheten skulle tilltaga utöver vad som kan godtas i samhället.¹³

Som ett exempel på att en domstol har nöjt sig med ett lösligt resonemang om en regels verkningar kan nämnas NJA 1984 s 829. Fallet rörde nedsättning av försäkringsersättning när den försäkrade lämnat en dörr olåst och en tjuv tagit sig in i ett hus och stulit. HD uttalade följande: "Att enligt säkerhetsföreskrifterna till hemförsäkring ytterdörrarna till bostaden skall hållas låsta, när ingen är hemma, är självfallet av stor vikt när det gäller att förebygga stöldskador. Även om den försäkrade regelbundet har också andra än ekonomiska skäl för att iaktta denna föreskrift, torde risken för ekonomisk förlust vara tungt vägande för de flesta. För att denna risk skall utöva sin förebyggande verkan är det dock i princip tillräckligt att den försäkrade går miste om en viss del av ersättningen för sin skada." – Härtill bör fogas att domstolen, i motsats till underrätterna, fann att en nedsättning till ett belopp som den försäkrade medgivit – och inte förlust av hela rätten till ersättning som försäkringsbolaget yrkat – var tillräcklig för att uppnå det preventiva syftet. Det citerade uttalandet var sålunda inte helt nödvändigt för att nå den konklusion till vilken domstolen kom.

13 Se Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten 2. Strikt ansvar 2:2 (1953) s 2 ff.

Det kan inte komma i fråga att här generellt diskutera, vilka skäl som kan godtas för att en argumentation skall vara sakligt rationell. Det är likväl motiverat att fästa uppmärksamheten vid något som kan kallas *argumentationsbördan*. Den har en viss likhet med, men bör skiljas från, bevisbördan i en process.¹⁴ Det är inte fråga om bevisning om rättsligt relevanta fakta utan om att anföra argument som kan påverka en domstol exempelvis att göra undantag från en huvudregel eller anse ett krav på aktsamhet vara uppfyllt eller ett yrkat belopp vara skäligt när fakta är oomstridda. Argumentationsbördan bestäms ibland av särskilda rättsregler, såsom när ett lagstadgande fordrar "särskilda skäl" eller "synnerliga skäl", men bedöms ofta fritt.

Se t ex NJA 1985 s 178 (tillämpning av förutsättningsläran) där HD:s majoritet uttalade: "En part i ett avtal måste regelmässigt själv stå risken för att hans förutsättningar för avtalet är felaktiga (jfr NJA 1981 s 269). Denna huvudregel gör sig med särskild styrka gällande i fråga om antaganden angående motpartens kreditvärdighet. Förutom ... kan ett misstag vid avtalets ingående angående [motpartens] betalningsförmåga endast under speciella omständigheter få till följd att avtalet förklaras vara överksamt. Frågan blir då om sådana omständigheter föreligger i målet." Majoriteten fann sedan att omständigheterna talade med sådan styrka för att risken för den felaktiga förutsättningen skulle ligga på denna motpart att avtalet blev ogiltigt. – Här ansågs sålunda en argumentationsbörda vara uppfylld. Ett skiljaktigt JustR fann emellertid inte tillräckliga skäl för att avtalet skulle vara ogiltigt.

NJA 1986 s 596 rör tolkning av avtal. Efter att ha konstaterat att vid avtal av ifrågasvarande typ (leverans av ett monteringsfärdigt hus från en näringsidkare till en konsument) det måste ställas ganska stränga krav på näringsidkaren att bidra till att avtalet utformades så att dess innebörd stod klar för konsumenten, uttalade HD avslutningsvis i domen, att näringsidkaren inte hade fullgjort "den i det föregående angivna principiella skyldigheten att bidra till att göra klart för" konsumenten vad avtalet enligt näringsidkarens ståndpunkt omfattade. – Här var argumentationsbördan sålunda inte fullgjord.

Svenska domstolar synes ganska ofta resonera med utgångspunkt i en argumentationsbörda. Uttryck sådana som "skäl saknas att frångå" en viss princip förekommer ofta, och den mera precisa innebörden måste då vara att "*tillräckliga skäl*" saknas. Det finns nästan alltid, i de tvister som kommer till domstol, skäl för två motsatta ståndpunkter, samtidigt som ett avgörande måste träffas om vilka skäl som väger tyngst. Att "skäl saknas" eller "*tillräckliga skäl*" saknas innebär då att argumentationsbördan inte är uppfylld.

Den argumentationsbörda som har nämnts nu visar sig kanske tydligast i processen. Advokaten har en större eller mindre börda att övertyga domstolen, och han får bedöma hur han skall föra en talan för att kunna uppfylla den. Svårast är naturligtvis bördan om det gäller att övertyga domstolen om att en

14 Det torde dock inte vara ovanligt att termen "bevisbörda" används även när vad som här kallas argumentationsbördan åsyftas.

tidigare antagen princip inte är tillämplig på det föreliggande fallet eller t o m bör modifieras för detta. Naturligtvis kan en advokat föra en talan även om han misströstar om sin möjlighet att övertyga domstolen, alldeles som han kan föra talan även om han kan misströstar om att kunna bevisa ett faktum för vilket han har bevisbördan.

Man kan också tala om en argumentationsbörda i samband med *rättsvetenskaplig verksamhet*. En rättsvetenskapsman visar det vetenskapliga värdet av sin undersökning genom att anföra övertygande skäl för de åsikter som han framför. Den som granskar en rättsvetenskaplig framställning bedömer om skälen är tillräckliga. En annan sak är hur detta påverkar författaren själv. Många rättsvetenskapsmän torde fästa stort avseende vid om deras argumentation kan övertyga kolleger, domstolar och advokater. Andra fäster sig mindre vid detta, om de blott kan tillfredsställa sina egna krav.

Resonemang som bygger på argumentationsbördan kan leda till konservatism; den som vill åstadkomma en förändring anses böra styrka att förändringen är till nytta. Motsatsen är emellertid också möjlig; om ett tillstånd anses dåligt kan måhända varje förslag till förändring räknas med ett gynnsamt mottagande. Nyhetsvärde hos en rättsvetenskaplig undersökning anses allmänt vara en viktig vetenskaplig kvalitet.

Från kraven på att det skall finnas sakliga skäl bör man skilja frågan om dessa skall komma till uttryck *i form av explicit argumentation*. Det förekommer att alls ingen motivering lämnas utan att bara domen eller beslutet tillkännages. Särskilt i äldre svensk rättspraxis innehåller motiveringen för domen ofta domskäl som utvisar, direkt eller indirekt, vilken rättsregel som har tillämpats, men det finns ingen argumentering som tydligt visar hur domstolen kommit fram till att just denna regel bör tillämpas.¹⁵ Indirekt, t ex genom en hänvisning till lagstadganden, kan detta framgå. Man kan dock inte tro att avsaknaden av uttrycklig motivering innebär att domstolen saknat sakliga skäl för sin ståndpunkt. Huruvida och hur utförligt domar och beslut skall vara motiverade är en fråga som tillhör processrätten, inklusive förvaltningsprocessrätten. Kraven på utförlig motivering har skärpts åtskilligt på senare år med hänvisning bl a till rättssäkerheten.¹⁶ Rättsreglerna är dock inte den enda faktorn. Under senare år har exempelvis den svenska Högsta domstolen börjat skriva allt utförligare motiveringar, trots att lagreglerna inte har ändrats.

För rättsvetenskapen är kraven på explicit argumentering betydande. Detta beror bl a på ett allmänt krav på att all vetenskap, alltså även rättsvetenskap, skall vara "intersubjektiv", d v s åsikter och resultat skall kunna prövas även av andra än dem som lägger fram dem. Detaljerna i kraven på explicit argumentering växlar emellertid mycket efter framställningarnas karaktär och syften. I en handbok för praktiker ges t ex ofta ingen argumentering; det anses tillräckligt för dess läsare att få veta vilken

15 För ett exempel bland otaliga möjliga kan hänvisas till NJA 1916 s 656 (nedan 7.2).

16 Enligt RB 17:7 skall i dom angivas bl a "domskälen med uppgift å vad i målet är bevisat".

regeln är. Denna mening delas dock inte av alla; även handboken skall vara ett hjälpmedel för självständiga avgöranden, inte ett fyndställe för färdiga lösningar. Meningarna är delade om hur mycket läroböcker skall innehålla av förklaringar av och argumentation för de regler som framställs. På en vetenskaplig monografi är kraven på saklig motivering stora.

Studenter kommer oftast i beröring med kraven på uttrycklig argumentation när de läser lagförarbeten, prejudikat och läroböcker samt uppsatser, i den mån sådana ingår i kurslitteraturen. Det gäller då att observera inte bara resultat utan även skäl. När studenter själva skriver uppsatser och examensarbeten, kommer kraven att närma sig dem som ställs på den utbildade vetenskapsmannen.

4.4. Intellectuell rationalitet

Med intellektuell rationalitet förstås här att argumenteringen ligger på en sådan nivå att den fyller krav på intellektuell hederlighet. Den som diskuterar måste iakttä vissa debattnormer. Det kan tyckas att detta snarare är ett moraliskt krav än ett intellektuellt, men förhållandet är att resonemanget förlorar sin förmåga att övertyga om det brister i den intellektuella hederligheten. Vad detta innebär växlar emellertid efter de särskilda situationerna, och det tjänar ingenting till att söka dölja detta.

Ett första krav på intellektuell hederlighet är att man skall vara uppriktig och sanningsenlig och även utgå från att andra är det. Detta kan tyckas vara elementärt, men det innefattar ett antal principer för argumenteringen som inte är alldeles självklara. Om en domstol med fem ledamöter avkunnar en enhällig, utförlig dom ligger nästan alltid till grund något slag av kompromiss mellan olika meningar och olika tänkbara förslag till motiveringar. Vilka omständigheter som kan föranleda en ledamot av en domstol att gå med på en formulering som inte riktigt motsvarar hans mening är i stort sett obekant för andra än dem som sitter i domstol, och benägenheten att kompromissa har växlat genom tiderna.¹⁷

Trots detta gäller regeln, att den som tar del av andras argumentering måste utgå från att den är uppriktigt menad. Detta gäller inte bara vid ett vetenskapligt meningsutbyte utan också vid tolkningen av en dom. Man kan inte vid tolkningen säga, att jag vet att JustR X, som deltog i avgörandet, egentligen hade en annan mening än den han anslöt sig till i domen (därför att han vid ett annat tillfälle uttalat denna andra mening, eller av liknande skäl), och därför inte fästa något avseende vid hans votum. I samband med detta står att man inte får inlägga mer i en dom än som står där och inte får tolka domar e

¹⁷ Se härom särskilt G Bergholtz, *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål* (1987). Se också nedan 7.4.1.

contrario. Dessa frågor rör närmast tolkningen av domar (se därom nedan 7.4.1).

En allmän regel för intellektuell rationalitet är att man inte får utgå från att meningsmotståndare har ohederliga syften eller är påverkade av ovidkommande omständigheter när man bemöter deras argumentation. Det är inte något argument att anföra att eftersom X är kapitalist, eller marxist, hans mening inte förtjänar avseende. Detta kallas för "argumentum ad hominem" (argument riktat mot människan), och det är inte bara moraliskt otillåtligt utan också intellektuellt irrationellt. Man måste bemöta argumentet som sådant, och inte genom en hänvisning till personen undvika att vara saklig. Härifrån bör skiljas att någon vill söka förklaringen till en annan persons argumentation i sådana förhållanden. Det är kanske ett hjälpmedel för att förstå hur denne argumenterar. Innehållet i argumentationen måste likväl vara huvudsaken.

En besläktad men åtskilligt svårare fråga är vilken vikt som kan tillmätas auktoriteten hos en åberopad tredje man eller en meningsmotståndare. Det är självklart att man i många fall måste godta tredje mans auktoritet. Om tvisten gäller ett medicinskt sjukdomsförlopp eller äktheten av ett konstverk eller innehållet i italiensk rätt är det klart att man måste lita till auktoriteter. Auktoriteten måste likväl prövas. Om en person gentemot en meningsmotståndare vill åberopa sin egen auktoritet är osäkerheten mycket större. Det är sällan som auktoriteten kan väga tyngre än sakskalet, särskilt när den som åberopar auktoriteten själv är intresserad i utgången. Det finns jurister som stödjer sig starkt på auktoriteter, och i processer åberopas ofta utlåtanden av experter. Sådana måste i första hand bedömas efter de sakskalet som anförs.

Till de krav som växlar efter situationen hör också att anföra inte bara skäl som talar till förmån för utan också skäl som talar mot den mening för vilken man argumenterar. Till den hävdvunna juridiska stilen, i domar men ofta även i lagförarbeten, hör dock att inte anföra sådana motskalet.¹⁸ Här har emellertid på senare tid skett en ändring, både i domar och i lagförarbeten. I den vetenskapliga argumentationen hör det till kraven att även motskalet skall redovisas, låt vara att om dessa är utförligt utvecklade tidigare, det kan vara onödigt att utföra hela argumentationen ännu en gång. Det sista gäller för även skäl som talar till förmån för den egna meningen.

Inom vetenskapen kräver man också att det tydligt skall framgå, vad som framställs med anspråk på att vara nytt och vad som hämtats från andra. Plagiat av andras arbete är en vetenskaplig dödssynd, och även om endast resultat och tankegångar i stort är hämtade från andra, skall det redovisas. Det samma gäller för studenter som skriver uppsatser.

För myndigheters argumentation gäller andra regler. En domstol kan tex hämta en motivering praktiskt taget ordagrant från en tidigare dom av en an-

18 Detta anförs bl a av Louis De Geer, i en berömd skrift "Om den juridiska stilen" 1853 (omtryckt i SvJT 1953). Jfr härtill Bergholtz, a a s 85 ff.

nan domstol utan att låta det framgå. Domstolen kan också ta ett resonemang från en rättsvetenskapsman utan att åberopa honom. Uttryckliga hänvisningar är dock vanligare nu än förr, delvis beroende på att domar numera skrivs på ett annat sätt än förr.

En offentlig utredning kan också återge, t o m nästan ordagrant, framställningar i tidigare betänkanden eller i rättsvetenskapliga arbeten.¹⁹ Så länge förfarandet inte innebär intrång i upphovsrätt torde inte invändningar riktas mot det, utan det betraktas som ett ändamålsenligt förfarande. Det har bl a den betydelsen att den som läser en sådan framställning inte kan ha någon säkerhet att den är originell. I den mån man vid tolkning av ett lagstadgande fäster avseende vid dess historiska bakgrund (se härom nedan 6.3.2 under 3), kan avsaknaden av hänvisningar nödvändiggöra ett detektivarbete för att finna förebilden till stadgandet. Men detta ligger på ett annat plan än den intellektuella rationalitetens.

19 Ett känt äldre exempel är att Lagberedningen i sitt förslag till jordabalk III, 1909, hämtade väsentliga delar av förslaget till regler om ansvar i grannelag från en uppsats av den berömde tyske rättsvetenskapsmannen Jhering; se S Ljungman, Om skada och olägenhet från grannfästighet (1942) s 174.

5. Hanteringsregler

5.1. Inledande anmärkningar

Ämnet för den återstående delen av denna framställning sammanfaller till stor del med vad som brukar kallas tillämpning av "rättskällor". Lagar, prejudikat, förarbeten o s v räknas som rättskällor, och i "rättskälleläran" diskuteras hur man begagnar dem. Det har redan framgått (ovan 2.3), att enligt min mening ett sådant betraktelsesätt medför risk för missförstånd och oklarhet. Man bör undvika att förlora sig i diskussioner om exempelvis allmänt brukade standardavtal och handelsbruk har ställning som rättskälla, eftersom detta inte ger ledning för den praktiska frågan om när och hur man skall tillämpa dem. Det är inte heller stor mening med att diskutera under vilka förhållanden den rättsvetenskapliga litteraturen har ställning som rättskälla.

I en sådan framställning som denna är det enklast och säkrast att gå direkt på de praktiska frågorna. I stället för att söka fastställa vad som är rättskällor och gradera dem i ett slags rangordning, så att lagtexten betraktas som den förnämsta rättskällan, därefter svenska prejudikat o s v, föredrar jag att fråga vilket material som är relevant vid den juridiska verksamheten och hur man hanterar det.

Termen "rättskälla" används på flera olika sätt. Tidigare åsyftades kanske oftast vad som gav rätten dess bindande kraft, vilket kunde vara överensstämmelse med statens vilja eller med det allmänna rättsmedvetandet.¹ Detta torde numera uppfattas som en mindre tillfredsställande formulering av de frågor om giltighet som behandlades i 3 kap. I den moderna diskussionen åsyftas vanligen det auktoritativa, huvudsakligen i skrift föreliggande, material som jurister begagnar i sin verksamhet. När U Bernitz skriver om "bättre rättskällor" förekommer en tredje betydelse. Han diskuterar om man kan erhålla bättre och mer användbara publikationer av författningar, prejudikat o s v.² Detta understryker ett praktiskt viktigt förhållande, nämligen att tillgängligheten av det relevanta materialet är en viktig faktor i den juridiska verksamheten.

Jag föredrar att tala om "hanteringsregler", en term som tycks obelastad av olikheter i uppfattning om rättens begrepp och omfattning. Till hanteringsreglerna skulle man kunna räkna de principer för rationell argumentation som nämndes i föregående kapitel. Dessa kan dock inte antas vara karakteristiska för något speciellt rättssystem, även om t ex vanorna beträffande redovisning av argumenteringen skiljer sig betydligt. Vad som här kallas hanteringsregler växlar emellertid för olika rättssystem. Den engelska lagtolknings- och preju-

1 Denna betydelse finner man i Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* (Leipzig 1929).

2 SvJT 1976 s 81 ff.

dikatläran skiljer sig exempelvis avsevärt från den svenska. Detta motiverar att man betraktar hanteringsreglerna som en del av det nationella rättssystemet.

Hanteringsreglerna fungerar som verkliga rättsregler. Resning kan enligt RB 58:1 st 4 p 4 (tvistemål) och 58:2 p 4 (brottmål) beviljas ”om rättstillämpning, som ligger till grund för domen, uppenbart strider mot lag”. Detta omfattar inte endast att en domstol t ex har dömt efter ett upphävt lagstadgande eller eljest gjort sig skyldig till ett förbiseende, utan även att Högsta domstolen finner en lagtolkning uppenbart felaktig.

Som ett exempel kan anföras NJA 1987 s 459, där HD fann att en HovR vid straffmätning för ett brott mot BrB 3:5 (misshandel) hade tagit hänsyn till omständigheter som inte bort få inverka. HD:s majoritet (3 JustR) ansåg tillämpningen vara felaktig men inte uppenbart strida mot lag, medan minoriteten (2 JustR) ansåg lagstridigheten vara uppenbar och ville bevilja resning med stöd av RB 58:2 p 4.

Eftersom det inte finns några lagstadganden i svensk rätt som innehåller vad som här kallas hanteringsregler, bortsett från de processrättsliga regler som skall beröras nedan 5.2, och eftersom principerna i rättspraxis ofta endast framgår indirekt, är möjligheterna att med någon säkerhet uttala sig om innehållet i hanteringsregler mindre än vid materiella regler. Domstolarnas praxis borde stå i förgrunden. Men dels saknas i domar ofta en redogörelse för hur domstolen resonerat, och man kan då bara indirekt sluta sig till vilka hanteringsregler som medverkat till resultatet. Dels visar argumenten, när de förekommer, vad domstolen anser främst rättfärdiga domen, och de utgör inte någon fullständig beskrivning av de olika faktorer som bestämt resultatet.

Den följande framställningen tar i stort sett sikte på rättstvister och därigenom på situationen i en domstol. Vilka ”hanteringsregler” som kan bli aktuella för en advokat eller en jurist i ett företag eller en privatperson som är ute på juridikens hala marker är ytterst obestämt. För rättsvetenskapsmän och för studenter som skriver egna arbeten sammanfaller, såsom har anförts i andra sammanhang, perspektivet ofta med det som domstolarna anlägger. Men – såsom också ständigt har anförts – en rättsvetenskapsmans syften och därigenom också hans ”hanteringsregler” kan växla starkt.

I det närmast följande skall diskuteras dels domstolars underlag för sin bedömning, dels principerna för avvägning av den betydelse som olika typer av material kan ha. Sedan skall i särskilda kapitel behandlas tolkning av lag (6 kap), användning av prejudikat (7 kap) samt bedömning när direkt tillämplig lag och relevanta prejudikat saknas (8 kap).

5.2. Yrkanden och åberopade fakta

Det är ofta av vikt att skilja mellan "sakfrågor" och "rättsfrågor". Skillnaden är långt ifrån skarp, och gränslinjen dras på olika sätt i olika sammanhang. I rättssystem där den högsta instansen endast prövar rättsfrågor, inte sakfrågor, måste det avgöras vad som är det ena och vad som är det andra.

Exempel: I tysk rätt betraktas innehållet i den egna rätten som en rättsfråga medan innehållet i utländsk rätt är en sakfråga. I fransk rätt är beräkning av skadestånd för invaliditet vid personskada en sakfråga, som inte kan tas upp till bedömning av Cour de Cassation, med följd att varje Cour d'Appel har sin egen praxis för sådan beräkning.

Dessa problem undgår vi i Sverige, så när som på att HD vid meddelande av prövningstillstånd har i första hand att bedöma "om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av högsta domstolen" (RB 54:10 st 1 p 1). Detta kan innefatta inte bara sådana typiska rättsfrågor som tolkning av lagstadganden o dyl utan också t ex beviskrav och tolkning av standardavtal.

En viktig skillnad i svensk rätt går mellan *faktiska förhållanden och processhandlingar* på den ena sidan och *innehållet i rättsregler och rättslig argumentation* på den andra sidan. Det finns processrättsliga regler om domstols bundenhet vid parternas yrkanden och medgivanden och vid åberopade omständigheter, om ändring av talan o sv. Däremot är domstol inte bunden av det sätt på vilket parterna utfört sin talan i rättsligt hänseende.³

I tvistemål i vilka förlikning är tillåten ("dispositiva mål") är domstol som huvudregel *bunden av parternas yrkanden och av åberopade omständigheter samt erkännanden*, och det finns förbud mot ändring av talan (se närmare RB 13:3, 17:3 och 35:3). Domstolen kan således inte döma ut en påföljd som inte yrkats, även om domstolen skulle tro att det bara är av förbiseende som yrkandet inte har framställts. På samma sätt är domstolen bunden av ett medgivande som part har gjort, även om domstolen tror att det berodde på misstag eller oskicklighet av advokaten.⁴

Domstolen skall lägga omständigheter som är "ostridiga", d v s om vilka tvist inte råder, till grund för sin dom. Att en part "vitsordar" ett förhållande, t ex att han mottagit betalning, betyder att han medger att det får läggas till grund för domen, och domstolen kan då inte kräva bevisning för att det är riktigt. Från dessa huvudregler finns det vissa undantag; även dispositiva mål

3 Se nedan 7.3 och vidare L Heuman i "Finna rätt" (1991) 5 kap.

4 Se t ex NJA 1953 s 602, där en köpare som hävt köp och krävt skadestånd fick ersättning för både kostnaden för täckningsköp och för förlorad handelsvinst (vilket han inte borde ha fått enligt vedertagna principer), och där HD uttryckligen sade att detta skedde "på grund av vad å handelsbolagets sida yttrats om posterna i skadeståndsberäkningen".

kan innehålla indispositiva element, vilka domstolen prövar utan hänsyn till medgivanden.

För ett exempel på sistnämnda förhållande se NJA 1986 s 205. Medgivande av svaranden i mål om återgång av fastighetsköp godtogs inte på grund av olika omständigheter, bl a att köparen fått lagfart. Återgångstalan uppfattades uppenbarligen som ett sätt att söka återfå lagfartsstämpeln när parterna ångrat sitt avtal. I ett liknande fall, NJA 1993 s 319, ansågs emellertid ogiltighetsanledning föreligga, och yrkandet om återgång bifölls därför.

Vissa tvistemål, särskilt familjerättsliga, är "indispositiva", och domstolen är då inte bunden av parts medgivanden. Om en tvist rör huruvida äktenskap är giltigen ingånget, är det inte tillräckligt att svaranden medger att så är fallet. Ett medgivande inför domstol kan inte ersätta formen för äktenskaps ingående.

Här skall ges några exempel, valda tämligen på måfå, för att visa vikten av att vid läsning av rättsfall observera de processuella reglerna.

I NJA 1949 s 609 hade part yrkat att en skiljeklausul i ett standardavtal skulle förklaras ogiltig, därför att motparten visserligen hade hänvisat till standardavtalet vid ingående av avtalet men inte översänt det. HD uttalade sig blott om denna klausul (nämligen att den inte gällde) men bedömde inte standardavtalet i övrigt (trots att den juridiskt fåkunnige kanske skulle anse det egendomligt, att översändande skulle fordras beträffande en särskild klausul medan det lämnades öppet vad som krävdes beträffande annat som stod på samma papper som denna klausul). Om den senare utvecklingen i sakfrågan se nedan 7.2.

I NJA 1983 s 865, som rörde fel i såld fastighet, bestred säljaren i första instans både att det var fel och att köparen riktigt beräknat det prisavdrag som kunde krävas. Beräkningen av avdraget var en intressant rättsfråga.⁵ I HD vitsordade säljaren köparens beräkning. HD var då bunden av denna processhandling, och domen får ej tas till stöd för att domstolen gillat beräkningssättet.

I mål om intrång i immaterialrätt kan den väsentliga frågan vara, om ett visst förfarande utgör intrång eller inte. Den som anser sig utsatt för intrång kan då yrka ett obetydligt skadestånd för intrånget, så att parterna sedan kan göra upp om skadeståndets storlek. Varken yrkandet eller skadeståndet, om domstolen bifaller käromålet, visar då något om hur ett skadestånd på grund av intrånget skall beräknas.

Domstolarna ställs ibland inför besvärliga problem när en parts yrkande inte stämmer överens med den rättsregel som han åberopar. Se NJA 1989 s 614, där käranden yrkade att svaranden skulle teckna en försäkring till kärandens förmån och till stöd åberopade bl a förutsättningsläran. HD fann att yrkandet "i realiteten" hade samma karaktär som en talan om skadestånd och bedömde det på samma sätt som en sådan talan skulle ha bedömts enligt förutsättningsläran, vilket ledde till att yrkandet ogillades.

5 Se härom S Hillert, Värdetidpunkt och avkastningsränta, i Festskrift till Hessler (1985) s 283 ff (s 296).

Beträffande *rättsregler* är domstolen inte bunden av yrkanden eller åberopade rättsregler. Man får därför skilja mellan de fakta som har åberopats och de rättsregler som part åberopat. Antag att en part gör gällande att ett visst förfarande är att anse som ocker och yrkar att det på grund därav ingångna avtalet skall vara ogiltigt. Ett sådant käromål ogillas om domstolen finner att förfarandet inte var ocker. Om däremot käranden endast allmänt beskriver ett handlande och yrkar att avtalet skall vara ogiltigt, kan domstolen ingå på en prövning om t ex avtalet är ogiltigt enligt stadgandet om tro och heder i 33 § avtalslagen.

Se NJA 1981 s 718, som motsvarar vad som beskrivits nu.⁶ Jfr även NJA 1993 s 13 (ersättning utdömd för obehörigt nyttjande av lokal, trots att käranden yrkat skadestånd för brott enligt 2 kap 4 § SkL).

Det kan givetvis i åtskilliga fall vara osäkert, om vad som åberopats i högre instans är en ny omständighet som ändrar saken eller ett nytt rättsligt argument.

Se t ex NJA 1987 s 243 (som rör preskription av beställares fordran på grund av fel i entreprenad), där den föredragande revisionssekreteraren ansåg att part först i HD hade åberopat en ny omständighet, medan HD ansåg vad parten anfört vara endast en ny rättslig synpunkt på ett redan tidigare åberopat sakförhållande.

Det förekommer att en domstol grundar sin dom på en rättsregel, som parterna själva inte lagt vikt vid eller som de kanske inte ens räknat med skulle kunna åberopas.

Se det nyssnämnda fallet NJA 1989 s 614, där HD prövade också om talan kunde bifallas med tillämpning av "allmänna kontraktsrättsliga grundsatser", en grund som inte hade åberopats av käranden. Även talan på denna grund ogillades dock. I ett särskilt yttrande utvecklade JustR Lind skälen för att en sådan prövning tilläts, med utförliga hänvisningar till litteratur och lagförarbeten.

Jfr också NJA 1978 s 307 (fastighetsköp). Köparen gjorde gällande att säljaren gjort utfästelser, som medförde att han blev skadeståndsskyldig när utfästelserna var oriktiga. HD fann inte de uppgifter som säljaren lämnat vara att betrakta som utfästelser, men däremot att fastigheten saknade en "kärnegenskap", något som ansågs böra jämsättas med att en verklig utfästelse var oriktig. Köparen hade åberopat att säljaren borde bli skadeståndsskyldig på grund av "dolt fel", men intet i referatet tyder på att köparen i övrigt argumenterat efter den linje som HD godtog. Skadestånd utdömdes.

6 Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II:1 (1993) s 237.

5.3. Principen "jura novit curia"

Vad som nämndes nyss, nämligen att en domstol inte är bunden av parternas yrkanden beträffande rättsregler, kan betraktas som en sida av en princip som brukar betecknas med den latinska frasen "jura novit curia" (domstolen känner rätten; obs att ordföljden i den latinska frasen är omvänd mot den svenska, så att "curia" betyder domstol). I RB 35:2 sägs att bevis inte fordras om vad lag stadgar, och med lag förstås då inte bara skriven lag utan rättsreglerna i allmänhet.⁷ Ville man spetsa till saken skulle man kunna säga, att det är onödigt för part att över huvud föra en rättslig argumentering i en process, därför att domstolen antas ändå, om inte förr så när den fäller sin dom, ha satt sig in i alla rättsliga argument. Detta vore naturligtvis en grov överdrift; domstolen är starkt beroende av parternas juridiska argumentation trots att den inte är bunden av den. En domstol kan inte heller, om den skulle ha förbiset ett viktigt rättsfall, till sitt försvar anföra att det inte åberopades av partens i en utförlig juridisk plädering; det åligger domstolen att på eget initiativ ta reda på det relevanta rättsliga materialet.

Hur mycket som därvid krävs är synnerligen osäkert, och här skall inte göras något försök att gå in på ämnet. Det empiriska materialet för att bedöma hur långtgående undersökningar domarna gör är magert. När visst material åberopas eller blir föremål för hänvisning i en dom eller nämns i samband med ett tryckt rättssfallsreferat, framgår därav att det beaktats. Men man kan knappast dra några slutsatser av att intet material har nämnts, eller av att visst material har nämnts och annat inte nämnts. Vi är alltså i den något paradoxala situationen att vi ibland kan fastställa, att visst material har legat till grund, men sällan att det inte har legat till grund. Mycket beror naturligtvis på domstolen – även dess belägenhet, om i en stor stad eller i en mindre ort – och på målets beskaffenhet. Man kan inte säkert utgå från att varje domstol har tillgång till riksdagstrycket och Statens offentliga utredningar eller Nytt juridiskt arkiv II. Det är vanligt att domstolar klagat över dåliga anslag till bibliotek och att domare framhåller att nuvarande löner och skatteregler inte medger anskaffande av privata bibliotek, såsom var vanligt förr.

Ett exempel på en mycket ingående rättslig utredning finner man i NJA 1983 s 3 ("Tsesis-fallet"), som rörde bla konsekvenserna av en internationell konvention om oljeskador. I HD:s dom finns en ganska vidlyftig utredning om innebörden av en engelsk lagtolkningsregel, kallad "eiusdem-genericis"-regeln, med hänvisningar till engelsk rättspraxis (se s 71 f).

Eftersom här tidigare (ovan 1.5) har nämnts förhållandet mellan standardavtal, särskilt sådana som är allmänt brukade, och rättsregler i trängre mening, kan det nämnas att HD i rättsfallet NJA 1978 s 728 synes ha fäst en betydande vikt vid att fastställa innebörden i Internationella handelskammarens regler för remburs. Detta är troligen

⁷ Se härom L Heuman i Finna rätt (1991) s 127 f; jfr nedan 7.4.

undantag; en domstol torde inte vara skyldig att vidta efterforskningar för att fastställa vad som menas med formuleringar i standardavtal. Men om domstolen gör det kan det inte beskylas för att lägga icke åberopade omständigheter till grund för bedömningen.

Jfr också t ex T Håstad, Den nya köprätten (1993) s 128, där denne säger att HD i NJA 1979 s 483 (det mycket diskuterade s k Bergman & Beving-fallet, om ansvaret för fel i sålda maskiner) inte tycks ha känt till förarbetena till ECE 188 (ett internationellt mycket begagnat standardavtal för köp av verkstadsindustriens produkter).

Slutsatserna är jämförelsevis enkla: En domstol är inte bunden av de rättsliga argument och det rättsliga material som åberopats inför den, på det sätt som gäller beträffande fakta och yrkanden. Man kan inte anse en domstol vara skyldig att skaffa sig kännedom om allt material som skulle vara relevant för en bedömning av en process, men man kan på den andra sidan aldrig förbrå en domstol att den lagt ned alltför stor möda på den rättsliga utredningen.

”Jura novit curia” gäller i princip även för utländsk rätt (”främmande lag”), men om dess innehåll ej är känt för domstolen, äger den ”anmana part att föra bevisning därom” (RB 35:22 st 2 meningen).

5.4. Materialet och prioriteringen

Det material som en domstol begagnar för ett rättsligt avgörande växlar starkt beroende på vilken domstolen är och vad målet rör. I föregående avsnitt berördes de begränsningar som beror på att domstol i lägre instans kanske inte har tillgång till allt material som den högre instansen har. Några torde anse att den högre instansen bör göra en noggrannare prövning än den lägre instansen och att detta är ett skäl för att ha en instansordning. Detta kan dock knappast tas som ett försvar för att den lägre instansen inte utnyttjar de resurser som står till dess förfogande. En annan förekommande åsikt är att om en ny princip skall introduceras i rättspraxis, det bör ankomma på Högsta domstolen. Till stöd härför anføres bl a att det kan ådra parterna onödiga kostnader om en dom måste överklagas för att den vedertagna principen skall tillämpas. Häremot kan dock anföras att om inte underrätten tar principiell ställning, principfrågan kanske aldrig kommer under Högsta domstolens bedömning.

Materialet kan indelas på olika sätt. Det finns ”officiellt” material, d v s lagar och andra författningar, förarbeten till lagar, och domar som utgör prejudikat. Det finns ”icke-officiellt” material, främst den juridiska litteraturen men även t ex uttalanden av branschorganisationer. På ett annat plan ligger övertygelser om rättvisa, känsla för juridisk tradition, och ändamålsöverväganden, vilka kan vara grundade antingen på en uppfattning om de ändamål som ligger till grund för rättsreglerna eller helt fria, d v s innebära en självständig rättspolitisk bedömning av frågan.

Man kan betrakta olika delar av detta material var för sig, och så skall ske i följande kapitel. Man kan också försöka göra ett slags rangordning genom att göra upp en prioriteringslista för olika typer av material. I vissa länder finns åtminstone på papperet regler härom, t ex i USA om att vissa prejudikat är bindande medan andra blott är rådgivande (eng. "persuasive"). Något ligger i sådana regler, men det är ofta osäkert hur mycket de motsvarar verkligheten. Vad som inte följer av regler men otvivelaktigt faktiskt sker, är att vissa domare i England åtnjuter en särskild auktoritet, både sådana som är längesedan döda och sådana som fortfarande är i livet.

En ofta omnämnd princip i engelsk rätt är att endast rättsvetenskapliga författare som är döda kan åberopas inför domstol. Skälet uppges vara att så länge någon är i livet kan han ändra mening, vilket de döda inte kan göra. Numera brukar emellertid även engelska domare läsa åtminstone vissa böcker av levande rättsvetenskapliga författare och ta intryck av dem.

För att belysa problemen kan det vara lämpligt att till en början se på ett par lagstadganden, ett äldre svenskt (upphävt för åtskilliga år sedan) och ett schweiziskt, fortfarande gällande och mycket berömt.

Gamla RB (1734 års lag) föreskrev: "Domaren skall noga pröva lagens rätta mening och grund och där efter döma; men ej däremot, efter eget godtycke. Landssed som ej har oskäl med sig må han ock rätta sig efter, där beskriven lag ej finnes."

ZGB § 1: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solcher fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."⁸

Även om dessa stadganden innehåller någon substans, ger de ej mycken ledning för tveksamma fall. Man kan dock göra några iakttagelser. En är att lagtexten sätts i förgrunden i båda stadgandena, trots olikheten i tid och ursprung. En annan är att medan det svenska stadgandet hänvisar till "landssed" (jfr härom nedan 8.3), det schweiziska talar om "sedvanerätt", något som får antas åsyfta fast rättspraxis i domstolarna. En tredje är att det schweiziska stadgandet i sista hand ger domaren en frihet att göra en rättspolitisk bedömning, vilken är det mest uppseendeväckande (och också det mest bekanta) draget i den schweiziska regeln. Ingenting nämns i det svenska stadgandet om hur domaren skall göra när det saknas både lagstadgande och landssed.

En sak som bör uppmärksammas är att det svenska stadgandet av allt att

8 Lagen tillämpas på alla rättsfrågor för vilka den enligt ordalydelse eller tolkning innehåller en bestämmelse. Kan ingen föreskrift härledas ur lagen, skall domaren döma efter sedvanerätt och, där också sådan saknas, efter den regel som han skulle ha uppställt såsom lagstiftare. Han följer därvid vedertagen lära och tradition.

döma tar sikte på fall där det inte bara finns ett lagstadgande men det också står utom tvivel, att det är tillämpligt på det ifrågavarande fallet. Regelns främsta syfte är att i klara ordalag säga från, att domaren är bunden av lagen och inte får döma efter eget godtycke. Denna princip står sig utan vidare också i dag, och den anses nog ofta så självklar att den inte behöver ens nämnas. Den schweiziska regeln däremot är avsedd som en anvisning om hur domaren skall gå till väga för att döma i tivelaktiga fall (ehuru som nyss nämndes den ej kan anses ge större ledning ens för dessa).

De svenska lagarna är emellertid inte så "heltäckande" som kontinentala lagböcker i varje fall är avsedda att vara. Några belägg från förmögenhetsrättens område må anföras. Det finns åtskilliga kontraktstyper som inte alls är reglerade i svensk lag, t ex entreprenad. Varken avtalslagen och köplagen täcker alla frågor som kan uppstå ens inom det i och för sig begränsade område som lagarna avser. Det finns exempelvis inga regler i avtalslagen 1915 om ogiltighet på grund av felaktiga förutsättningar eller om skadeståndsskyldighet på grund av oaktsamhet vid ingående av avtal ("culpa in contrahendo"), trots att det redan innan lagen antogs fanns belägg för att domstolarna tillämpade sådana regler. Inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten finns det principer som inte framgår av någon lag, t ex om rent strikt ansvar för farlig verksamhet (det område som ligger utanför lag har dock minskat betydligt under senare år). Skadeståndslagen 1972 innehåller ingenting som kan ge ledning för att bedöma åtskilliga frågor om det culpaansvar som regleras i lagen, t ex om kausalitet och adekvans. Inom sakrätten är t ex skyddet för en köpare av lös egendom mot säljarens borgenärer inte reglerat i lag, utan vad som gäller härom får härledas ur rättspraxis och speciell lagstiftning.

Skälen till att frågorna inte är behandlade i lag växlar. Ett viktigt skäl är att lagstiftaren har begränsade resurser och inte kan ta upp allt som i och för sig kunde anses vara värt lagstiftning. Ett annat skäl är att vissa frågor, bl a de nyss nämnda om förutsättningsläran, culpa in contrahendo, kausalitet och adekvans, inte har ansetts lämpa sig för att avgöras genom lagstiftning.

När en fråga inte är reglerad i en lag sägs ofta i förarbetena, att den "överlämnas till rättstillämpningen" eller att "det får ankomma på domstolarna" att avgöra den. Efter vilka grunder domstolarna skall handla lämnas då osagt. Detta ämne skall behandlas nedan i 8 kap. Uttalanden i förarbeten som avser tolkningen av ett stadgande är en särskild sak, vilken skall beröras på tal om principerna för lagtolkning (nedan 6.3.4).

Såsom kommer att framgå i det följande är det omöjligt att uppställa några generella principer för prioritering mellan olika typer av material och mellan olika slag av överväganden. Lagen betraktas visserligen traditionellt som den förnämsta "rättskällan", men om ett lagstadgande har tillämpats i ett antal rättsfall, blir i realiteten dessa bestämmande inom det område för vilket de ger ledning. Detta skall beröras på tal om tolkning av lag (se nedan 6.3.5).

Prioriteringen kan avse förhållandet mellan olika typer av material, t ex

prejudikat som inte direkt passar in på det föreliggande fallet och analogier till andra lagstadganden. Oftare torde prioriteringen avse material av likartat slag. Beträffande förarbeten kan exempelvis fråga uppstå, vilken vikt som skall tillmätas resp betänkande, remissyttranden, statsrådets uttalanden i lagrådsremissen, lagrådets yttrande, statsrådets uttalanden med anledning av lagrådets yttrande, lagutskottets betänkande samt vad som yttrats i debatten i plenum. Dessa frågor behandlas bäst i samband med lagtolkning.

6. Tolkning av lag

6.1. Inledande anmärkningar

Det finns mycket skrivet om lagtolkning.¹ Samtidigt har framstående auktoriteter uttalat att lagtolkningsprinciper i realiteten är innehållslösa.² De ger enligt denna mening inte domarna någon vägledning för hur de skall döma, och de förklarar inte hur domarna har dömt. Det finns också de som menar att det är direkt skadligt om domarna försöker att tillämpa i förväg formulerade principer och att det är bättre att de handlar efter den intuition som de skaffat sig genom att se hur bedömningen har skett i tidigare fall och framför allt genom egen praktisk verksamhet, under ledning av eller i samarbete med erfarna kolleger.

Själv är jag inte så pessimistisk, men jag är dock skeptisk till att det skulle vara möjligt att framställa tolkningsprinciper med några anspråk på precision. Vad man kan göra är att försöka analysera var problemen ligger och vilka olika metoder som finns att lösa dem. Tonvikten ligger i det följande på hur domstolarna handlar, såvitt jag kan bedöma det, inte på att framställa någon egen (eller någon annans) uppfattning om hur tolkning bör gå till.

För att belysa problemen skall till en början återges ett stadgande ur en svensk lag, lösryckt från sitt sammanhang. Stadgandet lyder:

Skadestånd med anledning av skada på motordrivet fordon i trafik eller på därmed befördrad egendom jämkas efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna.

Det förefaller antagligt att den som ser detta stadgande första gången, utan att veta varifrån det är hämtat, visserligen skulle säga att han eller hon förstår varje ord isolerat men inte förstår vad som menas. Man kan visserligen a priori vara säker på att det finns "omständigheter" som måste vara fullständigt irrelevanta, t ex fordonsförarens hårfärg. Men när man utnyttjat det som sunda förnuftet omedelbart säger, återstår många osäkra punkter. Vad är "skadestånd", vad är "motordrivet fordon", vad är "jämkning", vad är "skäligt med hänsyn till omständigheterna", vilken typ av "omständigheter" kommer i fråga? För att få ett svar på dessa frågor får man gå steg för steg. Hur många steg man behöver ta beror av om det visar sig att det fall som man har för ögonen är ett "säkert" fall, d v s ett där stadgandets tillämpning är klar när

1 Se allmänt *Interpreting Statutes, A Comparative Study* (N MacCormick & R. Summers eds, Aldershot: Dartmouth 1991). 9 kap, om svensk rätt, är författat av A Peczenik & G Bergholtz.

2 Se t ex J Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main 1972) s 7.

man utfört det grundläggande arbetet, eller om det är ett fall som framstår som tvivelaktigt även när man gjort "normala" undersökningar. Tolkningssläran sysslar huvudsakligen med de senare fallen, men det kan vara skäl att se även på de säkra fallen.³

Det första steget är att ta reda på i vilken lag stadgandet finns och inhämta vissa grundläggande fakta om uppbyggnad och terminologi i denna lag. Stadgandet förekommer i trafikskadelagen (1975:1410). Därav får man då besked om vad som menas med "motordrivet fordon" (se 1 §)⁴ och indirekt en upplysning om "skadestånd" (huvuddelen av trafikskadelagen handlar inte om "skadestånd" utan om en ersättning som kallas "trafikskadeersättning"). Ser man vidare på stadgandets placering i lagen finner man att den innehåller två paragrafer som handlar om skadestånd (18, 19 §§), och det här citerade stadgandet är 18 § 2 st. Förhållandet mellan skadestånd och trafikskadeersättning framgår av 18 och 19 §§ sammanställda (förhållandet är invecklat men utan intresse i detta sammanhang, låt vara att den som vill förstå stadgandet kan behöva konstatera just att förhållandet saknar intresse). Eftersom lagen endast innehåller två paragrafer om skadestånd och det andra (19 §) handlar om den skadeståndsskyldiges regressrätt (dvs om hans rätt att från annan kräva tillbaka vad han betalat som skadestånd i olika situationer), kan man våga gissa att 18 § 2 st, som handlar om "jämkning", avser jämkning på grund av den skadelidandes medverkan. Denna gissning bör man dock inte lita på utan att ha kontrollerat saken antingen i förarbetena eller i någon kommenterande framställning. Därigenom bekräftas gissningen. En annan gissning – som är fullt berättigad med hänsyn till gängse principer för redigering av lagtext – är att stadgandet endast avser skadestånd i den speciella situation som avses i 18 § 1 st (nämligen att den skadelidande också är berättigad till trafikskadeersättning, åtminstone i princip); man skulle vänta sig att båda styckena i samma paragraf handlar om samma situation. Denna gissning vore dock oriktig, vilket förarbetena och kommentarer visar. Sedan återstår frågor vad som menas med "skäligt med hänsyn till omständigheterna", och det är då lämpligt att jämföra med terminologien och det sakliga innehållet i trafikskadelagens bestämmelser om jämkning av "trafikskadeersättning" (12 §). Så småningom kommer man då fram till att ett säkert fall där jämkning skall ske är att den skadade bilens förare genom oaktsamhet har medverkat till skadan på bilen.

Detta exempel föranleder några slutsatser. En är att även att bestämma vad lagbestämmelsen innehåller för ett "säkert" fall, fordrar en kvalificerad verksamhet, vilken inte ens en välutbildad jurist kan utföra utan att ta del av annat material än lagtextens ordalydelse. Även den elementära förståelsen beror av sammanhanget ("kontexten" med ett finare ord). En lekman, som helt saknar

3 Som krav på lagtext anges ofta att den skall ge "orienteringssäkerhet", dvs att lagtexten skall ge en tillräcklig antydning om sitt innehåll för den som ännu inte vet om han behöver sätta sig in i detaljer. Se Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990) s 223. Det citerade stadgandet ger enligt min mening inte tillräcklig orienteringssäkerhet. Exemplet är dock utvalt för att visa problematiken och kan inte generaliseras.

4 Se dock nedan 6.2 om den "referens" till en annan författning som ligger i uttrycket "motordrivet fordon".

juridisk utbildning, kan antagligen inte utföra ens dessa operationer, ehuru han eller hon givetvis kan tillägna sig ett resultat som anføres i en kommentar utan att ha följt resonemanget på det stegvisa sätt som angetts här. En andra slutsats är att för det fall som nämndes som säkert, inga egentliga menings-skiljaktigheter kan uppstå mellan olika kvalificerade bedömare, trots att resonemanget är tämligen invecklat.⁵ En tredje slutsats är att för kontroversiella fall det inte är tillräckligt att gå till väga så som nu har sagts, utan det fordras mycket mer invecklade överväganden. Det är sådana som åsyftas i diskussionen om tolkningsmetoder.

Här har den elementära tolkningsproceduren framställts som om den tolkande i första hand läste lagtexten och endast i den mån det var nödvändigt begagnade sig av förarbeten eller kommentarer, något som dock i praktiken visat sig nödvändigt. Så kan det säkerligen tillgå ibland. Men det är också möjligt att den tolkande i inledningsskedet nöjer sig med att konstatera att stadgandet *kan* röra jämkning på grund av den skadelidandes medverkan, och sedan går direkt till kommentarer, eller t o m börjar med en kommenterande framställning och kontrollerar denna genom en jämförelse med lagtexten.

Ehuru det ständigt sägs att lagtext skall skrivas så, att den är begriplig för allmänheten, finns otaliga belegg för att det är ett "fromt vansinne" att tro att detta är möjligt.⁶ Olägenheterna härav växlar. Det går an om läsaren förstår att han inte förstår, men det är värre om han tror att han förstår men misstar sig. Sett som en lagtolkningsfråga innebär lagtextens obegriplighet, att för stora delar av rätten det inte är tillräckligt att läsa lagtexten utan andra hjälpmedel måste anlitas. Att så är fallet räknas dock, såsom redan antytts, inte till de tolkningsproblem med vilka tolkningslärorerna sysslar, utan utgör ett slags introduktion till dem.

6.2. Tolkningsproblemen

Det finns såsom nämnts (ovan 5.4) stora områden av civilrätten som inte alls är behandlade i lag, och lagar täcker vanligen endast en del av alla rättsfrågor som kan uppstå. Man behöver därför ofta fastställa, om en lag som a priori kunde tänkas vara tillämplig på ett givet fall verkligen *innehåller någon bestämmelse* om fallet. Ofta framgår det av lagtexten, att den inte kan avpressas någon reglering av en särskild fråga. I andra hand får man av förarbetena sluta sig till vad lagen är avsedd att reglera. Såsom nämnts (ovan 5.4) är det vanligt

5 Beträffande andra fall är meningsskiljaktigheterna desto större; se nedan 6.3.4 n 15 om NJA 1985 s 309.

6 Se Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990) s 222 ff, A Victorin, En lagstiftning för envar? Om hyreslagstiftningen som rättspedagogiskt forum, JT 1992–93 s 369 ff.

att det i förarbetena sägs att "det får ankomma på rättstillämpningen" att avgöra sådana frågor. Om inte heller förarbetena ger tillräckligt besked huruvida avsikten varit att reglera en viss fråga, får man avgöra detta med andra metoder, vilka i stort sett är de samma som gäller för lagtolkning i trängre mening.

Även om en direkt tillämplig bestämmelse saknas är det mycket möjligt att lagen ändå har relevans för bedömningen av ett fall, därför att det är möjligt att göra en tillämpning "ex analogia" (på grund av likheten). Ibland gör man en sådan tillämpning, ibland avböjer man den. Bedömningen förutsätter ofta en tolkning av det stadgande som skall utgöra utgångspunkten för en analogi. Själva förfarandet kan dock inte räknas som tolkning i egentlig mening. Ämnet skall behandlas i 8 kap.

En tillämpning *e contrario* (ett motsatsslut) kan med större skäl räknas till tolkningen, och den skall behandlas nedan 6.4.2.

Tolkning av ett lagstadgande vid domstol går i allmänhet ut på att fastställa, om i det konkreta fallet ett visst rättsfaktum kan förknippas med en viss rättsföljd. Vid fastställsetalan (se härom RB 13:2) kan visserligen frågan vara mer abstrakt, men det bortses härifrån i det följande.

Även om tvivlet i praktiken rör ett särskilt ord, rör tillämpningen alltid en regel. Regeln kan vara sammansatt av flera olika lagstadganden (såsom i det redan 1.2 nämnda exemplet med "ren förmögenhetsskada"). Det är därför lämpligt att ta regeln, som uttryckt i ett eller flera lagstadganden, som enhet för tolkningsförfarandet. Det tidigare nämnda exemplet (18 § 2 st trafikskadelagen, ovan 6.1) visar hur beroende man är av sammanhanget när man skall fastställa innebörden av ett särskilt stadgande.

Tolkningsproblemen beror i första hand av att språkliga uttryck kan vara antingen *flertydiga* eller *vaga* eller båda delarna samtidigt. Ett uttryck eller ord är flertydigt om det kan stå för flera olika saker. Ordet "bank" är sålunda flertydigt, genom att det kan beteckna ett företag som driver ett särskilt slag av affärsverksamhet, en molnbank, sandbank el dyl, eller en ansamling av annat slag (såsom i "blodbank" eller "databank").

Detta illustreras av rättsfallet NJA 1982 s 307. Ett antal mäklare som skulle samarbeta erhöll registrering i aktiebolagsregistret av en firma i vilken ingick ordet "Mäklarbanken". Säkerligen menade de därmed inte annat än att de utgjorde en samling samarbetande mäklare. Registreringen av firman ansågs emellertid strida mot 1 kap 2 § lagen om bankrörelse (som föreskriver att endast banker får ha ordet bank i sin firma). Misstaget medförde fatala konsekvenser i första hand för mäklarna, som måste skaffa sig en ny firma med stora kostnader, och i andra hand för staten, som blev skadeståndsskyldig mot mäklarna för den otillåtna registreringen.

Flertydighet förekommer inte bara vid jämförelsevis ovanliga ord av typen

"bank" utan även vid våra vanligaste och enklaste ord, såsom konjunktioner och prepositioner. Förhållandet har påpekats tidigare beträffande konjunktioner (se ovan 4.2 om "eller"). Det kanske viktigaste exemplet på ofta besvärande flertydighet är ordet "en" (neutrum "ett"), som kan vara både obestämd artikel och räkneord. Man vet ibland inte säkert om ordet är obestämd artikel eller räkneord. Tidigare undveks flertydigheten genom att "en" sattes ut i lagtexten endast när det var räkneord, men genom den i lagstiftningskretsar florerande tendensen att undvika "nakna substantiv" (dvs ord i singularis utan vare sig bestämd eller obestämd artikel) ökar flertydigheten. Man bör alltså vid läsningen av en lagtext observera om den är avfattad i den "gamla stilen" eller i den "nya stilen".

Ett märkligt exempel finns i ÄktB 1:1. Där sägs: "Äktenskap ingås mellan en kvinna och en man." Man skulle kunna tro att "en" här är obestämd artikel, i enlighet med den moderna lagstiftningstekniken. Men enligt vad som framgår av förarbetena är "en" här räkneord, dvs det skall markera att äktenskapet skall vara monogamt (se prop 1986/87:1 s 112; jfr Svea HovR:s remissyttrande, Bilagedel s 252).

För ett annat exempel se lagen 1987 om ekonomiska föreningar. I 6 kap är "en" nästan alltid obestämd artikel, men i 3 § föreskrivs när förening skall ha "en" verkställande direktör. I detta fall är "en" räkneord, dvs föreningen får inte ha mer än en verkställande direktör.

Vaghet innebär att ett uttryck har ett obestämt tillämpningsområde. Ett ofta återkommande exempel är "skog".⁷ Om träden står tätt och är många är det klart att samlingen kan kallas "skog". Ju glesare de står och ju mindre samlingen är, desto mer tvivelaktigt är det om den kan kallas "skog". Till slut kommer man bort från det område där tvivel kan råda, och man är säker på att det inte är en skog utan en "trädhage" eller "dunge" el dyl. Innehåller lagtexten ordet "skog" finns mellan de fall som säkert täcks av detta ord och de fall som säkert inte täcks, ett gränsområde där tvivel kan råda.

Till dessa tolkningsproblem kan läggas de som beror av att det är tvivelaktigt om ett ord eller uttryck är självständigt eller om det *refererar* till ordets användning i ett annat sammanhang. 1 § trafikskadelagen nämner exempelvis "motordrivet fordon", ett uttryck som ständigt återkommer i lagen. Såvitt av lagtexten framgår är det möjligt att uttrycket bör tolkas helt självständigt, och man får då på allmänna grunder bedöma, om exempelvis en traktor bör betraktas som ett motordrivet fordon. Men det är också möjligt att uttrycket bör tolkas som refererande till en annan författning. Lagtexten innehåller ingen antydning om detta. Med hjälp av en hänvisning i lagboken finner man dock att så är fallet (det hänvisas till bilregisterkungörelsen). Där får man exakt besked om traktorn. Lagboksutgivaren är sålunda här, liksom ofta eljest i sådana sammanhang, hjälparen. Men naturligtvis kan man få besked också av förarbeten och kommentarer.

⁷ Se t ex P O Ekelöf, Semantik och juridik, SvJT 1966 s 497 ff.

Ibland är det emellertid osäkert om ett ord innehåller en referens eller vart referensen går. När det i 10 § 2 st avtalslagen hänvisas till behörighet som någon har "enligt lag eller sedvänja" på grund av ställning som anställd eller eljest till följd av avtal med annan, kan man fråga bl a vilka lagar som åsyftas.

6.3. Tolkningsprinciperna

6.3.1. Tolkningsprinciper varierar från rättssystem till rättssystem, och de kan givetvis inte vara de samma för alla lagar inom samma system. Det finns inte bara nationella traditioner utan lagstiftningstekniken har även varierat mellan olika tider. Man får alltså vid tolkningen ta hänsyn till lagstiftningstekniken (liksom f ö lagstiftaren bör ta hänsyn till lagtolkningsteknik när han utformar lagen).⁸ Principerna för tolkning av strafflag och skattelag är andra än för civillag. I det följande avses huvudsakligen civilrättslig lagstiftning. Inom dess område finner man en stark påverkan av den tyska traditionen, vilken har utbildats främst av civilister.⁹

Det finns två skilda grunduppfattningar om lagtolkning, vilka båda har gamla traditioner och vilka båda är representerade i Sverige i dag. Den ena går ut på att föra all tolkning tillbaka på en enhetlig princip, nämligen att en *lagregels ändamål* måste vara avgörande för dess tolkning. Det talas om "teleologisk tolkning". Denna linje representeras i Sverige främst av P O Ekelöf, som utbildat en speciell variant av teleologisk tolkningsmetod.¹⁰ Kärnan i metoden är att man först skall fastställa i vilka typfall en regel är tillämplig och sedan bedöma, om det aktuella, tvivelaktiga fallet omfattas av samma ändamål som typfallen. Emot detta kan invändas att i det stora flertalet fall en regel inte har ett enda ändamål, såsom Ekelöfs metod tycks förutsätta. En regel utgör vanligen en kompromiss mellan olika syften. Redan därför betvivlar jag att metoden har en generell användbarhet.

Den andra uppfattningen är att tolkningen sker genom en sammanvägning av ett antal olika faktorer som måste tas i betraktande samtidigt. Vilken faktor som kommer att överväga kan inte preciseras generellt. Ändamålet eller ändamålen med ett stadgande är en faktor som måste beaktas, men de behöver

8 Se härom Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990) s 157 ff.

9 I "Interpreting Statutes" (1991) betonas att den komparativa översikten av lagtolkningsprinciper har visat en stor, kanske förvånande, överensstämmelse mellan de olika rättssystemen (se 12 kap, s 461 ff). Det kan dock inte uteslutas, att de likheter som författarna har funnit till någon del beror på principerna för urval av material. Materialet utgörs väsentligen av allmänna uttalanden om härskande tolkningsprinciper i domar, där sådana uttalanden förekommer, och eljest i den nationella litteraturen.

10 Ekelöf framställde ursprungligen sin uppfattning i År den juridiska teorien en teknik eller en vetenskap? (1951). Denna och senare framställningar finns samlade i P O Ekelöf, Valda skrifter 1942–1990, ("de lege", Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 1), 1991, s 71 ff.

inte vara dominerande. Denna linje representeras i Sverige mest markant av A Peczenik.¹¹

Det är inte några skarpa motsättningar mellan de båda linjerna – även anhängare av en teleologisk metod anser att man måste begagna lagens ordalydelse och förarbeten för att fastställa syftet, och även de som i princip vill väga samman finner ofta att ett särskilt ändamål är den dominerande faktorn. I en mycket vidsträckt mening måste tolkningen alltid vara teleologisk; intet lagstadgande tillkommer bara för sin egen skull utan det måste finnas något syfte bakom det. För egen del har jag, med den förut nämnda skeptiska attityden till möjligheten att finna enhetliga lösningar, lättare att följa linjen att väga samman olika faktorer. Till detta bidrar, såsom strax kommer att framgå, att det finns goda belägg för att domstolarna gör sådana sammanvägningar.

De båda traditionerna kan i tysk rättsvetenskap föras tillbaka åtminstone till förra delen av 1800-talet. Den enhetliga, teleologiska linjens ledande företrädare var A F J Thibaut (*Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 1806). Den sammanvägande metoden framställdes av Friedrich Carl von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, Bd 1, 1840, s 212 ff).

6.3.2. F C von Savigny framställde fyra grundläggande s k *canones* (betyder ungefär riktlinjer; ordet uttalas med tonvikt på första stavelsen). Dessa anförs fortfarande ofta, om också med en del variationer.¹² Man skulle kunna kalla dem "faktorer som bör observeras vid tolkningen".

1) Språkliga, lexikaliska, grammatiska, semantiska, faktorer. De kan sammanfattas i en fråga: hur lyder lagtexten? Står det "insåg" eller "insåg eller borde inse"? Står det "särskilda skäl" eller "synnerliga skäl"? Hur bestäms det område inom vilket säljaren ansvarar för vad som inträffar under transporten enligt regeln för platsköp i 7 § köplagen 1990? (Det bestäms genom orden: "inom en och samma ort eller inom ett område där säljaren vanligen ombesörjer transporter av liknande varor", vilka ger en mera exakt bestämning än det uttryck "utan att försändande från en ort till en annan ifrågakommer" som fanns i 11 § köplagen 1905.)

2) Logiska, systematiska faktorer. Vad kan man utläsa om man sammanställer olika stadganden? Exempel: Skulle en viss tolkning leda till en motsägelser mot ett annat stadgande? Skulle en viss tolkning leda till ett resultat som inte harmonierar med ett annat stadgande? Kan man uppnå harmoni genom att tolka två stadganden på ett enhetligt sätt? Medför en viss tolkning att ett annat stadgande blir överflödigt?

11 Se Juridikens metodproblem (1980), Rätten och förnuftet (1988) och Juridisk argumentation (1990).

12 I samlingsverket *Interpreting statutes* (1991) kan Savigny's *canones* igenkännas som ledande tolkningsprinciper (om också ibland utan direkt nämnande) för åtskilliga länder; se t ex s 43 (Argentina), s 82 (Tyskland), s 132 ff (Finland), s 269 ff (Polen), s 314 ff (Sverige) och s 366 ff (United Kingdom).

Ett exempel som belyser både språkliga och systematiska faktorer (1 och 2): Enligt 6 kap 1 § 1 st SkL "kan" (obs inte "skall" – jfr ovan 3.3.2) skadestånd med anledning av personskada jämkas om "den skadelidande själv" uppsåtligt eller av grov vårdslöshet medverkat till skadan. Enligt 2 st kan skadestånd med anledning av sakskada eller ren förmögenhetsskada jämkas om vållande "på den skadelidandes sida" har medverkat till skadan. Olikheten i uttryckssätt visar på en olikhet i förutsättningarna för jämkning. Endast den skadelidandes *eg*et medvållande kan beaktas vid jämkning av skadestånd för personskada; vållande av någon annan *på samma sida som den skadelidande* kan medföra jämkning vid sakskada och ren förmögenhetsskada. I senare fallet tillämpas sk "passiv identifikation", dvs medvållande av någon annan jämföras med den skadelidandes eget medvållande.

När man skall bestämma vem som skall behöva vidkännas jämkning på grund av passiv identifikation tillämpas – utan att detta framgår av lagtexten – en analogi till det sk principalansvaret, alltså en arbetsgivares ansvar för arbetstagares vållande. Den som såsom arbetsgivare blir ansvarig för skada som hans arbetstagare vållar, får finna sig i att skadestånd för skada på hans egendom jämkas om hans arbetstagare genom vållande medverkat till denna skada. Om en maskin som hyrts ut blir skadad genom hyrestagarens oaktsamhet, men maskinisten är uthyrarens arbetstagare och han är medvållande till skadan, reduceras skadeståndet på samma sätt som om uthyraren själv varit medvållande. Här blir systematiska skäl avgörande. Ifall maskinisten hade skadat hyrestagarens egendom i samband med att han utfört arbetet, blir nämligen hans arbetsgivare ansvarig för skadan enligt reglerna om principalansvar i SkL 3:1.

3) Historiska (ibland kallade "rättsgenetiska") faktorer. Hur har ett stadgande uppkommit? Har det någon förebild? Vad skedde vid tillkomsten? Fanns det något motsvarande stadgande i äldre lag för samma område, som formulerades om för att stilistiskt passa bättre i den nya lagen utan att någon saklig olikhet var åsyftad?

Exempel: 2 kap 25 § handelsbolagslagen 1980 har bara ett allmänt uttryck för de omständigheter som kan ge bolagsman rätt att begära att bolag skall träda i likvidation ("viktig grund"), medan 27 § handelsbolagslagen 1895 räknade upp ett antal omständigheter. De där nämnda omständigheterna anses kunna beaktas även vid tillämpningen av det nya stadgandet.

Enligt 18 § 2 st köplagen skall en vara anses felaktig om den inte överensstämmer bl a med uppgifter som lämnats "före köpet". Detta skulle kunna tolkas så att säljaren ansvarade även för uppgifter om varan som lämnats vid förhandlingar som föregått avtalet. En undersökning av stadgandets tillkomsthistoria, däribland uttryckssättet i övriga nordiska lagar som tillkommit samtidigt, visar emellertid att uttrycket valts mer av stilistiska skäl än för att precisera för vilka uppgifter säljaren svarar. Det kan därför vara motiverat att bortse från ordvalet.¹³

I äldre rättspraxis (från 20–40-talen) har en historisk metod tillämpats särskilt av JustR Nils Alexanderson. Se t ex NJA 1933 s 25 (om återkrav av betalning som erlagts av misstag); jfr A Knutsson i Festskrift till Bertil Bengtsson (1993) s 271 med hänvisningar.

13 Se Hellner, Festskrift till Bertil Bengtsson (1993) s 197 ff.

4) Funktionella, teleologiska faktorer. Kan man fastställa något ursprungligt syfte eller några syften med stadgandet? Kan man fastställa något syfte som kanske inte var aktuellt vid tillkomsten men som man i dag anser beaktansvärt? Vilken tillämpning anser man vid en fri rättspolitisk bedömning vara önskvärd? Såsom framgår av dessa frågor är de funktionella faktorerna mångahanda, och hänsyn till dem kan tas på många sätt. Man bör därför skilja sådan allmän hänsyn till funktionella faktorer från tillämpning av Ekelöfs teleologiska metod. Man kan räkna med att Högsta domstolen, när den träffar avgörande i en principfråga, regelbundet överväger funktionella aspekter.

Som mera slumpmässigt valda exempel på att syftet med särskilda bestämmelser har inverkat på HD:s domar kan ur nyare rättspraxis nämnas NJA 1993 s 138, 163, 192 och 319.

Exempel på att hänsyn som inte var aktuella vid tillkomsten av lagbestämmelser kan få relevans, ger bl a konsumentskyddet. Detta betraktas numera som ett viktigt syfte för stora delar av civilrätten. Konsumentskyddet har inte bara föranlett särskilda lagar och även i lagtexten nämnts som en faktor vilken bör påverka tillämpningen av jämningsregeln i 36 § avtalslagen. Det har också påverkat tolkningen i särskilda fall av lagar som inte har ett direkt konsumentskyddande syfte. Se t ex NJA 1986 s 44, där vid tillämpningen av 29 § skuldebrevslagen särskild hänsyn togs till att en avbetalningsköpare var konsument (numera har sådana hänsyn föranlett en ny regel i 16 § 2 st 2 meningen konsumentkreditlagen 1992). Liknande hänsyn har säkerligen tagits i många fall där det inte direkt framgår av motiveringen i domen.

Här har de fyra "canones" endast kunnat antydats. De kan dock inte anses uttömmande ange vad som kommer i betraktande vid lagtolkning. Såsom strax skall nämnas kan även andra omständigheter än de faktorer som utpekats genom dessa riktlinjer bli avgörande.

6.3.3. En första fråga blir om det finns några *hjälpmedel för att väga olika faktorer mot varandra*. Det finns otvivelaktigt sådana. Betydelsen av sammanhanget med andra stadganden och regler framgår redan av det exempel som nämndes ovan 6.1 (18 § 2 st trafikskadelagen). Det finns också mer speciella hjälpmedel.

Det enklaste tolkningsmedlet är att utgå från *definitioner* som uppställs i en lag. Konsumentkreditlagen 1992 anger t ex i 2 § hur ett antal termer (kreditgivare, kontantpris osv) skall tolkas. Dessa definitioner fixerar tolkningen av de följande stadgandena i lagen. I många fall kan man av en *jämförelse med andra stadganden*, där samma term används, härleda hur termen bör förstås. Försiktighet är dock ofta på sin plats. Språket är inte så rikt att det alltid finns olika ord till förfogande när olika saker åsyftas. Genom att lagar har tillkommit vid olika tidpunkter, och genom att den svenske lagstiftaren inte har lagt sig särskilt vinn om att vara konsekvent i ordval och begreppsbildning, förekommer ofta att ord används i växlande betydelser.

I prop 1972:5, Skadeståndslag m m, diskuterar lagrådet innebörden i termen "näringsverksamhet" som förekommer i (det numera upphävda) stadgandet 3 kap 5 § SkL. Lagrådet uttalar då (s 637): "Även om det, såsom departementschefen anfört i annat sammanhang, inte är ovanligt att ett och samma begrepp används i civilrättslig lagstiftning men ges ett varierande innehåll beroende på i vilket sammanhang det användes, anser lagrådet, att det ej finns anledning att begreppet näringsverksamhet vid tillämpningen av den förevarande bestämmelsen ges ett annat innehåll än det anses ha i andra lagar enligt nu gängse mening."

6.3.4. I Sverige begagnas i stor utsträckning *förarbetena* till en lag, ofta kallade *motiven*, för att fastställa hur lagen skall tolkas.¹⁴

Såsom framgått (ovan 6.1) gör lagstiftningstekniken det ofta nödvändigt att gå till *förarbetena* (eller arbeten som stödjer sig på dem) för att över huvud begripa vad lagtexten innebär i de enkla fallen. Men även vid de svåra frågorna, där meningarna kan vara delade, begagnas i Sverige *motiven* som det kanske viktigaste hjälpmedlet för tolkningen.

Detta gäller på alla plan. Om det är tvivelaktigt huruvida lagen innehåller ett ställningstagande till en särskild fråga eller har förbigått den, kan *motiven* begagnas. Om *motiven* innehåller ett uttalande om syftet med ett särskilt stadgande, betraktas detta ofta som utslagsgivande. Här visar sig dock menings-skiljaktigheter. De som företräder en teleologisk metod anser att domaren bör pröva *motivens* uttalanden om skälen för en regel; taktiska och liknande skäl, eller kanske motivskrivarens oförmåga att överblicka problemen, kan medföra att *motivens* uttalanden om syftet blir missvisande.¹⁵ *Motiven* har som huvuduppgift att övertyga remissinstanser och beslutande myndigheter om att lagen skall införas. Därvid gäller ofta principen att man inte skall väcka sovande björnar. Detta talar mot att låta *motivens* beskrivning av skälen för en lag vara allenarådande. De som håller mest på *motiven* nöjer sig däremot med de ändamålsskäl som framgår av dem. Även de räknar dock med att förskjutningar i verkligheten kan medföra att äldre ändamålsöverbäganden inte längre är aktuella.

Systematiska och historiska skäl torde beaktas utan stöd i *förarbetena*, något som är naturligt därför att *motiven* ofta inte innehåller något om dessa faktorerers inverkan, även när en sådan finns. Den som skriver av en äldre lag vill ofta inte öppet berätta att han valt denna tämligen enkla metod för sitt arbete.

Se t ex NJA 1985 s 659. HD:s majoritet (3 JustR) jämställde tomträtt med äganderätt till fastighet med stöd av ett uttalande i *förarbetena* om syftet med den aktuella regeln. Minoriteten (2 JustR) kom till motsatt ståndpunkt med hänvisning till att i

14 Den klassiska framställningen härav är Folke Schmidt, Domaren som lagtolkare, i: Festskrift till Herlitz (1955) s 263 ff. Se allmänt J Lind, *Förarbetena* som rättskälla, i Festskrift till Bertil Bengtsson (1993) s 301 ff.

15 Jfr t ex Ekelöf, "de lege" 1 (1991) s 179.

andra lagar tomträtt nämnts uttryckligen i lagtexten när sådan rätt skulle jämföras med äganderätt till fastighet. Även minoriteten åberopade följande uttalanden i förarbetena.

Ehuru man av termen "motiv" skulle kunna dra slutsatsen, att motiven företrädesvis anger skälen för lagstiftningen, är det numera nästan undantagslöst brukligt att motiven innehåller uttalanden om tillämpningen av de stadganden som föreslås. I princip bör den allmänna motiveringen ge skäl för lagstiftningen, medan specialmotiveringen bör uttala sig om de särskilda stadgandena. Ibland kan dock inte någon klar skillnad iakttas mellan den allmänna motiveringen och specialmotiveringen. Vid tolkning av speciella lagstadganden blir ofta specialmotiveringen mest aktuell.

Antingen kan motiven ge skäl för och mot olika med lagtexten förenliga tolkningar för att sedan stanna vid en av dem, eller också innehåller motiven kategoriska uttalanden om tolkningen, utan att ge skäl för och mot.

För en jämförelse kan hänvisas till förarbetena till det förslag till omarbetslag av köplagen 1905 som framlades i SOU 1976:66 och som inte ledde till lagstiftning (jag var utredningsman), och till motiven till köplagen 1990 (prop 1988/89:76). Det förra är utförligt resonerande, det senare innehåller i allmänhet kategoriska uttalanden om tillämpningen, utan angivande av skäl.

När man diskuterar motivens roll som hjälpmedel för lagtolkning tänker man vanligen mest på sådana konkreta uttalanden om tillämpning av lagen som nämnts senast. Det förekommer också att motiven innehåller uttalanden i frågor som över huvud inte berörs i lagtexten. Det är givetvis diskutabelt hur mycket inflytande som bör tillmätas sådana uttalanden (se vidare nedan 8.2).

Om motiven strider mot lagtexten anses givetvis lagtexten ha företräde, men meningsskiljaktigheter avser ofta hur mycket som är förenligt med lagtexten. Om lagtexten innehåller ett rent redaktionsfel – något som förekommer och som då brukar framträda vid en jämförelse med motiven – kan lagtexten dock tolkas mot sin klara lydelse.

I rättsfallet NJA 1982 s 493 ålade HD gåvoskatt för en ogiltig gåva, trots att enligt det relevanta lagrummet sådan skatt endast utgår vid "giltig utfästelse", med hänvisning bl a till att ogiltigheten i det aktuella fallet var av annat slag än den som nämnts i förarbetena såsom skäl till att ordet "ogiltig" infördes i lagtexten. Även systematiska skäl – sammanhanget med regeln för ett liknande fall – anfördes av HD.

Ett exempel på att HD gått emot uttalanden i förarbetena är NJA 1978 s 581, där HD:s majoritet (tre JustR mot två) fäste avgörande vikt vid ett stadgandes ordalydelse, trots att domstolen själv anförde att vissa motivuttalanden talade däremot "ganska bestämt".

Ett rättsfall som belyser gränsen till redaktionsfel är NJA 1981 s 920. Enligt 12 § trafikskadelagen 1975 kan "ersättning till efterlevande" jämkas om den avlidne uppsåtligt medverkat till dödsfallet. Frågan var om detta innefattar inte bara *underhåll* till

efterlevande utan även *begravningskostnader*. I propositionen hade stadgandet en sådan formulering att det inte kunde vara något tvivel om att även ersättning för begravningskostnader kunde jämkas. Den citerade formuleringen tillkom vid behandlingen i lagutskottet, av ett skäl som inte hade med den nu nämnda frågan att göra. HovR:n fann i sin av HD fastställda dom att jämkning i princip var möjlig (ehuru i det särskilda fallet ingen jämkning skedde). Ett HovRR fann emellertid att stadgandets ordalydelse inte rimligen kunde ges annan mening än att jämkning var utesluten när det gällde ersättning för begravningskostnader.¹⁶

Förarbetenas innehåll förmedlas ofta genom lagkommentarer som bygger på dem. Karakteristiskt för svensk rätt är det omfattande bruket av sådana kommentarer. Den som är nogå går till förarbetena i original för att kunna skilja vad som står i dem från vad som kan vara tillagt av kommentatorn, där inte denne själv gjort en klar skillnad. Jfr nedan 8.5.

Bland förarbetena kan man urskilja en viss rangordning, som kanske inte är densamma för all lagstiftning från alla tidpunkter. Numera, sedan riksdagen blev ensam lagstiftare, väger lagutskottets uttalanden säkert tyngre än departementschefens uttalanden i propositionen. Oftast är emellertid propositionen vägledande, därför att den i princip skall täcka hela innehållet i en lag, medan lagutskottet endast uttalar sig om några få frågor, särskilt sådana som har aktualiserats genom motioner i riksdagen. Vad som sägs i riksdagsdebatten i plenum brukar inte räknas till förarbetena.

Lagrådets uttalanden brukar hänföra sig till särskilda frågor, och vikten av dem beror väsentligen på det gehör som de finner hos departementschefen, ev lagutskottet. Remissyttranden kan indirekt belysa en förändring från ett betänkande till propositionen och därigenom få inflytande. Eftersom departementschefen regelbundet tar ställning till lagrådets yttrande kan man därav dra slutsatser om den vikt som bör tillmätas vad som yttrats i lagrådet. Om departementschefen i allmänna ordalag godtar en anmärkning av lagrådet, tillmäts den stor betydelse.

Det tidigare (6.3.2) nämnda exemplet rörande "näringsverksamhet" i SkL belyser även betydelsen av lagrådets uttalanden. Depchefen anslöt sig i slutprotokollet (prop s 652) till lagrådets uttalanden.

Betydelsen av ett betänkande eller en departementspromemoria, som ligger till grund för lagstiftningen, beror vanligen av propositionens utformning. Ibland är propositionerna mycket utförliga, och i så fall har vad som står i betänkandet ringa betydelse. Stundom hänvisar propositionen direkt till betänkandet, och i så fall får betänkandet mer inflytande. Även då betänkandet

16 Ett rättsfall som belyser både hur motivuttalanden tillkommer och hur de inverkar på HD:s bedömning är NJA 1985 s 309 (som rör icke-culpös medverkan av den som har strikt ansvar vid tillämpning av 18 § 2 st trafikskadelagen). Se härom bl a Hellner, JT 1991–92 s 252 ff, J Lind i Festskrift till Bertil Bengtsson (1993) s 314 ff.

mer utförligt utvecklar tankar som återfinns i propositionen fäster man avseende vid betänkandet. Under vissa perioder har propositionerna varit kortfattade och intetsägende, och betänkandena blir därigenom mer auktoritativa. Som exempel kan nämnas de betänkanden av Lagberedningen från 1920-talet som ligger till grund för lagstiftning på familjerättens område.

Vid lagar som bygger på *internationella konventioner* tillmäts konventionstexten en vikt som främst beror av hur nära den svenska lagen är avsedd att följa konventionen. Detta växlar, och ofta får man ta de svenska förarbetena till hjälp för att bedöma det. Ett karakteristiskt exempel är NJA 1983 s 3 ("Tsesis-fallet"), om oljeskada från fartyg, där bl a den teknik som begagnats för att införliva konventionen med svensk lag åberopades.

Det finns otvivelaktigt ofta goda skäl att fästa stort avseende vid motivens uttalanden; de ger en möjlighet att ge anvisningar för tillämpningen av en lag utan att behöva tynga lagtexten med alla detaljer. I ett land som Sverige, där rättspraxis på de flesta områden är tunnsådd, fordras ofta någon vägledning. Om det inte finns skäl att av lagtextens lydelse eller av de andra skäl som nämnts tidigare ge lagtexten en annan mening, godtas säkerligen den mening som motiven ger texten ganska allmänt.

Det finns dock personer som inte gillar den auktoritet som allmänt tillmäts motiven i svensk rätt. De framhåller bl a att utslagsgivande kan bli några ord av en departementstjänsteman, vilka inte har varit under riksdagens prövning på samma sätt som lagtexten och som även i övrigt kan ha passerat jämförelsevis obemärkta under lagstiftningsarbetet. Förarbeten är inte heller tillgängliga för allmänheten på det sätt som lagtexten är. Såsom redan antytts är det internationellt sett ovanligt, att lagmotiv tillmäts så stor betydelse som i Sverige.

Meningsskiljaktigheterna gäller framför allt de fall där det finns saklig anledning att ifrågasätta motivens uttalanden. Motståndarna till motivbunden tolkning tar avstånd från dem som okritiskt följer alla motivuttalanden, utan att göra en mera djupgående analys av svåra frågor. Tyskarna har en speciell, nedsättande beteckning för de senare: "Motivenanbeter" (betyder ungefär "tillbedjare av motiven").

Jag avstår från att här uttrycka någon mera bestämd egen mening om betydelsen av förarbetena för lagtolkning. Risken är alltför stor för att en sådan mening skulle kunna visas inte stämma överens med de metoder som begagnas i mina rättsvetenskapliga arbeten i speciella frågor.

Den traditionella svenska lagtolkningstekniken har under senare tid kommit under debatt på en helt annan grund än som har nämnts nu, nämligen *anslutningen till EES*. I den utsträckning som EU:s författningar blir gällande i Sverige, måste EU:s tolkningsprinciper inverka även här. En anslutning till EU kommer att ytterligare stärka detta inflytande. EU:s principer kan givet-

vis inte diskuteras mera ingående. Det är inte ens möjligt att gå in på det sätt eller det område på vilket principerna kan få inflytande. Allmänt kan sägas att den typ av tolkning med starkt beroende av förarbetena som har nämnts här inte överensstämmer med EU:s metoder.

Vad träder då i stället? Den härskande läran är att EU:s författningskomplex skall tillämpas med en *teleologisk metod* (vilken väl får skiljas från den som förknippas med P O Ekelöfs namn).¹⁷ Utmärkande för denna metod är att hänsyn skall tas till vad som fordras för att tillgodose författningarnas allmänna effektivitet för sina syften.

Ofta går de särskilda lagarna tillbaka på "direktiv" utfärdade av EU:s råd. Vanligen framgår det inte av den yttre formen att en svensk författning i realiteten helt eller delvis avser att genomföra direktiv från EU. Så är fallet t ex med produktansvarslagen 1992 och konsumentkreditlagen 1992. Direktiven innehåller regelbundet s k "preamble" (eller "preambler") som anger deras syften.¹⁸ Ibland förefaller dessa mest vara allmänna fraser, men till vissa delar anger de konkreta syften, vilka har direkt betydelse för att förklara direktivets innehåll. Preamblearna blir då ett viktigt hjälpmedel för att genomföra det slag av teleologisk tolkning som tillämpas på EU:s författningskomplex.¹⁹

Det kan inte förutsägas f n huruvida en tillämpning av EU:s tolkningsprinciper inom det område som behärskas av EU-rätten kan leda till en förändring av lagtolkningsmetoderna i Sverige även inom andra områden.

6.3.5. Den föregående framställningen har utgått från att tolkningen avser ett "färskt" lagstadgande. När det däremot tillkommit rättsfall och det sålunda finns *prejudikat* från Högsta domstolen, väger de tungt, oftast tyngre än förarbetena. I stort sett begagnas prejudikat som gäller tolkningen av ett lagstadgande på samma sätt som prejudikat vilka gäller områden och frågor för vilka lagstiftning saknas. Begagnande av prejudikat skall behandlas i 7 kap.

Det finns numera en omfattande rättspraxis om JB 4:19 (stadgandet om felbedömning vid faktiskt fel i fastighet). Betydelsen av denna rättspraxis har endast i någon mån försvagats av att stadgandet förändrades 1990. I de tidigaste rättsfallen (t ex NJA 1975 s 545) tar HD ställning till motivuttalanden vid tillkomsten av JB, men senare rättsfall visar huvudsakligen en utveckling på grundval av den rättspraxis som har tillkommit. Se härom Hellner, Speciell avtalsrätt II:1 (1993) s 52 ff.

17 Se t ex U Bernitz, EG-rättens grunder (1992) s 58 f.

18 Se för produktansvarslagen prop 1990/91:197 s 127 ff, för konsumentkreditlagen prop 1991/92:83 s 149 ff.

19 Se härom "Europarätt och rättsvetenskap." Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen (1992) s 60 ff. Den som vill se hur samma fråga ter sig från de engelska domstolarnas synpunkt – vilka har ungefär samma problem – kan ta del av den engelske domaren Lord Denning's yttrande i rättsfallet *Bulmer v Bollinger* [1974] Chancery 410 (s 425 f) eller hans framställning i *The Discipline of Law* (London 1979) s 17 f.

6.3.6. Utöver det nu behandlade materialet, som är "officiellt", finns det en myckenhet "*icke-officiellt*" material (jfr ovan 5.4). Domstolar, särskilt Högsta domstolen, inhämtar ofta yttranden från organisationer, tex Sveriges advokatsamfund eller Svenska bankföreningen, och man kan utgå från att domstolen inte skulle göra det om den inte fäste något avseende vid organisationens mening. Men denna är givetvis inte på samma sätt bindande som uttalanden i förarbetena kan vara. Rättsvetenskapen är ett medel för orientering om förarbeten, prejudikat o dyl, och den kan dessutom ha en egen auktoritet, som växlar efter förhållandena. Äldre litteratur från en tid från vilken inga prejudikat finns kvar kan betraktas som en upplysningskälla om en dåtida rättsuppfattning, vilken kan vara av värde tex vid en historisk bedömning. Nyare litteratur auktoritet beror i första hand av styrkan av det material och de argument som anförs. I andra hand blir författarens allmänna sakkunskap och anseende avgörande. Även omotiverade uttalanden av en så ansedd rättsvetenskapsman som Almén väger tungt.

6.3.7. Även om man begagnar alla dessa hjälpmedel kvarstår ofta en betydande ovisshet. Frekvensen av tvivelaktiga fall beror naturligtvis till stor del på verksamheten. Den som handlägger ärenden hos en tingsrätt om inskrivning i fastighetsbok eller hos en förvaltningsmyndighet har till helt övervägande del rutinärenden som inte ger upphov till något tvivel om lagtolkning. Domstolar som dömer i civilrättsliga tvister har en helt annan proportion tvivelaktiga fall. Rättsvetenskapsmannen anses ofta ha som särskild uppgift att analysera tvivelaktiga fall, och tolkningsproblemen kommer då i förgrunden. Studenten stöter ofta mer indirekt på tolkningsproblemen, genom att han av rättsfall får reda på hur vad som en gång var ett tolkningsproblem har avgjorts. Det kan ofta vara svårt att riktigt föreställa sig, hur situationen tedde sig innan rättsfallet kom. Efter rättsfallet blir tillämpningsproblemet ofta en fråga om hur långt prejudikatsverkan av domen sträcker sig.

6.4. Språkliga och formella grunder för tolkningen

6.4.1. Såsom framgått, och såsom är obesträtt, måste den språkliga tolkningen tillmätas primär betydelse. Ofta sägs att om ingen språklig oklarhet råder, över huvud intet tolkningsproblem uppstår ("*interpretatio cessat in claris*"). Det kan emellertid vara diskutabelt om vad som är språklig oklarhet. Ibland framgår viktiga rekvisit för tolkning inte av lagtexten.

Reglerna om återvinning i konkurs innehåller ingen uttrycklig hänvisning till att återvinning förutsätter att en rättshandling varit till "nackdel" för konkursborgenärerna, men ett sådant krav genomsyrar reglerna.²⁰

²⁰ Se G Lennander, Återvinning i konkurs (1984) s 83 ff; jfr G Walin, Materiell konkursrätt (1987) s 134 ff.

Utgångspunkten är vanligen den betydelse som ord har i vardagsspråket. Ofta används dock i vardagsspråket orden på ett sätt som avviker från juristernas mera exakta språkbruk. I vardagsspråket skulle säkerligen ingen reagera mot att någon sade sig ha "ärvt" något efter en person när han fått det genom testamente, men enligt lagspråket är förvärv genom arv och genom testamente två skilda saker.²¹

Det finns mängder av facktermer som av jurister, vilka vant sig vid dem, kanske inte ens uppfattas som sådana, t ex "avlämna" i köplagen. "Riskens övergång" (12 § köplagen) är antagligen ett för en lekman obegripligt uttryck. "Dokument" (se t ex 10 § köplagen) är något annat än vad som i det allmänna språkbruket förstås med detta ord. "Enkla skuldebrev" (3 kap skuldebrevslagen) kan ge lekmannen felaktiga associationer. Stundom kan man genom att se i en ordbok konstatera att det juridiska språkbruket är säreget.²²

Avvikelser från allmänt språkbruk av detta slag är dock mindre förvirrande än att även vanliga ord som "eljest" ibland begagnas på ett speciellt sätt.

I BrB 7:3 läser vi: "Den som understicker eller förbyter barn eller eljest genom att avgiva oriktig uppgift till myndighet eller . . .". Enligt vanligt språkbruk skulle "eljest" här indicera, att understickande eller förbytande vore en oriktig uppgift till myndighet. Detta är uppenbarligen uteslutet. Enligt språkbruket i BrB (åtminstone i dess ursprungliga lydelse) kan, såsom framgår av exemplet, ordet "eljest" användas utan att vad som följer efter ordet innefattar vad som står före. I andra fall kan detta språkbruk (som förmodligen inte förekommer i nyare lagstiftning) vara mera försåtligt. I svindleriparagrafen (BrB 9:9) talas om "den som offentliggör eller eljest bland allmänheten sprider vilseledande uppgift . . .". Man kan alltså inte av lagtexten dra slutsatsen, att offentliggörande nödvändigt måste vara spridande bland allmänheten.

En lagtext skall kunna läsas utifrån antagandet att den är omsorgsfullt utarbetad och språkligt och logiskt korrekt. Samma ord används inte för olika begrepp, och olika ord används inte för samma begrepp. Lagen bör alltså vara konsekvent i sitt uttryckssätt, och lagtolkaren bör kunna utgå från det. Syftningsfel bör inte förekomma, o s v. Genom att det finns särskilda föreskrifter för språkbruket i lagar och författningar, kan lagspråket uppnå ytterligare precision. Föreskrifter för lagskrivning kan därför också fungera som hjälpmedel

21 Det är tillräckligt att hänvisa till rubrikerna till 15 och 16 kap ÄB: "Om förverkande av rätt att taga arv eller testamente" resp "Om preskription av rätt att taga arv eller testamente".

22 "Näringsidkare" är enligt Svensk ordbok (1987) "affärsman särsk företagare", medan det enligt S Bergström m fl, Juridikens termer (1983) är "var och en som yrkesmässigt bedriver verksamhet av ekonomisk art". Det senare är säkerligen i huvudsak korrekt, ehuru det inte kan uppfattas som ett ställningstagande i tivelaktiga tolkningsfrågor.

6.4

för tolkningen.²³ Men om lagstiftaren har brustit i det tekniska måste tolkningen givetvis anpassa sig efter det.

6.4.2. På ett annat plan ligger några i rättsteorien ofta anförda metoder för att begagna lagtext.²⁴ Till en del förefaller dessa mest ge etiketter, som sätts på en tolkning efter det att resultat nåtts genom de metoder som nämnts tidigare.

Det talas ofta om resp restriktiv och extensiv lagtolkning.

Att tolka en lagtext *restriktivt* är att lägga in minsta möjliga innehåll i lagtexten eller t o m tolka lagen mot ordalagen. Detta sker särskilt när det finns starka ändamålsskäl som talar mot att följa den normala betydelsen av orden. Strafflag och skattelag anses båda böra tillämpas restriktivt. Detta är naturligt därför att där står staten mot enskilda medborgare som behöver skyddas mot straffsanktioner och mot pålagor med vilka de inte kunnat räkna. Inom civilrätten, där två enskilda parter står mot varandra, är det mera dubiöst om man kan uttala något allmänt företräde för en restriktiv tolkning.

Som exempel på en restriktiv tolkning kan nämnas den svenska tillämpningen av 33 § avtalslagen (ogiltighet på grund av strid mot "tro och heder"). Detta stadgande har tillämpats huvudsakligen på ett fåtal situationer som redan i förarbetena till lagen nämndes som exempel på fall där ogiltighet borde inträda.²⁵ Den svenska tillämpningen synes ha varit mera restriktiv än motsvarande tillämpning i Danmark och Norge.

Den motsatta möjligheten är att tolka lagtexten *extensivt*. Då läggs så mycket som möjligt in i texten.

Det 6.3.4 anförda rättsfallet NJA 1981 s 920 kan betraktas som exempel på ett sådant förfarande. Det framgick att gränsen för vad som kunde anses språkligt tillåtligt tangerades.

Ett annat exempel är NJA 1983 s 3 ("Tsesis"-fallet), där vid tillämpning av 3 § oljeskadelagen 1973 uttrycket "andra hjälpmedel för navigering" (än fyrar) tolkades så att det täckte även sjökort.

Ofta är det inte någon verklig motsättning mellan principerna för restriktiv och extensiv lagtolkning, och det kan t o m vara tvivelaktigt vad som bör karakteriseras som det ena och det andra. Såsom redan har nämnts blir beskrivning av tolkningen som restriktiv resp extensiv vanligen en etikett som sätts på resultatet av en tolkningsoperation som har skett på andra grunder.

23 Se Statsrådsberedningen, Myndigheternas föreskrifter, Handbok i författningsskrivning (Ds 1992:112), s 77 ff. Vad som nyss framgick om skillnaden mellan gammalt och nytt i författningstexter illustreras av ett råd som ges s 77: "Passa alltid på att förbättra språket i en bestämmelse när den ändras i sak." Det nämns intet om att en blandning av gammalt och nytt språk i samma lag kan försvåra tolkningen.

24 Se t ex Ekelöf, "de lege" 1991 s 175 ff.

25 Se t ex Hellner, Köp och avtal (1992) s 191 ff.

Exempel: En förutsättning för hävning av avtal kan enligt ett lagstadgande vara att ett kontraktsbrott är *väsentligt*. Samma regel kan också uttryckas så, att hävning är tillåten utom då kontraktsbrottet är *ringa*. Valet mellan dessa båda formuleringar kan betraktas som en stilistisk fråga.²⁶ En mot den som vill häva avtalet sträng bedömning är med den förra formuleringen en extensiv tolkning av väsentlighetsrekvisitet. Med den senare formuleringen är samma väsentlighetskrav en restriktiv tolkning av huvudregeln (ehuru en extensiv tolkning av undantagsregeln).

En form av lagtolkning som är på en gång betydelsefull och diskutabel är motsatsslutet, tolkning *e contrario* (uttalas med tonvikt på a). Man utgår från ett lagstadgande och konstaterar att ett särskilt fall inte täcks av dess ordalydelse, vare sig man tillämpar en extensiv eller restriktiv tolkning. En slutsats *e contrario* innebär då att i detta särskilda fall den rättsföljd som nämns inte inträder.

Det finns ett antal fall där ett sådant förfarande är helt självklart. Ett enkelt exempel är JB 4:29. Där föreskrivs att bestämmelserna i "1–3 och 7–9 §§", om *köp* av fastighet, äger motsvarande tillämpning i fråga om *gåva*. Man kan därav med full säkerhet dra slutsatsen, att 4–6 §§ (som rör villkor vid fastighetsköp) *inte* gäller för gåva. Ett annat klart exempel är att 31 § 3 st skuldebrevslagen föreskriver att meddelande till gäldenärerna ej fordras för skydd mot överlåtarens borgenärer när någon "avhänt sig" rörelse med i rörelsen uppkomna fordringar. Särskilt som 10 § samma lag säger att vad som sägs om "överlåtelse" även gäller för "pantsättning", framgår klart att "avhänt sig" i 31 § måste tolkas *e contrario*, d v s regeln gäller inte vid pantsättning.

Ett något mer komplicerat exempel på *contrario*-slut ger 12 § preskriptionslagen 1981. Den allmänna preskriptionstiden för en fordran är som bekant tio år från fordrans tillkomst. Är denna regel dispositiv eller ej? Stadgandet lyder:

"Avtal att en fordran inte skall preskriberas eller att preskription skall kunna avbrytas på annat sätt än som föreskrivs i denna lag är ogiltigt. Detsamma gäller avtal om längre preskriptionstid än tre år för en fordran som avses i 2 § andra stycket."

Antag att fråga uppstår om ett avtal om en preskriptionstid på femton år (och som ej avser en sådan fordran mot konsument som åsyftas med hänvisningen till 2 § andra stycket) är giltigt. Formuleringen pekar i riktning att *e contrario* skall av stadgandet följa, att avtalet är giltigt (ehuru det kan komma att jämkas med stöd av 36 § avtalslagen om det skulle vara oskäligt). Helt säker på *contrario*-slutet kan man dock knappast vara förrän man tagit del av förarbetena, som klart visar att det är avsett (se prop 1979:80 s 192). Har man gjort detta, accepterar man säkerligen *contrario*-slutet (även om man, såsom jag, anser den regel som framgår av detta slut vara olämplig).

Vissa lagar, bl a avtalslagen, begagnar principen att uttrycka viktiga principer som *contrario*-slut från särskilda stadganden. Paradexemplet är 32 § 1 st avtalslagen, där texten blott utsäger att en viljeförklaring som av misstag fått

26 Se Hellner, Speciell avtalsrätt II:2 (1993) s 176.

felaktigt innehåll inte binder den som avgav den, om mottagaren insåg eller borde inse misstaget. Den viktigaste innebörden av detta är slutsatsen *e contrario*. att om mottagaren *inte insåg eller bort inse misstaget*, den som avgav förklaringen är bunden av innehållet. Exemplet visar också att bedömningen av om ett *contrario*-slut är berättigat eller inte förutsätter, att man känner till den lagstiftningsteknik som begagnas.

Skälet till att ifrågakavande teknik har begagnats i detta fall är att den slutsats som följer *e contrario* inte är avsedd att vara helt undantagslös; den skall *tex* inte gälla obetingat vid gåva.²⁷

Lagstiftningstekniken blir knappast bättre genom detta, eftersom resultatet förutsätter inte bara att man känner till tekniken utan också att man genom förarbetena får kännedom om vad som är avsett.

I det närmast föregående har nämnts fall där det på olika sätt låter sig fastställas med någon säkerhet, att *contrario*-slut är avsedda. Generellt kan sägas, att om det är klart att avsikten med en formulering av ett stadgande har varit att dra gränsen för en tillämpning av en viss regel, en slutsats *e contrario* är tillåten. Tillämpningen bör inte gå bortom den gränsen. Men detta förutsätter att man vet, eller bestämmer sig för, att stadgandet skall föreskriva en sådan gräns. Som *generell* metod är det förkastligt att när man konstaterat att ett visst förhållande inte faller under ett stadgandes lydelse, därav dra slutsatsen, att fallet skall behandlas annorlunda. Det är ett slags bokstavstolkning i dålig mening. *Contrario*-slutet har sagts vara "den dålige juristens kännetecken".²⁸

Som exempel på en möjlig *contrario*-tolkning kan nämnas tillämpningen av 40 § köplagen 1990, som rör skadestånd vid fel. Det framgår av lagtexten (även om den delvis är svårläst), att köparen ej får tillgripa de flesta påföljder av fel (avhjälpande genom köparens egen försorg, prisavdrag, hävning och omleverans) om säljaren avhjälpes felet och att köparen måste ge honom möjlighet till det. 40 § innehåller ingen motsvarande bestämmelse. Skall man tolka detta *e contrario* så, att köparen har rätt att kräva skadestånd även för förlust som han skulle ha undgått om säljaren fått avhjälpas felet? Såvitt jag har kunnat finna är frågan ej berörd i motiven. Personligen har jag inte godtagit ett *contrario*-slut utan antagit, att även om köparen framställer krav på skadestånd, säljaren har rätt att avhjälpas felet och därigenom minska det skadestånd till vilket köparen kan vara berättigad.²⁹

Enligt SkL 2:4 ersätts ren förmögenhetsskada som har vållats genom brott. En tolkning *e contrario*. som innebär att skadestånd inte kan utgå för annan förmögenhetsskada än den som vållats genom brott, är oberättigad och kan leda till en snedvridning

27 Se *tex* K Grönfors, Avtalslagen (1989) s 157.

28 Den som för mig muntligen återgett detta är den (numera avlidne) norske høyesterettsdommeren Karsten Gaarder. Jag vet inte om det avspeglar en muntlig tradition eller om omdömet finns i tryck.

29 Se Speciell avtalsrätt II:2 s 158.

av skadeståndssystemet. Här fordras mer nyanserade metoder för rättstillämpningen.³⁰

De vedertagna principerna för språklig tolkning tar sikte på lagstadganden som begagnar tämligen konkreta termer, såsom "skog" i det berömda exemplet (jfr ovan 6.2). Det är meningslöst att använda dem vid sådana stadganden som hänvisar till "omständigheterna" utan närmare specificering (jfr ovan 6.1 om 18 § 2 st trafikskadelagen) eller till vad som är "skäligt" resp "oskäligt". Man kan knappast ens tala om språklig tolkning i dessa fall; uppgiften för en domstol är snarare att – med ledning av prejudikat, förarbeten och allmänna överväganden – utnyttja den frihet som lagtexten ger för att komma till rimliga resultat. Bruket av generalklausuler medför alltså att rättspraxis får allt större betydelse.

6.4.3. En viss likhet med tolkning på språklig grund har tillämpningen av några allmänna principer som rör förhållandet mellan olika lagar eller lagstadganden. Dessa principer betecknas ofta med latinska termer.

En sådan princip är "*lex superior derogat legi inferiori*", dvs den högre lagen har företräde framför den lägre. Enligt denna gäller grundlag framför allmän civillag, allmän civillag framför tillämpningsförfattningar, regeringens författningar framför dem som härrör från lägre myndigheter o s v.

En tillämpning i fråga om lagtolkning är att bestämmelser om offentliggörande av hemlig handling, sedlighetsbrott, ärekränkning, intrång i upphovsrätt o s v i förekommande fall tolkas i enlighet med *tryckfrihetsförordningen*, som är en grundlag.

Se t ex NJA 1991 s 155. På en löpsedel hade av misstag skrivits "knarkkung" i stället för "krogkung". Ansvarige utgivaren fälldes till ansvar för förtal, och därvid åberopades att enligt TF 8:12 innehållet i periodisk skrift skall anses infört med ansvarige utgivarens vetskap och vilja.

En annan sådan princip är "*lex posterior derogat legi anteriori*", dvs en senare lag har företräde framför en äldre. I allmänhet framgår av övergångsbestämmelserna till senare lagar vilka äldre lagbestämmelser som sätts ur kraft, och någon lagtolkningsfråga uppstår då inte.

I äldre lagar förekom bland övergångsreglerna ofta s k trolleri-bestämmelser, enligt vilka genom den nya lagen upphävdes inte bara särskilt angivna lagar utan även "vad i övrigt finnes i lag eller författning stridande mot denna lags bestämmelser". Detta kunde givetvis ge upphov till tolkningsproblem.

Som ett exempel på tillämpning av lex-posterior-principen kan betraktas tillämpning av allmänna principer i en ny lag inom områden där det saknas uttrycklig lagstiftning. Ett viktigt exempel är tillämpningen av skuldebrevslagens principer inom den icke lagfästa sakrätten.³¹

30 Detta är ett huvudtema i J Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987).

31 Se härom t ex T Håstad, Sakrätt (1990) s 201 ff.

6.4

Ett exempel från ett annat område rör det inflytande som bör tillmätas köplagen 1990 för frågor där tidigare köplagen 1905 tillämpades som uttryck för allmänna rättsgrundsatser. Härom härskar fortfarande stor osäkerhet.³²

En tredje sådan princip är "*lex specialis derogat legi generali*", dvs den speciella lagen har företräde framför den allmänna. Det är uppenbart att den kan komma i strid med lex-posterior-principen, nämligen om den generella lagen är senare än den speciella. Där ingen sådan konflikt föreligger torde lex-specialis-principen ha en stark ställning.

Se t ex NJA 1977 s 816. Vid skadeståndstalan mot konkursförvaltare gjorde denne bl a invändning att talan var preskriberad enligt den särskilda bestämmelsen om preskription av "talan å sysslomans förvaltning" i HB 18:9. Talan ogillades emellertid, med hänvisning till att det fanns en särskild "preklusionstid" för talan mot konkursförvaltare i 191 § konkurslagen (som motsvaras av nu gällande KL 13:7).

På samma sätt som nyss sades beträffande restriktiv och extensiv lagtolkning, torde ofta tillämpningen av de principer som har nämnts nu närmast vara ett resultat av sådana överväganden som refererades ovan 6.3, ehuru det kan vara klagörande att karakterisera detta resultat som en tillämpning av de nämnda principerna.

32 Frågan behandlas på många ställen i Hellner, Speciell avtalsrätt II:2.

7. Användning av prejudikat

7.1. Inledande anmärkningar

När en domstol har tolkat ett lagstadgande och kommit till resultat i form av en dom, kan denna bli ett prejudikat. Naturligtvis finns det prejudikat också om annat än tolkning av lag, framför allt från rättsområden där lagstiftning saknas. Med prejudikat menar man ett avgörande som betraktas som vägledande eller bindande för framtiden. I vardagslivet kan någon säga: "jag kan inte ge dig denna förmån, för då skulle det bli ett prejudikat, och alla andra skulle begära att få samma förmån", eller "jag har en gång gjort så, och jag betraktar det som ett prejudikat vilket jag vill följa". Till skillnad från vardagslivets formlösa efterföljd av tidigare handlande följer användning av prejudikat inom juridiken mer eller mindre bestämda regler. Domstolar och myndigheter tar regelbundet hänsyn till sina tidigare avgöranden för att inte göra sig skyldiga till godtycke. De högsta instansernas avgöranden har en särskild auktoritet. Den kan inte beskrivas genom att konstatera vare sig att det är sannolikt att domstolen i framtiden kommer att handla på samma sätt som tidigare – en bedömning som vore vanskelig om man inte visste att domstolen eftersträvar kontinuitet i sitt handlande – eller att i dessa domstolar sitter särskilt erfarna och skickliga domare vilkas mening andra bör beakta. Men när man skall söka fastställa, vari auktoriteten består och hur långt den sträcker sig, börjar de egentliga problemen.

I det följande uppmärksammas särskilt de allmänna domstolarna och följaktligen främst Högsta domstolens prejudikat.

7.2. Prejudikat som bindande

En huvudfråga är traditionellt, om *prejudikat är bindande*, och lika traditionellt svaras för svensk rätt att de inte är bindande.¹ Därmed menas dock inte mycket mer än att en svensk domare inte anses begå tjänstefel om han medvetet underlåter att följa en tidigare dom av Högsta domstolen i en likartad fråga, därför att han anser domen vara felaktig. Verkligheten är mera komplicerad än vad traditionella principer säger, i Sverige liksom i andra länder.

I vissa rättssystem, framför allt i engelsk och amerikansk rätt, finns principer för hur

1 Högsta domstolens prejudikatbildande verksamhet diskuteras utförligt i betänkandet Översyn av rättegångsbalken 2, Högsta domstolen och rättsbildningen (SOU 1986:1). Se vidare L Heuman i Finna rätt (1991) s 109 ff, G Bergholtz, Ratio et auctoritas (1987).

prejudikat är bindande. I England är exempelvis House of Lords (den högsta domstolen) numera inte bunden av sina egna avgöranden, men lägre domstolar är bundna inte bara av avgöranden av högre domstolar utan även av sina egna tidigare domar. En engelsk domstol kan yttra att den anser en viss princip vara felaktig men ändå måste tillämpa den, på grund av tidigare avgöranden av en högre domstol. Men i övrigt fungerar systemet på ett mer nyanserat sätt. Läser man domar från House of Lords och ser hur tidigare rättspraxis diskuteras i dem, finner man att stor hänsyn tas även till vad som förekommit i lägre domstolar. Enskilda domare har en stor auktoritet som beror inte bara på domstolens ställning. Englands utan tvivel mest inflytelserike domare i detta århundrade, Lord Denning, utövade sitt huvudsakliga inflytande som ordförande i Court of Appeal (mellaninstans, motsvarande HovR i Sverige).

I fransk rätt synes prejudikatens auktoritet ofta vara begränsad. Det finns exempel på att en princip som antagits av Cour de Cassation (den högsta domstolen), medvetet och uttryckligen har frångåtts av flertalet Cours d'Appel (närmast lägre domstolar). Detta har då föranlett reaktion i form av lagstiftning.²

I Tyskland spelar visserligen rättspraxis en stor roll för rättsutvecklingen. Man finner likväl att det ibland sägs i litteraturen att en viss princip är antagen som praxis av Bundesgerichtshof men att en annan princip betraktas som "härskande lära", dvs som allmänt förordad i den juridiska litteraturen (och förmodligen även är den som studenterna får lära sig). I några fall tillämpar konsekvent olika avdelningar ("senater") av Bundesgerichtshof olika principer, och detta befordrar inte auktoriteten.

Vad Sverige beträffar kan man konstatera ett antal grundläggande fakta. Enligt RB 54:9 fordras prövningstillstånd för att en HovR:s dom skall komma under HD:s prövning. Enligt RB 54:10 är den viktigaste grunden för meddelande av prövningstillstånd att "det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av högsta domstolen". En sådan regel skulle vara meningslös om inte avsikten var att Högsta domstolens avgöranden skulle påverka rättstillämpningen, med andra ord utgöra prejudikat, för framtiden. Detta förutsätter att de är, om inte formellt bindande, så dock vägledande inte bara på grund av innehållet utan också på grund av domstolens auktoritet.

Principerna för meddelande av prövningstillstånd *enligt nuvarande regler* (det gällde andra principer tidigare) innebär, att bedömningen av ansökan om prövningstillstånd *inte* medger slutsatser om vad JustR som avslagit ansökan om prövningstillstånd anser om riktigheten av utgången i HovR:n. Ett JustR kan anse utgången vara felaktig men ändå finna att prövningstillstånd inte skall meddelas därför att fallet inte har tillräckligt principiellt intresse.

Ett annat viktigt sakförhållande är att det finns en möjlighet till pleniförfarande men att den sällan utnyttjas. Pleniförfarande innebär att ett mål hänskjuts till behandling av Högsta domstolen i dess helhet. Ett sådant förfarande

2 Ett känt exempel är den sk "Arrêt Desmares", Cour de Cassation 21 juli 1982, rörande skadeliandets medverkan till personskada. Detta föranledde en ny lag, känd som "Loi Badinter" efter namnet på den dåvarande justitieministern.

”må” (obs dock, *icke* ”skall” – jfr härtill ovan 3.3.2) användas om en avdelning av Högsta domstolen finner den å avdelningen rådande meningen avvika från rättsgrundsats eller lagtolkning som förut varit antagen av Högsta domstolen (RB 3:5). Eftersom ett sådant förfarande är sällsynt, bl a av praktiska skäl, och man inte kan anta att det i frågor av en typ där meningarna tidigare har varit delade, plötsligt uppstår allmän enighet, är den nästan oundvikliga slutsatsen att domstolens medlemmar känner sig starkt bundna av tidigare domar.

Man kan vidare konstatera, att det nästan aldrig inträffar att Högsta domstolen i andra mål än plenimål uttryckligen förklarar att en princip som tillämpats förut inte bör följas i fortsättningen. Detta skulle alltför tydligt utsäga att det egentligen borde ha anordnats ett pleniförfarande.

Härtill kommer att det skulle strida mot den svenska Högsta domstolens stil att i en vanlig dom uttryckligen säga ens att en lägre domstols bedömning är felaktig – något som domstolar i flera andra länder (t ex England och Tyskland) ofta gör med brutal öppenhet. Högsta domstolen har andra metoder för att markera att den tar avstånd från en princip som har tillämpats i tidigare instans.

Om domstolen frångår en princip som den själv tidigare har tillämpat, sker det vanligen genom återopande av andra omständigheter, eller helt enkelt genom att föra ett annat resonemang. Förändrade faktiska förhållanden, eller en ny rättsutveckling, godtas som skäl för att inte följa tidigare domar. Det är därför ofta svårt att bedöma, om ett nytt avgörande är ett klart avsteg från en tidigare tillämpad princip eller om det innebär en nyansering som låter den äldre principen behålla det mesta av sin giltighet.

Några exempel av olika slag. I NJA 1949 s 609 fann HD att en skiljeklausul i ett standardavtal inte var giltig när avtalsformuläret inte hade översänts till motparten (jfr ovan 5.2), och samma princip tillämpades i NJA 1969 s 285. I NJA 1980 s 46 godtogs emellertid en skiljeklausul, trots att villkoren inte hade översänts. HD återopade dels ett antal förhållanden som ändrats sedan de tidigare avgörandena och dels faktiska omständigheter i det aktuella fallet som skilde sig från dem i de tidigare fallen.

I NJA 1987 s 3 hade HD att bedöma en sakrättslig fråga om köparens skydd mot säljarens borgenärer vid förvärv av en andel i en häst. Frågan hade en betydande likhet med den som bedömts i ett äldre rättsfall, NJA 1916 s 656. HD framhöll vissa avvikelser i fakta mellan de båda fallen men sade sedan att ”med hänsyn till den rättsutveckling på det sakrättsliga området som i såväl lagstiftning som praxis i anslutning till denna ägt rum under den långa tid som förflutit sedan tillkomsten av rättsfallet” utgången i rättsfallet inte kunde anses avgörande vid prövningen av det ifrågavarande målet. Se vidare om det äldre målet nedan 7.3.

Se även nedan 7.4.4.

I NJA 1962 s 458 beräknades ersättning för sveda och värk med hänsyn till att skadan uppstått genom en brottslig handling av särskilt svår beskaffenhet. I NJA 1992 s 740 I förklarade HD att vid bestämmande av ersättning för sveda och värk hänsyn inte borde tas även till brottets beskaffenhet. Det äldre rättsfallet nämns under rubriken, men HD:s dom innehåller intet om skälen för det nya principuttalandet.

Mitt helhetsintryck – vilket dels är subjektivt, dels endast baserar sig på icke systematiserad kännedom om ett speciellt rättsområde, nämligen förmögenhetsrätten – är att den svenska Högsta domstolen tillmäter sina tidigare, refererade avgöranden mycket stor betydelse som prejudikat. Den faktiska prejudikatsbundenheten, i motsats till den principiella vilken refererades i början av detta kapitel, är med andra ord stor. Rättsvetenskapsmän kan kritisera ett avgörande, men det är vanligen i förhoppningen – om nu ställningstagandet har annan avsikt än att allmänt uttrycka en åsikt i en rättsfråga – att förmå domstolen, och eventuellt även andra, att i framtiden finna omständigheter som skiljer sig från dem i det kritiserade avgörandet. Det kan naturligtvis också finnas förhoppningar om en lagändring, som skall ändra på det rättstillstånd som uppstått genom avgörandet. Förhoppningarna därom kan dock sällan vara starka, eftersom lagstiftarens resurser upptas av så många andra angelägenheter.

Belysande är NJA 1993 s 41 I och II. HD hänsköt till avgörande i plenum två mål om ersättning till efterlevande efter mördad person och utdömde enhälligt ersättning. HD ansåg tydligen att ett tidigare avgörande i ett liknande fall, NJA 1979 s 620, där talan om ersättning ogillats, var så starkt bindande att plenum var nödvändigt. HovR:n hade emellertid ansett att omständigheterna skilde sig så mycket från dem i det tidigare fallet att HovR:n hade utdömt ersättning, på samma sätt som HD senare gjorde.³ – Det torde vara ovanligt att HD går till plenum för att sedan enhälligt fastställa HovR:ns domslut.

Medan sålunda Högsta domstolens domar har stark prejudikatverkan, gäller detta inte om *hovrätternas domar*. Dessa refereras i urval i RH (Rättsfall från hovrätterna), men publiceringen sker inte förrän avgörandena vunnit laga kraft. Överklagade domar publiceras endast om HD vägrar prövningstillstånd. Domar publicerade i RH avser till stor del frågor som på grund av sin beskaffenhet, t ex därför att de rör böter för jämförelsevis obetydliga förseelser, inte kan väntas komma under HD:s prövning.

Häri skiljer sig svensk rätt från flera andra rättssystem, där även mellaninstansers och t o m underrätters domar tillmätts stor betydelse. Den gängse meningen torde vara att, särskilt om det saknas rättspraxis från HD, en HovR:s dom konkret visar, vilka rättsliga problem som kan uppstå och hur de bedöms av en kvalificerad domstol. Det har alltid intresse att veta detta, alldeles som det ofta har intresse att veta hur rättsvetenskapsmän bedömer en fråga. Detta är dock inte tillräckligt för att ge avgörandena någon särskild auktoritet enligt den uppfattning som råder i Sverige.⁴ Den datoriserade "rättsbanken" har emellertid på senare år skapat förbättrade möjligheter att uppspåra domar från hovrätterna, och det är inte uteslutet att det kan påverka benägenheten att influeras av dem.

3 Jfr Hellner, SvJT 1993 s 449 ff.

4 Den uppmärksamhet som ägnas hovrätternas domar i den rättsvetenskapliga litteraturen växlar starkt. Författare som eftersträvar fullständig behandling av sitt ämne hänvisar ofta till hovrättspraxis och citerar kanske också opublicerade domar. De som skriver mera översiktligt citerar hovrättsfall mera sparsamt.

Utöver de mål som refereras i RH finns också de mål som går till HD och refereras i NJA, varvid också underrättens och HovR:ns domar återges. Om då HovR:n uttalat sig i en fråga som sedan inte aktualiseras i HD, därför att HD går på en annan linje, uppmärksammas ofta HovR:ns dom.

Den bindande eller vägledande verkan av prejudikaten skall i övrigt inte analyseras här; ämnet är alltför vanskligt för en framställning sådan som denna. I stället skall uppmärksamheten riktas på sådant som är av av vikt när rättsfall begagnas som prejudikat, utan någon tvekan om bedömningen är efterföljansvärd eller inte.

7.3. Formella synpunkter

För att begagna domar som prejudikat måste man i första hand uppmärksamma de *processuella regler* som påverkar dem. Vad som för dem som fäller domar är regler om hur de skall gå till väga, blir för dem som skall begagna domarna som prejudikat hjälpmedel för förståelsen.

Några processuella regler har berörts ovan 5.2 och 5.3. Mera framgår av Lars Heumans framställning i "Finna rätt" 5 kap, vartill hänvisas. Här skall nämnas några förhållanden som har mindre direkt beröring med de processuella reglerna.

Man måste vid tolkning av domar uppmärksamma vad som gällde och var brukligt *vid utformningen av domar* vid den särskilda tidpunkt när domen fälldes.⁵ Mycket har ändrats sedan 1874, det år då Nytt juridiskt arkiv började komma ut. HD prövade i början av detta sekel många fler mål än nu, eftersom det inte fanns några regler om prövningstillstånd. Den principiella betydelsen framgår ofta mindre av domen än av den omständigheten att målet refererats, inte hänvisats till notisavdelningen. Detta gäller särskilt sedan HD börjat att själv avgöra, vilka mål som skulle refereras, något som medan G B A Holm var utgivare av NJA denne bestämde.⁶

Skrivsättet var ett helt annat än nu. Även skrivsätt som är övergivna för länge sedan, antingen på grund av nya processrättsliga regler eller genom ändrad praxis i Högsta domstolen, måste därför observeras av dem som läser äldre domar som prejudikat.

Äldre domar är vanligen skrivna i en enda mening (som ofta börjar med "Enär ...") med angivande av fakta som ansetts relevanta. Man får då indirekt

5 Se härom S Strömholm, En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform, i Historiskt och aktuellt (1988) s 215 ff.

6 I Almén's berömda köplagskommentar, Köp och byte av lös egendom (senaste upplagan utg av R Eklund 1960), hänvisas även till ett stort antal notisfall. Senare rättsvetenskapsmän, och kanske även domstolar, har ofta från kommentaren hämtat uppgifter om notisfall vilka troligen eljest skulle ha varit glömda.

dra slutsatser om den rättsregel som legat till grund. En jämförelse mellan HD:s och HovR:s efter samma mönster skrivna domar är ofta upplysande. På den tid när nästan alla domar var skrivna på detta sätt, ansågs det vara en särskild konst att kunna analysera och förstå rättsfall. Dessa problem är dock numera från studentens synpunkt mindre betydelsefulla, bl a därför att de rättsfall som fortfarande är aktuella, i allmänhet redan finns citerade i senare domar och behandlade i litteraturen. Därmed är dock inte sagt att den som nu begagnar ett rättsfall kan underlåta att läsa det i original; detta ger ofta en konkret belysning av den aktuella frågan eller visar nyanser i bedömningen som kanske inte varit aktuella tidigare.

Som exempel må nämnas det ovan (7.2) berörda rättsfallet NJA 1916 s 656, som rörde en köparens skydd mot säljarens borgenärer när han köpt en andel av lösören. HovR:n yttrade i sin av HD fastställda dom: "Enär K . . . till L och N försålt sin hälft uti i målet ifrågakomna lokomobil . . . samt varken den omständigheten att samma lösören, varuti L och N förvärvat allenast viss andel, icke må hava till dem överlämnats eller det förhållande att ej heller iakttagits bestämmelserna i lösöreköpsförordningen vore av beskaffenhet att gent emot K:s borgenärer betaga köpet dess verkan, prövade HovR:n rättvist att, med upphävande av HR:s utslag, på det sätt bifalla L:s och N:s talan, att HovR:n förklarade L och N till ifrågavarande andel i ovan angivna lösören äga bättre rätt än konkursboet." Till detta må fogas följande kommentar. Regeln framgår av vad som åberopats i domen, framför allt av att det sägs att underlåtenheten att överlämna egendomen eller iaktta lösöreköpsförordningen (numera lösöreköpslagen) inte hade viss verkan. Den princip som framgår härav är att *avtalet* är tillräckligt för att köparen skall erhålla skydd mot säljarens borgenärer vid köp av andel i lös egendom. Uttrycket "på det sätt bifalla" torde förklaras av att kärandens yrkande var något ojuridiskt formulerat men domstolarna fäste sig vid den väsentliga innebörden. Uttrycket betecknar alltså inte någon särskild komplikation i den juridiska bedömningen. Senare har som nämnts ett nytt rättsfall (NJA 1987 s 3), tillkommit.

Numera skriver domstolar, bland dem HD, sina domar på ett helt annat sätt, och rättsfallen får därför läsas på ett annat sätt. Läsaren koncentrerar sig på HD:s dom när han vill veta vad som är vägledande som prejudikat. Den som har bråttom läser kanske bara HD:s dom, om den tillsammans med rättsfallsrubriken ger tillräckligt besked om den princip som har tillämpats. Ett mera noggrant studium är dock ofta nödvändigt för att till fullo förstå rättsfallet. Om läsaren vill ha en allmän utredning om rättsfrågan, sådan den tedde sig före HD:s dom, får han ofta bäst besked genom att läsa revisionssekreterarens betänkande, trots att (när inte HD fattar beslut i enlighet med betänkandet) det trycks med mindre stil i Nytt juridiskt arkiv.

För att läsa domar måste man uppmärksamma några elementära förhållanden, som är välkända för dem som ofta läser domar men inte för alla studenter. Några har att göra med de processuella reglerna, vilka har nämnts tidigare, såsom att man måste uppmärksamma vad som har yrkats och medgivits (se ovan 5.2 och 7.1). Andra har att göra med uppställningen och formule-

ringen av domarna. HD:s dom är uppdelad i domslut och domskäl.

Om *domslutet* är: "HD fastställer HovR:ns dom" har HD accepterat HovR:ns motivering, ungefär som om HD hade skrivit den själv. Riktigt säker kan man kanske inte vara; stilistiska detaljer, såsom det större eller mindre betonandet av enskilda omständigheter, föranleder nog inte HD att skriva en egen motivering. I varje fall måste man läsa HovR:ns dom för att finna principen. Står det däremot "HD fastställer HovR:ns domslut" har HD visserligen godtagit utgången i målet i HovR:n, men HD har en egen motivering, och det är denna nya motivering som utvisar principen i prejudikatet. Motiveringen anförs under rubriken *domskäl*.

Olikheten i sak mellan HD:s och HovR:ns motivering kan vara större eller mindre; HD kan ha tillämpat en helt annan princip, eller HD kan ha gjort en mindre ändring i motiveringen, kanske för att förekomma ett missförstånd i detalj som HovR:ns formulering kunnat ge upphov till. Även om HD har egna domskäl behöver HD inte ta avstånd från allt som HovR:n skriver; ofta skriver HD om någon särskild fråga "lika med HovR:n" eller "samt i övrigt på de av HovR:n anförda skälen" el dyl. HD har då godtagit vad HovR:n skrivit i denna del, och läsaren får gå till HovR:ns dom för att få kännedom om denna del av bedömningen.

Under rubriken "domskäl" anförs åtskilligt som nog inte i dagligt tal skulle förstås därmed, särskilt vad parterna anført i sakfrågor och rättsfrågor. Man måste därför noga skilja detta från vad domstolen själv uttalar, och för att göra det måste man observera den teknik som HD använder (och som i stort sett sammanfaller med vad andra domstolar brukar göra). Erfarenheten visar att studenter inte sällan tar fel och förväxlar parternas argumentation med domstolens motivering.

Om det i början av ett stycke av domskälen står: "Bolaget har i HD anført:" kan man vara säker på att allt som står efter kolon i återstoden av stycket är vad parten har anført och alltså inte är HD:s eget resonemang. I en vanlig framställning (även en rättsvetenskaplig) skulle det säkerligen godtas att skriva t ex: "Bolaget anförde att det inte varit vållande till skadan. Det hade iakttagit all omsorg." En domstol skulle ofta inte anse detta vara tillräckligt för att markera att även den andra meningen ingår bland det som bolaget anført. Antingen används tekniken med kolon, eller också markeras karaktären med något sådant uttryck som "enligt bolaget".

Om ett stycke innehållande ett allmänt resonemang inte börjar på ett sätt som markerar att det är parternas uppgifter eller plädering som återges, kan man utgå från att det är domstolens eget resonemang. När t ex i rättsfallet NJA 1987 s 167 på s 171 nedst ett stycke börjar: "Enligt 4 kap 1 § JB är köp av fast egendom . . .", kan man alltså vara säker på att detta är HD:s eget resonemang, inte plädering av part, trots att slutet av föregående stycke innehöll ett återgivande av vad part åberopat.

Tingsrätter och hovrätter förtydligar ofta urskiljandet av vad som är dess eget resonemang genom att införa en sådan fras som "TR:n (HovR:n) gör följande bedömning". Detta förekommer även i HD:s domar, dock inte i äldre domar som fortfarande fungerar som prejudikat.

Numera kan HD genom att nämna sig själv i texten klargöra vad som är domstolens eget uttalande. På den tid som HD dömde i Kungl Maj:ts namn var det vanliga, att Kungl Maj:t inte nämndes förrän i "klämman" i domen, och detta hjälpmedel för förståelsen fanns då inte. Såsom exempel på att läsningen inte alltid är problemfri kan nämnas, att i NJA 1973 s 8 (som rör betalning av premie för försäkring) mitt i redogörelsen för parternas argumentering förekommer ett stycke (s 14) som börjar: "Såsom allmän regel måste anses gälla . . .". Jag trodde länge att detta stycke ingick i den partsplädering som återgavs i föregående stycke, och som fortsatte i följande stycke. Senare blev jag upplyst om att den omständigheten att uttalandet utgjorde ett självständigt stycke var tillräcklig för att visa att detta var HD:s eget uttalande.

När en ledamot är skiljaktig, skriver han ofta sitt votum på samma sätt som om han varit i majoritet. Han kan alltså skriva tex att han fastställer HovR:ns dom, trots att majoriteten beslutar på annat sätt. Man får inte därav låta sig vilseledas till att tro att detta skiljaktiga votum representerar utgången i målet.

Numera framgår vanligen klart vad HD ansett utgöra den rättsregel som HD tillämpar, och man behöver därför inte försöka utröna regelns innehåll på det sätt som var nödvändigt när domstolen skrev sin dom i en enda mening. Beträffande sådana omständigheter som culpabedömning och beviskrav får man emellertid ofta genom en sammanställning av dels allmänna uttalanden, dels uttalanden om det särskilda fallet, dra slutsatser om vad domstolen ansett relevant.

Beträffande culpabedömning se tex NJA 1987 s 222 (slalomåkare hade skadat sig vid åkning utanför pisten), där HD (s 233) gör vissa uttalanden om de allmänna kraven på aktsamhet och sedan (s 234) preciserar kraven för det särskilda fallet. Betr beviskrav se tex NJA 1984 s 501 I och II (försäkringsersättning), där två mål refereras. I båda målen gjorde HD samma principuttalande, men den konkreta bedömningen av om försäkringsfall inträffat ledde till olika resultat.

7.4. Tolkning och tillämpning av prejudikat

Tolkning av rättsfall behandlas av Lars Heuman i "Finna rätt" (1991) 5.4, och vad han skriver behöver inte upprepas här. Blott några allmänna kompletterande synpunkter skall ges, bl a för att understryka svårigheterna.⁷

Man kan skilja mellan två frågor vid begagnandet av prejudikat. Den ena är hur man skall tolka en dom, den andra är hur domen skall begagnas som prejudikat. De båda frågorna har ett visst samband med varandra.

7.4.1. Vid tolkningen av en dom, särskilt en något äldre dom där inte HD uttryckte sig så utförligt som sedermera blivit vanligt, uppstår ibland frågor

⁷ En utförligare framställning är S Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1992) kap 18.

om några ord i domen, som inte förefaller helt nödvändiga, skall anses betydelsefulla, eller om de blott skall anses som ett förtydligande vilket inte har egentlig saklig betydelse.

Exempel. NJA 1952 s 184 (rättsfallet återges av L Heuman, a a s 124). En konstnärinna köpte bläck och dekorerade med det några halsdukar. När bläcket inte visade sig vara vattenfast, vilket utlovats i en broschyr, blev halsdukarna värdelösa. Konstnärinnan krävde skadestånd av säljaren (som också var tillverkare). HD konstaterade att bläcket inte varit av den beskaffenhet som konstnärinnan "med hänsyn till broschyrens innehåll haft fog att förutsätta". HD yttrade sedan att icke någon omständighet visats på grund varav säljaren det oaktat "icke skulle anses vållande" till konstnärinnans förlust. Vad innebär hänvisningen till vållande? För egen del skulle jag ha trott att det var ett i sak betydelselöst tillägg, vilket skulle anknyta rättsfallet till den allmänna culperegeln. Det borde ha räckt att bläcket inte motsvarade beskrivningen i broschyren och att säljaren var ansvarig för den. Hj Karlgren, vilken själv deltagit i avgörandet som JustR, har emellertid förklarat uttrycket med att uttalandet i broschyren var en "enuntiation", inte en egentlig garantiförklaring, och att ansvaret därför måste stödjas på att culpa förelåg (se Karlgren, Produktansvaret, 1971, s 30). För den som inte känner till skillnaden mellan garanti och enuntiation (och Karlgrens åsikter om den) – är förklaringen nästan nödvändig.⁸ Uteslutas kan dock inte, att något annat dömande JustR skulle ha gett en annan förklaring. Om inverkan på tillämpningen av rättsfallet som prejudikat se nedan 7.4.3.

Den omvända situationen förekommer också, nämligen att det är ovissit huruvida HD utgått från att något förhållande är för handen som inte direkt framgår av domen.

Exempel: NJA 1953 s 56 rör ställningsfullmakten för föreståndaren för ett avdelningskontor på annan ort än den där företaget hade sitt huvudkontor. Tvisten rörde om föreståndaren hade behörighet att göra inköp för kontoret, trots att det i realiteten fungerade uteslutande som försäljningskontor. HovR:n fann att föreståndaren inte hade behörighet, därför att kontoret uteslutande var ett försäljningskontor, och nämnde inte något om att detta borde ha framgått för säljaren. Kravet mot företaget ogillades därför. HD:s majoritet fastställde HovR:ns dom. En minoritet fann föreståndaren behörig därför att det inte på något sätt framträtt utåt att kontoret enbart var ett försäljningskontor. K Grönfors tolkar rättsfallet så, att majoriteten (liksom HovR:n) ansett att det var utan betydelse att det inte varit synligt att kontoret enbart var ett försäljningskontor (se Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap, 1961, s 87 ff, 208 ff), och han drar slutsatser därav beträffande kravet på synbarhet vid ställningsfullmakt. Hj Karlgren har i en rec av Grönfors bok (SvJT 1962 s 259) antagit att majoriteten utgått från att det varit synbart att det enbart varit ett försäljningskontor. Utgången är då lätt att förstå. – Kommentaren blir i detta fall att båda tolkningarna är möjliga, och att det fordras en kombination av kännedom om domstolarnas skrivsätt, kunskap

⁸ För egen del undviker jag begreppet "enuntiation"; se Speciell avtalsrätt II:2 s 111.

om rättsläget och språklig och juridisk intuition för att bilda sig en uppfattning, den må sedan vara riktig eller inte.

Man kan i litteraturen (kanske även i domstolspraxis – mig veterligen har ingen undersökt saken systematiskt) finna olikheter beträffande den relevans som skall tillmätas omständigheter som inte alls nämns i en domstols motivering men som framgår av referatet i Nytt juridiskt arkiv. För egen del är jag försiktig med att anta att dylika omständigheter kan ha varit relevanta.

En annan fråga är vilken ledning man kan ha av olikheter i motiveringen mellan majoritet och minoritet i HD, eller mellan HovR och HD. Det torde tidigare ha varit ganska vanligt, att JustR avgav olika vota ehuru de i stort sett hade samma mening. Därav kan man då dra den slutsatsen, att man bör vara försiktig med att tillskriva dem helt olika meningar. Numera torde olikheter i motiveringar utvisa verkliga meningsskiljaktigheter. Om på den andra sidan HD ändrar HovR:ns motivering utan att skälet är uppenbart, kan anledningen vara att HD velat ge en principiellt riktigare och tydligare motivering. Men även här är det svårt att ge generella synpunkter – osäkerhetsmomenten är stora.

Det nyssnämnda rättsfallet NJA 1953 s 56 belyser också möjligheterna att dra slutsatser av olikheter i motivering mellan majoritet och minoritet. Karlgrens tolkning av rättsfallet synes innebära, att när HD:s majoritet fastställde HovR:ns dom, den inte fann det nödvändigt att ändra en motivering som väsentligen var adekvat, blott för att uppnå ökad tydlighet.

En allmän regel är att rättsfall inte får tolkas *e contrario* (om innebörden av detta uttryck se ovan 6.4.2). Om ett visst förhållande anses styrkt och ligger till grund för domen, kan inte därav dras slutsatsen, att om inte de omständigheter förelegat som domstolen nämnt, utgången skulle ha blivit en annan.

Ett viktigt exempel på detta är att om en domstol ålägger skadeståndsskyldighet med motiveringen att svaranden *visats ha varit vållande*, kan inte därav med någon säkerhet dras slutsatsen, att om han inte varit bevisat vållande, skadeståndsskyldighet inte skulle ha uppstått. Det är tänkbart att svaranden skulle ha blivit skadeståndsskyldig såvida han inte lyckats styrka att han inte varit vållande (han hade då sk presumptionsansvar). När det är styrkt vållande och svaranden sålunda ansvarar enligt den allmänna culparegeln, behöver nämligen domstolen inte gå in på frågan om han eventuellt skulle svara även enligt någon annan regel, t ex presumptionsansvar.

Svårigheten att tolka sådana rättsfall illustreras av NJA 1966 s 18. En markägare hade travhästar, tillhöriga en travtränare, på betesgång. Hästen Fabel kom ut från den inhägnade betesmarken och blev påkörd av en bil. Hästens ägare krävde skadestånd av markägaren därför att denne visat försummelse med avseende på hägnaden och tillsynen. HD:s majoritet (tre JustR) yttrade att det fick antas att hästen tagit sig genom hägnaden på grund av förhållanden vilka icke kunde läggas markägaren till last såsom fel eller försummelse. Skadeståndstalan ogillades därför. Minoriteten (två

JustR) yttrade att markägaren icke visat att hagen hållits hägnad på betryggande sätt och utdömde skadestånd. – Minoritetens ståndpunkt synes klar; den ansåg att markägaren hade presumtionsansvar, och då han inte styrkt att han inte hade varit vållande (inte "exculperat sig", enligt ett i den juridiska litteraturen vanligt uttryck), var han skadeståndsskyldig. Tolkningen av majoritetens uttryck är mer vansklig. Om det var styrkt att markägaren inte var vållande, såsom majoriteten synes säga, kunde han inte bli skadeståndsskyldig, vare sig bevisbördan låg på honom eller på den skadelidande. Det är också möjligt, och t o m sannolikt, att majoriten ansett att bevisbördan låg på markägaren och att han hade exculperat sig, men detta vore närmast en tolkning *e contrario*.⁹

Det är något omstritt hur man skall behandla avgöranden som inte är *enhälliga*. Tendensen torde numera vara att inte fästa större avseende vid att meningarna är delade; detta överensstämmer bäst med att HD antas vara prejudikatinstans. Om en välkänd tvistefråga förs upp till Högsta domstolen för att få ett svar, godtas säkerligen numera avgörandet som prejudikat, även om meningarna är delade. Om återigen rättsfallet endast ger ofullständigt besked om principinställningen är det av större betydelse att meningarna är delade. Det ovan nämnda fallet NJA 1966 s 18 (travhästen Fabel på betesgång) kan nämnas som exempel på ett fall där det finns skäl att fästa avseende vid att meningarna var delade i HD.

Tidigare lär principen ha varit att om ett avgörande inte varit enhälligt, det *refereras* i Nytt juridiskt arkiv med rubriken "Fråga om ...". Jag har inte kontrollerat om detta stämmer med praxis. I andra, inofficiella, rättsfallssamlingar har rubriken ofta kompletterats i sådana fall, för att läsaren omedelbart av rubriken skall kunna få upplysning om utgången av målet. I Nordiske domme i sjöfartsanliggender skrivs ofta mer fullständiga rubriker, för att underlätta arbetet för jäktade jurister.

Stundom förekommer *särskilda yttranden* av enskilda JustR. Ofta är dessa klargörande beträffande vad som ansetts diskutabelt i målet. I övrigt får man genom innehålllet och sammanhanget söka sluta sig till vad som kan utläsas.¹⁰

Det förekommer att en rättsfråga, som varit under bedömning i ett mål, *inte nämns i rubriken* till rättsfallsreferatet. Detta kan göra det svårt att uppsåra rättsfallet för den som är intresserad av en icke omnämnd fråga, men det torde inte inverka på bedömningen av avgörandet som prejudikat.

Exempel på rättsfall där ett stort antal olika rättsfrågor aktualiserades, av vilka endast några kunnat nämnas i rubriken, är NJA 1979 s 483 ("Bergman & Beving-fallet")

9 Se A Agell, Om presumtionsansvar vid skada på omhänderthavd egendom, Valda skrifter (de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 3), 1993, s 241 ff (s 246 f), K Rodhe, SvJT 1979 s 612, som talar om "majoritetens mjuka formulering", samt Hellner, Speciell avtalsrätt II:1 s 115.

10 Se härom A Knutsson, Om särskilda yttranden i HD, i Festskrift till Bertil Bengtsson (1993) s 271 ff.

och NJA 1983 s 3 ("Tsesis-fallet"). Den allmänna betydelsen av dessa rättsfall bidrar till att bedömningar av rättsfrågor i dem uppmärksammas. Det sistnämnda fallet är följande också ett exempel på att rubriken är utförligare i Nordiske domme (1983 s 1) än i NJA.

I angloamerikansk rätt gör man en skillnad mellan *ratio decidendi* (grunden för avgörandet) och *obiter dictum* (plur *obiter dicta*, uttalande(n) i förbigående). Enligt läran om prejudikats bindande verkan är endast *ratio decidendi* bindande. I Sverige använder man ej sällan uttrycket "obiter dictum" som beteckning för något som domstolen nämnt utan att det direkt rör målet. Sådana uttalanden uppmärksammas, men det fästs mindre vikt vid dem än vid uttalanden som direkt rör den fråga som är under behandling.

Se tex NJA 1993 s 324 (som rör överlåtelse av skuld äganderätt till en fastighet). HD tolkar därvid ett tidigare uttalande i ett gåvoskattemål (NJA 1986 s 83) synnerligen restriktivt och nämner bl a att detta uttalande var ett "sk obiter dictum".

7.4.3. Vid användningen av domar som prejudikat bör man lägga märke till att tolkningen av en dom inte sker på samma sätt som tolkningen av en lag. Vid tillämpning av en lag kommer i allmänhet ett enda stadgande i fråga. Det gäller alltså att avgöra hur man skall tolka det, även när vid tolkningen en jämförelse kan böra ske med andra stadganden än det aktuella (jfr ovan 6.3.2 under 2). Vid tillämpning av prejudikat finns det ofta många rättsfall att ta hänsyn till samtidigt, och hur långt man behöver gå i tolkningen av vart och ett av dem beror ofta av det sammanlagda intrycket. HD hänvisar ibland till ett enda rättsfall, som då anses vara det viktigaste, något som inte utesluter att HD kan ha tagit intryck även av andra fall. När i ett rättsvetenskapligt arbete rättsfallen redovisas med anspråk på fullständighet, hänvisas ofta till flera rättsfall, av vilka kanske ett eller ett par har central betydelse, andra mera perifer betydelse.¹¹

Samma rättsfall kan också begagnas för att dra slutsatser om helt olika frågor. Det tidigare nämnda fallet NJA 1952 s 184 illustrerar i första hand allmänna principer för produktansvar (dvs skadeståndsansvar för såld eller tillverkad egendoms skadebringande egenskaper), och i andra hand ansvar för uppgifter om såld vara, samt Karlsgrens användning av begreppet "enuntiation". Rättsfallet NJA 1966 s 18 är av betydelse inte bara för civilrätten utan även för bevisrätten såsom en del av processrätten.¹²

Många andra omständigheter inverkar på användningen av prejudikat. Man måste bl a ta hänsyn till *tidsförhållandena*.

Det står utom tvivel att rättsfall från äldre tider kan upphöra att utgöra prejudikat genom att ny lagstiftning tillkommer. För skadeståndsrätten skedde

11 För ett exempel se Agells nyss nämnda framställning i "de lege" 3 (1993) s 241 ff.

12 Se härom Agell, "de lege" 3 (1993) s 253 ff.

exempelvis stora reformer 1972 och 1975, och det fordras därför noggranna överväganden för att avgöra, om rättsfall före dessa reformer skall ha någon betydelse under nuvarande förhållanden.

Före SkL 1972 hade arbetsgivaren *principalansvar* (dvs ansvar för skador som hans anställda vållat) endast för vissa anställda, och rättsfall som rör detta ämne saknar därför intresse i dag.

Meningarna kan vara delade om den betydelse som bör tillmätas rättsfall om tillämpning av *köplagen 1905* vid tillämpning av köplagen 1990. Lagboksutgivaren citerar ofta äldre rättsfall under nya stadganden som motsvarar äldre stadganden. Detta behöver inte säga mer än att han tror att den som skall tillämpa ett nytt stadgande kan vilja ha kännedom om hur det äldre tillämpades, något som dock är tillräckligt för att visa att införandet av en ny lag inte behöver innebära ett fullständigt brott med äldre rättsskipning.

För det område som *inte påverkas av ny lagstiftning* är osäkerheten ofta stor. Det har redan framgått att äldre rättsfall kan förlora sitt prejudikativvärde genom förändringar i samhällsförhållanden och allmän uppfattning om grundläggande rättsprinciper (se ovan 7.2). Men även om inga sådana förändringar kan påvisas inom området inverkar tidsförhållandena.

I engelsk rätt går domstolarna ofta tillbaka till mycket gamla rättsfall. Ett talesätt är att prejudikat åldras på samma sätt som viner. De dåliga förlorar snabbt sitt värde. Ju bättre de är desto mera vinner de på att åldras, upp till en viss gräns. Åldern kan dock bli hög och prejudikatet ändå behålla sitt inflytande.¹³

Allmänt kan sägas att i svensk rätt nyare rättsfall har större betydelse än äldre, men detta medger många nyanser. En blick på rättsfallshänvisningar i domar och under rubriker till rättsfallsreferat i Nytt juridiskt arkiv visar att även om nyare rättsfall dominerar, äldre rättsfall som har nära beröring med det aktuella fallet brukar nämnas. Det synes vara ovanligt att domstolarna uteslutande åberopar mycket gamla prejudikat. Om det inte finns några senare avgöranden kan dock även gamla rättsfall betraktas som vägledande för bedömningen. En annan sak är att principer som bekräftats i senare fall ofta kan härledas till gamla prejudikat.

Bland rättsvetenskapsmän är benägenheten att gå tillbaka till äldre prejudikat mycket olika, såsom det är lätt att förvissa sig om genom att se på rättsfallsregister för olika arbeten. Stora olikheter visar sig också beträffande systematiseringen av äldre och nyare rättsfall i analysen. Vissa författare håller på det kronologiska samman-

¹³ Se tex rättsfallet *Lipkin Gorman v Karpnale* [1991] 2 A C 548, där principen om obehörig vinst erkändes av House of Lords, med den preciseringen att vinsten inte kunde återkrävas av den som hade "changed his position". Utvecklingen fördes tillbaka till rättsfallet *Moses v Macferlan* från 1760.

hanget, vilket utan tvivel är viktigt för den som vill undvika ett ohistoriskt betraktelsesätt. För andra tycks detta vara en underordnad synpunkt; gamla och nya rättsfall sammanförs om de anses röra samma fråga.

Även om, såsom nyss framhölls, tolkningen av prejudikat är något annat än tolkning av lag, finns åtskilliga beröringspunkter, framför allt i de faktorer till vilka hänsyn tas. Det är visserligen osäkert om *ordalydelsen* av en äldre dom spelar så stor roll (jfr ovan 6.3.2 under 1); detta skulle strida mot att rättsfallstolkningen bör söka principen för avgörandet. Nyss nämndes vikten av att beakta den *historiska* bakgrunden till domar som kommer i fråga som prejudikat (jfr betr lagtolkning ovan 6.3.2 under 3). *Systematiska* synpunkter, särskilt strävan att vinna harmoni i rättssystemet, kan också spela en roll (jfr betr lagtolkning ovan 6.3.2 under 2).

Här är emellertid, genom att prejudikaten tillkommit såsom avgöranden av speciella mål och ärenden, olikheten betydande mot regler som fixerats i lagtext. Möjligheterna att nå harmoni är begränsade, och korsande systematiska hänsyn gör sig gällande.

Det kan vara svårare att avgöra vilken vikt som bör tillmätas *funktionella*, teleologiska, överväganden vid tillämpning av prejudikat. HD uttalar sig ej sällan om de ändamål som ligger till grund för den regel som domstolen tillämpar. Om nu ett fall där detta skett åberopas som prejudikat, ligger det nära till hands att utgå från det syfte som HD själv ansett vara avgörande. Ingen tvekan torde uppstå när den som begagnar prejudikatet delar domstolens mening om syftet och det nya fallet täcks av syftet. Men även den som betvivlar hållbarheten i det åberopade syftet torde i allmänhet böja sig för avgörandet. Uppgiften att skapa klarhet genom prejudikat skulle väsentligen gå förlorad om ett rättsfall kunde förkastas som prejudikat därför att domstolen hade en enligt bedömarens mening oriktig uppfattning om syftet med den regel som tillämpats. Om emellertid det nya fallet skiljer sig väsentligt från det tidigare kan en självständigare prövning bli nödvändig.

I sakrättsliga frågor åberopar HD gärna syftet att förekomma skentransaktioner; se t ex det tidigare (ovan 7.2) nämnda fallet NJA 1987 s 3 (s 12). I skadestånds- och försäkringsfall åberopas ofta preventionen; se t ex det ovan 4.3 nämnda fallet NJA 1984 s 829.

Rättsvetenskapsmän som vill föra utvecklingen vidare kan ta avstånd från prejudikat genom att kritisera uppfattningen om de syften som ligger bakom dem. Rättsvetenskapsmän kan i detta avseende som i andra ha olika mål och metoder. Studenter bör liksom andra läsare uppmärksamma olikheter i arbetenas karaktär.

7.4.4. Som avslutning och till sammanfattning må nämnas ett rättsfall som i flera avseenden är belysande för i detta kapitel behandlade ämnen, nämligen HD:s dom DT 606 (28 oktober 1993). Enligt denna dom fordras för fullbordande av gåva av bostadsrätt att underrättelse om gåvan lämnas till bostadsrättsföreningen. Denuntiation

hade inte skett före givarens dödsfall. Det framgår av domen att givaren hade utställt ett skriftligt gåvobrev till den som gjorde gåvan gällande. Den som känner till 1 § gåvolagen 1936 kan fråga sig varför inte gåvan ansågs giltig på grund av det skriftliga gåvolöftet. Går man till HovR:ns dom finner man att HovR:n skriver: ”... då hovrätten inte har att pröva om det föreligger en gåvoutfästelse som det åligger dödsboet att infria...”. Redan processuella skäl (vilka de må ha varit) har alltså hindrat HovR:n från att bedöma gåvolöftets giltighet. HD har inte ansett det nödvändigt att upprepa vad som framgår av HovR:ns dom (och som kanske mest är en upplysning till en undrande läsare).

I ett äldre rättsfall (NJA 1941 s 680) ansågs gåva av andelar i ekonomisk förening fullbordad redan genom en muntlig överlåtelseförklaring. HD anför i det nya fallet ett stort antal olika omständigheter till stöd för sitt ställningstagande, bl a att denuntiationsprincipen fått stor genomslagskraft beträffande sådana rättigheter där det finns någon att denuntiera. (Jfr nedan 8.2 om denuntiationsprincipen i sakrättsliga sammanhang). Det nämns också att rättsfallet från 1941 hade blivit starkt kritiserat i doktrinen. Med hänsyn till rättsutvecklingen ansågs 1941 års avgörande ge uttryck för en föråldrad rättsuppfattning.

8. Rättstillämpning i övrigt

8.1. Inledande anmärkningar

Hur gör man när det inte finns något lagstadgande eller några prejudikat som ger ledning för bedömningen? Innan man försöker svara på en sådan fråga måste man göra klart för sig vilka situationer som är aktuella.

Liksom eljest i detta avsnitt syftas i första hand på domstolarnas situation. Dessa måste alltid komma till ett avgörande, och de måste ha ett juridiskt godtagbart skäl för avgörandet. Advokater kan förhandla om tvister utan att ha någon klar uppfattning om rättsläget, och de kan genom att skriva avtal skapa säkerhet där annars ingen skulle finnas. Rättsvetenskapsmannen gör som han vill – han kan låta bli att skriva om frågor för vilka det saknas material som han anser vara relevant. Han är inte heller i sin verksamhet bunden av de band som tvingar domstolar att söka en giltig grund för sina avgöranden. Han kan exempelvis skriva med tanke på en framtida rättsutveckling, utan att behöva göra helt klart hur han anser att en tvist skulle bedömas i det aktuella ögonblicket.

Även en annan precisering är nödvändig. Problemen är helt olika inom olika rättsområden. Inom straffrätten, åtminstone den del som rör utdömande av straff, är utrymmet för en fri bedömning begränsat; domstolar måste ha lagstöd för att ålägga straff. Vissa förutsättningar för straff, t ex kausalitets- och bevisningsfrågor, ligger emellertid ofta utanför det område där stöd kan sökas i lag, förarbeten eller prejudikat. Behovet av lagstöd anses vara särskilt starkt inom skatterätten. Processrätten synes för den som inte är specialist vara ovanligt fullständigt lagreglerad, och prejudikaten är talrika inom detta område. Inom den offentliga rätten har man de speciella problem som är associerade med "ramlagar". De har berörts tidigare (ovan 3.2.6) och skall inte diskuteras mera här.

Inom civilrätten växlar förhållandena. På arbetsrättens område delegeras normgivningen i stora delar till arbetsmarknadens parter genom att de kan träffa kollektivavtal. Även inom hyresrätten har organisationerna en maktställning. För båda områdena ingår i systemet att tvister kommer utanför de allmänna domstolarnas domvärjo genom att det finns specialdomstolar samt skiljenämnder, vilka utses på annat sätt än skiljemän i allmänhet och som därigenom har en särställning.

Vidare måste uppmärksammas den betydelse som avtal, särskilt standardavtal, har inom civilrätten. Vid köp, byggnadsverksamhet, transporter, hyra, kreditgivning och försäkring, för att blott nämna några av de viktigaste områdena, ersätter standardavtal i praktiken till stor del lagstiftning. Avtalen är

ofta detaljerade. Finns det tvingande lagstiftning blir vid rättstillämpningen uppgiften att tolka den, och därigenom befinner vi oss utanför området för detta kapitel. Saknas sådan lagstiftning, eller berörs frågan inte av den, får rättstillämpningen en särskild karaktär. Den blir avtalstolkning. Tolkning av allmänna avtalsvillkor kan på många sätt jämföras med tillämpning av lag, men med den skillnaden att det ofta förekommer ett moment av kontroll av bestämmelserna, genom tolkningsprinciper och genom möjligheter till jämkning. Detta ämne faller utanför denna framställning.

Det område som återstår där domstolarna måste tillämpa en fri bedömning blir då heterogent. Det har redan framgått att svenska lagar inte är avsedda att vara heltäckande. Många frågor är avsiktligt eller oavsiktligt lämnade oregrerade. Det finns vidare områden som blott i ringa utsträckning är lagreglerade. Dit hör stora delar av kontraktsrätten. Standardavtal begagnas inte alltid, och även om de såsom nämndes ofta är detaljerade, har även standardavtalen betydande luckor. Den utomobligatoriska skadeståndsrätten är visserligen föremål för en särskild lag, SkL 1972, och det finns en omfattande rättspraxis, men för den som söker svar på bestämda frågor visar sig ofta luckorna tydligt. I det följande avses främst sådana delar av civilrätten.

Det är vanligen när ett problem dyker upp första gången som det fordras det slag av övervägande varom nu blir fråga. Är en tvist en gång avdömd finns det i lyckligaste fall ett prejudikat från Högsta domstolen, i något mindre lyckliga fall ett känt avgörande från en annan domstol som, även om det inte betraktas som auktoritativt på samma sätt som prejudikat från HD, dock visar något om hur problemet kan angripas. Den som skall avgöra frågan befinner sig inte i ett lika mörkt rum som den som står inför ett helt nytt problem. För att klargöra problemen kan det emellertid vara till hjälp att söka föreställa sig, hur situationen tedde sig för en domstol *innan* vad som blev ett prejudikat tillkom.

8.2. Officiellt material

Det officiella materialet – lagar och andra författningar, förarbeten och rättsfall – begagnas även inom det område som avses nu. *Förarbeten till lagstiftning* kan vara vägledande även när de inte direkt kan betraktas som motiv till ett stadgande. Ett exempel är att lagstiftaren underlåter att ta upp frågor till behandling därför att lagstadganden betraktas som onödiga. Eftersom det länge har ingått i den svenska lagstiftningstekniken att *inte* ta upp självklarheter, blir ofta fundamentala principer outtalade i lag.

Skyldigheten att betala *priset* för egendom eller tjänst som mottagits nämns ofta inte i lagstiftningen. Skyldigheten att betala *dröjsmålsränta* nämns ibland, ibland inte.¹

1 Se Hellner, Speciell avtalsrätt II:2 (1993) s 236 f.

Ibland är det tvivelaktigt vad som är så självklart att det inte behöver nämnas. En regel som har ansetts nödvändig i en tidigare lag betraktas, kanske just därför att den länge funnits i lagen och därigenom ingått i juristernas allmänna medvetande, senare som självklar. Detta framgår vanligen av förarbetena.

Exempel: I handelsbolagslagen 1895 fanns en bestämmelse av vilken framgick att handelsbolag inte svarade för bolagsmäns enskilda skulder (22 §). Den har utgått ur lagen såsom överflödig. Det är klart att principen gäller fortfarande. Aktiebolagslagen 1975 är mindre fullständig än sin föregångare 1944, därför att det ansetts onödigt att tynga den senare utfärdade lagen med bestämmelser som numera anses självklara.

Även *allmänna uttalanden i förarbetena* till en lag om allmänna rättsgrundsatsar eller om härskande värderingar torde tillmätas avsevärd betydelse, större än om ordagrant samma uttalande hade förekommit i en vederhäftig rättsvetenskaplig framställning. Liksom begagnandet av motiv för lagtolkning är ett kontroversiellt ämne (se ovan 6.3.4), råder också delade meningar om berättigandet av att domstolarna på detta sätt begagnar motiven för att fylla luckor i rätten.

Ett exempel. HD har i rättsfallet NJA 1992 s 642 till stöd för sin dom anfört bl a ett uttalande i prop 1975:12 s 148, enligt vilket ersättning för ideell skada bl a avser "att kompensera för minskade möjligheter att njuta av olika glädjeämnen i livet" (se s 652). I ett tidigare rättsfall, NJA 1992 s 213, om ersättning för att semesterdagar inte kunnat utnyttjas, har HD hänvisat till uttalanden i motiven till konsumenttjänstlagen 1981 och konsumentköplagen 1990 om ersättning för förlust av fritid (se s 219).²

Den vanligaste metoden för att fylla luckor i lagen är säkerligen att tillgripa *analogier* till andra regler. Man tillämpar ett lagstadgande "ex analogia" (det latinska ordet uttalas liksom det svenska med tonvikt på i). Det kan även förekomma analogi till regler som har införts genom prejudikat. Detta är inte något speciellt för den svenska rätten utan förekommer i många andra rättssystem.³ Analogien kan ta sig många former.

Tillämpning "ex analogia" betraktas ofta som ett motstycke till tillämpning "e contrario" (jfr ovan 6.4.2). Enligt min mening är dock skillnaden betydande. Contrarioslut bygger väsentligen på en analys av lydelsen av särskilda stadganden från en lagstiftningsteknisk synpunkt, medan analogislut bygger på att värderingar som kommit till uttryck i särskilda lagar anses böra komma till uttryck även utanför det område som

² Jfr Hellner, JT 4 (1992–93) s 692 ff.

³ Se härom Hellner, Gap-Filling by Analogy: Art 7 of the U.N. Sales Convention in its Historical Context, i Köp och avtal (1992) s 155 ff. Från en mera teoretisk synpunkt behandlas ämnet av Å Frändberg, Om analog användning av rättsnormer (1973).

täcks av lagar. Till stöd för detta kan framför allt anföras hänsyn till harmonin inom rättssystemet som helhet.

Man skiljer ibland mellan *laganalogi* och *rättsanalogi*, men gränsen är inte skarp. Avgörande blir under alla omständigheter hur starka de skäl är som talar för analogien och hur långt analogien bör sträcka sig. Ofta finns det flera lagstadganden som kan komma i fråga som grund för analogi. Om dessa talar i samma riktning, förstärks verkan. Talar de mot varandra måste bestämmas vilken analogi som har störst berättigande.

Den enklaste formen av analogi är att ett speciellt lagstadgande tillämpas analogt på en likartad situation. Det förekommer att domstolen till stöd åberopar "grunderna för" och sedan nämner ett speciellt stadgande. Sådan analog tillämpning ligger ofta på gränsen till en extensiv tillämpning av ett stadgande (jfr ovan 6.4.2).

Exempel: Regler om reklamation mot uppgifter om pris i *faktura* (47 § köplagen) anses tillämpliga även på andra fakturaklausuler, t ex om krav på ersättning för emballage. Regler om *reklamation* vid dröjsmål och fel i den äldre köplagen har ansetts analogt tillämpliga även vid i lag icke reglerade kontraktsbrott (NJA 1916 s 158), och denna princip anses gälla även enligt den nya köplagen (se Hellner-Ramberg, Speciell avtalsrätt I, 1991, s 128).

Analogier kan vara mera vittgående än så. De kan avse grundläggande principer i en eller flera lagar. När analogien omfattar större områden, och när den stöds inte bara på ett särskilt stadgande utan på flera, sägs ofta att dessa stadganden ger uttryck för en *allmän rättsgrundsats*. En värdering som ligger till grund för en lag slår allmänt igenom.

Det klaraste exemplet är säkerligen att principerna i skuldebrevslagen 1936 har slagit igenom på mycket stora områden. Reglerna om löpande skuldebrev tillämpas analogt på andra löpande papper. Reglerna om enkla skuldebrev tillämpas analogt på kontraktsfordringar i allmänhet, och t o m utanför området för penningfordringar.

Den sk denuntiationsprincipen, dvs principen att förvärvaren av ett enkelt skuldebrev skall "denuntiera" gäldenären (lämna meddelande om sitt förvärv) för att vinna skydd mot överlåtarens borgenärer (31 § skuldebrevslagen), tillämpas analogt även vid andra förvärv där det finns en lämplig person att underrätta. Den som förvärvar en andel i en ekonomisk förening skall sålunda underrätta föreningens styrelse om sitt förvärv (NJA 1971 s 66), och den som förvärvar andel i ett dödsbo skall underrätta den som företräder dödsboet (NJA 1979 s 451). Jfr även ovan 7.4.4.

Det är dock ofta tvivelaktigt, på vilket sätt analogier skall tillämpas. Undersöker man närmare meningsskiljaktigheter i rättsvetenskapen rörande ämnen som inte behandlats i lagstiftning och där klara prejudikat saknas, visar sig

ofta att de kan beskrivas som meningsskiljaktigheter om berättigandet av analogislut.⁴

8.3. Sedvanan

Med sedvanerätt förstås ibland den rätt som utbildats genom prejudikat och som fått betydande stadga. Detta är något annat än vad som avses nu, vilket är den *sedvana som råder utanför domstolar och myndigheter*, i det dagliga livet och affärlivet. Det står utom tvivel att även sådan sedvana kan läggas till grund för avgörandet av tvister. De närmare förutsättningarna låter sig dock ej så lätt preciseras.

Tidigare (ovan 5.4) nämndes att "landssed som ej har oskäl med sig" enligt 1734 års lag kom näst efter skriven lag som rättesnöre för domstolarna. Längre ansågs sedvanan ge uttryck åt det allmänna rättsmedvetandet, och detta betraktades som den egentliga grunden för rätten.⁵ Även när denna ideologiskt färgade uppfattning övergetts, har sedvanan tillmätts stort utrymme bland rättskällorna.⁶ I nutiden är dock utrymmet för att ge sedvanan rättslig relevans i stort sett inskränkt till särskilda rättsområden, framför allt handelsrätten där "handelsbruk" fortfarande har stor betydelse.

Man säger ofta att en sedvana, för att ha rättslig relevans, skall vara rättsligt präglad. Om ett företag har för vana att besvara alla brev samma dag som de ankommer, och t o m om alla företag inom branschen har samma vana, följer inte därav att företaget är skyldigt att följa praxis på ett sådant sätt att en domstol skall lägga det till grund för en dom. För att skilja sedvanor som är bindande från andra talas ibland om att de förra är uttryck för en "opinio necessitatis" (åsikt om nödvändighet), dvs det skall finnas en allmän övertygelse om att det är en rättslig skyldighet att handla på detta sätt. Men detta är säkerligen närmast en fiktion. I realiteten torde en domstol, om sedvanan befinns utredd, tämligen fritt bedöma om den på grund av det ämne den rör, dess allmänna karaktär osv, skall anses vara bindande.

I vissa lagar hänvisas uttryckligen till sedvanan, se särskilt avtals-, köp- och kommissionslagarna. "Handelsbruk och annan sedvänja" har företrädare framför lagens egna regler. Tillämpningen av handelsbruk inom affärlivet är en alltför speciell och komplicerad sak för att behandlas här.⁷

4 Personligen gör jag ett omfattande bruk av analogislut och har motiverat detta i Speciell avtalsrätt (1993) II:1 s 29 ff.

5 Som den främste företrädaren för detta betraktelsesätt i modern tid brukar nämnas Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht (1828, 1837). Utvecklingen skildras utförligt av Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen (1929) s 128 ff.

6 Man kan lägga märke till den uppmärksamhet som Alf Ross ägnar ämnet i Om ret og retfærdighed (1953) s 107 ff.

7 Se härom U Bernitz, "Finna rätt" (1991) 6 kap.

Ibland gäller sedvänjan framför lagen ("contra legem", mot lagen) (så enligt 1 § avtalslagen och 3 § köplagen), ibland preciserar sedvanan tillämpningen av ett särskilt lagstadgande (se 31 § 1 st köplagen, som talar om att köparen skall undersöka varan "i enlighet med god affärssed"). Ibland gäller sedvanan sådant som inte är behandlat i lagen ("praeter legem", utanför lagen).

Ett område där sedvanan traditionellt ansetts spela en stor roll är vid tillämpningen av culparegeln i skadeståndsrätten, dvs den allmänna regeln om skadeståndsansvar för uppsåtligt eller oaktsamt vållande av person- eller sakskada i skadeståndsrätten (2 kap 1 § SkL). I realiteten är det ganska sällsynt att en domstol vid tillämpning av culparegeln kommer i tillfälle att direkt ta hänsyn till vad som är brukligt.⁸

8.4. Främmande rätt

För rättsvetenskapsmannen är ofta främmande rätt en inspirationskälla och ett hjälpmedel. Den underlättar hans analys av det egna rättssystemet, och däri består en del av värdet av komparativa rättsstudier. Även den som håller fast vid en rättspositivistisk syn vilken – såsom framhållits tidigare (ovan 2.4.3) – leder till att varje land har sin nationella rätt, kan medge att likheterna mellan olika länders rättssystem är stora och bör utnyttjas för utvecklingen av den egna rätten.

För en domstol är situationen inte alldeles densamma som för rättsvetenskapsmannen. Medan denne kan ägna år åt studiet av utländsk rätt, ställs domstolen inför frågor som fordrar avgörande inom en jämförelsevis begränsad tid. Risken av att begagna utländskt material – lagstadganden, prejudikat, rättsvetenskapliga arbeten – på ett felaktigt sätt blir därmed större; domstolen kan förbise omständigheter som påverkat det främmande rättssystemets utveckling eller misstolka materialet, en risk som följande även rättsvetenskapsmännen, trots att de har mera tid, är utsatta för.⁹ I varje fall kan utländsk rätt aldrig vara mer än ett hjälpmedel för en domstol att finna en lösning som domstolen får ta på sitt eget ansvar, ungefär som när rättsvetenskapen tjänar som hjälpmedel. Med dessa reservationer kan även utländsk rätt godtas som en faktor vid bedömningen.

Viktigast är *nordisk rätt* inom områden där det finns gemensam lagstiftning. Där lagarna är lika åtminstone i stort, såsom är fallet med tex avtals-, köp-,

⁸ Se Hellner, Skadeståndsrätt (1985) s 93 f.

⁹ Av egen erfarenhet vet jag att det lätt inträffar, att i efterhand inhemska experter meddelar att den utländske författaren har förbiset viktigt material, att han fäst sig vid rättsfall som i det egna landet ansetts betydelselösa, eller att han missbedömt det avseende som olika rättsvetenskapsmän åtnjuter.

och kommissionslagarna¹⁰, fordras i första hand en jämförelse som går ut på att fastställa om eventuella olikheter har materiell betydelse eller om de inskränker sig till uttryckssättet. Även rättspraxis från de andra nordiska länderna måste då prövas. Här om kan intet uttalas generellt; omständigheterna växlar.

Även utanför området för gemensam lagstiftning kan nordisk rätt ofta vara vägledande, på grund av den rättsgemenskap som inte bara framträder i gemensamma lagar och traditioner utan även ingår i den vedertagna ideologien som ett mål att eftersträva. Svårigheterna ökar dock när man kommer utanför den gemensamma lagstiftningen. Den som sysslar med särskilda rättsområden upptäcker snart att det finns olikheter även där man skulle vänta sig likheter. För egen del, såsom rättsvetenskapsman, måste jag erkänna att jag ofta hyser en känsla av osäkerhet inför det nordiska materialet, i varje fall när det inte finns analyserat i arbeten av rättsvetenskapsmän som får antas känna till fallgröparna.¹¹

Som exempel på att ett norskt rättsfall har influerat utgången i ett svenskt fall kan nämnas NJA 1966 s 210 (förlust genom strömbrott för annan än ägaren till elektrisk ledning då ledningen skadats). Ett mycket diskuterat, sjörättsligt fall där förhållandet är detsamma är NJA 1960 s 742 (ansvar för redare som anlitat ett fartyg tillhörigt ett annat rederi för att utföra en transport). Ett skadeståndsrättsligt fall där överensstämmelsen i utgång särskilt med dansk rätt är påfallande är NJA 1991 s 720.¹²

Olikheterna mellan dansk och norsk sakrätt på den ena sidan och svensk på den andra sidan har framhållits av K Rodhe, TFR 1981 s 140 f.

Annan utländsk rätt kommer främst i betraktande på områden där det gäller internationella konventioner. Därmed rör vi oss emellertid på lagtillämpningens område (se ovan 6.3). Situationen kan vara liknande vid tillämpning av annat internationellt material, särskilt sådant som Internationella handelskammarens regler om remburs (jfr om dem ovan 1.4). För dessa bestämmelser får rättstillämpningen, liksom beträffande allmänna avtalsvillkor i allmänhet, likheter med lagtolkning.

Som ett exempel – kanske säreget men likväl ägnat att belysa vad som faktiskt förekommer – kan nämnas en norsk skiljedom, publicerad i Nordiske domme i sjøfartsanliggender 1979 s 231, rörande verkan av en ansvarsfriskrivning i "ECE 188", ett all-

10 En reservation får dock göras för att Danmark inte har genomfört någon köplagsreform utan har kvar den äldre köplagen från 1900-talets början. Danmark har däremot antagit konventionen för internationella köp (Convention on Contracts for the International Sale of Goods, "CISG") av 1980.

11 Se förordet till Speciell avtalsrätt II:1 (1993) s 32 f. Ett arbete som bygger på en noggrann genomgång av ett mycket omfattande nordiskt, däribland svenskt, material är K Krüger, Norsk kontraktsrett (Bergen 1989).

12 Jfr här till Hellner, JT 3 (1991–92) s 646 ff.

mänt begagnat internationellt standardavtal för köp av maskiner. Avgörandet baseras huvudsakligen på ett uttalande i de publicerade förarbetena till detta standardavtal, men även danska och norska rättsfall åberopades. (Jfr ovan 5.3 om motsvarande fråga i NJA 1979 s 483).

Naturligtvis kan en domstol även i övrigt hämta inspiration från utländsk rätt, där vägledande material från det egna rättsområdet saknas. Några menar kanske att det bör vara Högsta domstolen förbehållet att använda sådant mera exklusivt material. Men såsom redan har framhållits i ett annat ämne där samma resonemang ibland förs (ovan 5.4), medför det en risk att de frågor som borde komma under Högsta domstolens bedömning aldrig gör det.

8.5. Rättsvetenskapen

Det diskuteras ibland om rättsvetenskapen ("doktrinen") utgör en rättskälla. Inom vissa rättssystem är detta otvivelaktigt fallet. Det mest bekanta exemplet är den romerska rätten, där uttalanden av rättslärda, samlade i "Digesterna" (som är en del av Corpus juris civilis från 500-talet e Kr), hade ställning av lagbok. Från senare tid kan nämnas den nederländska rätten, för vilken arbeten av Hugo Grotius, en berömd rättsvetenskapsman från 1600-talet, fungerat som ett slags lagbok.

I andra rättssystem anses "härskande lära" som vägledande för domstolar (se om den schweiziska ZGB § 1 ovan 5.4).¹³ I svensk rätt torde dock ingen domstol anse sig bunden att tillämpa vad rättsvetenskapen uttalar. I enlighet med den allmänna syn på rättssystemet som framlades i 1 och 2 kapitlen, anser jag att rättsvetenskapsmännen bör betraktas som stående "utanför rättssystemet". De kan påverka dess innehåll och funktioner på olika sätt, särskilt genom publicerade skrifter, men rättsvetenskapsmännen kan inte framställa några anspråk på att deras uttalanden skall betraktas som bindande. Vare därmed hur som helst; den allmänna klarheten ökar inte av om diskussionen förs i termer av huruvida rättsvetenskapen är en "rättskälla" eller inte.

På många olika sätt kan uttalanden i rättsvetenskapen få ett inflytande. Viktigast är, eller bör åtminstone vara, om ett uttalande är välgrundat och det uttrycker en åsikt som domstolen av detta skäl vill ansluta sig till. Det kan också inträffa att en viss princip av rättsvetenskapen beskrivs som gällande och att domstolar – med rätt eller orätt – tror att det finns en god grund för den, trots att inga övertygande skäl anförts. Det kan vara intellektuellt bekvämt att på detta sätt godta vad som står i böckerna som sant och riktigt, men det är sällan god juridisk metod. Inte heller är det tillrådligt att bara räkna röster i rättsvetenskapen för och mot en särskild mening för att komma

¹³ Jfr också ovan 7.2 om betydelsen av "härskande lära" i Tyskland.

till ett resultat. En enskild rättsvetenskapsman kan åtnjuta en personlig auktoritet; när det befunnits att ett antal uttalanden av honom är väl motiverade, tror en domstol detsamma även om uttalanden som inte är motiverade. Det viktigaste exemplet i svensk rätt på att en rättsvetenskaplig författare åtnjuter en på sakliga grunder stödd auktoritet är Tore Almén, vars köplagskommentar mer än sjuttio år efter författarens bortgång ständigt citeras både i domar och i den rättsvetenskapliga litteraturen.

Ett par mycket subjektiva intryck må också nämnas. Omotiverade uttalanden har ofta en större auktoritet än motiverade, därför att man inte vet vilka skäl som ligger bakom och därför har full frihet att föreställa sig övertygande grunder. Motiverade uttalanden är däremot utsatta för risken att de skäl som anförts kan granskas kritiskt (något som bör betraktas som en förtjänst i ett rättsvetenskapligt sammanhang). Kommentarer som huvudsakligen bygger på lagförarbeten har – även i sådant som inte har direkt stöd i dessa förarbeten – en speciell auktoritet, även om naturligtvis tidsfaktorn kan medföra att en äldre kommentar, som bygger på förarbeten, förlorar i auktoritet i förhållande till en modernare. Det är t o m möjligt att ett arbete, som är uppställt i kommentarform, åtnjuter större auktoritet än motsvarande arbete av samme författare skulle ha om det utgavs med hans egen systematik.

En student bör framför allt akta sig för att tro att allt som står i läroböcker är oomtvistlig sanning. Man får hoppas att läroboksförfattaren riktigt återger innehållet i lagtexter, förarbeten och domar, men även i sådana enkla saker kan han ta fel, och särskilt om frågan är av någon vikt bör uttalandena kontrolleras. När en juridisk författare yttrar sig på egen hand är det inte mer än en subjektiv mening. Studenten bör inte heller låta sig imponeras av den säkerhet i uttryckssättet som en författare visar. Det finns rättsvetenskapsmän som genomgående uttalar sig kategoriskt, medan andra föredrar att låta osäkerhet, där sådan råder, komma till uttryck. Inte bara studenter utan även praktiker föredrar ofta den förra typen, eftersom deras skrivsätt tycks befria läsaren från besväret att tänka själv. Värdet av vad en författare skriver kan dock sällan bedömas på grundval av uttryckssättet. Ett enskilt uttalande är ofta inte heller tillräckligt. Det fordras en allmän insikt i en författares arbete för att bedöma värdet av vad han skriver.

8.6. Sakens natur

Såsom framställts i annat sammanhang (ovan 2.3) leder en strängt rättspositivisk syn – enligt vilken rätten tar sig uttryck i yttre, påvisbara fakta – till att man måste komplettera övriga ”rättskällor” med ett slags generalklausul, vilken ofta kallas ”sakens natur”. Detta är en intetsägande term, som enligt min mening mest demonstrerar att det är omöjligt att sammanfatta alla faktorer

som kan och bör påverka en domstols bedömning i ett begränsat antal "rättskällor".

Såsom även framhölls ovan 2.3 kan såväl domstolar som rättsvetenskapsmän ha olika meningar om den vikt som bör tillmätas redan givet material, särskilt "officiellt" material, i jämförelse med fria överväganden om vad som bör vara avgörande vid rättskipning och annan rättstillämpning. Det är en i viss mening "rättspositivistisk" metod att tillmäta det officiella materialet särskild betydelse.¹⁴ Men även för den som tillämpar en sådan metod finns alltid ett område kvar där det positiva stoffet inte ger någon ledning.

Även om principerna för lagtolkning, tillämpning av prejudikat och analogier är omstridda, blir osäkerheten ändå större när man kommer in på det område där bedömningen måste bli fri. Valet mellan metoder beror till stor del på traditioner inom rättssystemet men även på personliga olikheter i kunskaper, metoduppfattning och temperament. Den som har en konservativ läggning och vill skydda vad han eller hon uppfattar som bestående värden kommer säkert till andra resultat än den som är reformivrare. I det följande kan blott anges några allmänna distinktioner.

8.6.1. Uttrycket "sakens natur" passar kanske bäst i de fall där *resultatet framstår som självklart*, utan att man behöver åberopa några mer djupgående eller principiella skäl. Ett par fritt uppfunna exempel skall anföras.

1) A och B träffar ett avtal, och det upprättas ett skriftligt kontrakt i två exemplar som båda undertecknar. Efter en tid finner A att B handlar på ett sätt som strider mot kontraktet, och han framhåller detta för B. B svarar då, att han efter en tid hade funnit att avtalet var alltför oförmånligt för honom för att vara rättvist, och han hade då på sitt exemplar av kontraktet skrivit till att han fick handla så som han sedermera gjorde, utan att be A om godkännande och utan att det skedde någon ändring på A:s exemplar. Enligt min mening är det så självklart, att man kan säga att det ligger i "sakens natur", att ändringen inte är giltig.

2) X har ett hus som är målat i en grön färg som är ovanlig i trakten. Efter en tid målar Y, som har ett hus i samma trakt, sitt hus i samma gröna färg. X kräver skadestånd av Y, därför att han säger att han vill vara ensam i trakten om att ha den gröna färgen. Här förefaller det mig lika självklart, att skadeståndstalan skall ogillas, utan att jag kan anföras något lagstadgande eller något prejudikat; jag vet inte ens om någon sådan fråga är berörd i litteraturen.

8.6.2. I de nyss anförda exemplen kan man knappast finna stöd i någon *allmän rättsgrundsats*. Såsom nämndes ovan 8.2 finns det allmänna rättsgrundsatser som väsentligen utgör analogier från, eller generaliseringar av, principerna i lagstadganden eller prejudikat. Det finns emellertid allmänna rättsgrundsatser som inte har sådant stöd.

¹⁴ Jfr ovan 2.3 mot slutet.

En grundsats, vilken ingenstades torde vara klart belagd genom något svenskt lagstadsagande men inte desto mindre har tillämpats i otaliga avgöranden, är att *avtal skall hållas* (man citerar ofta den latinska formuleringen "pacta sunt servanda"). Grundsatsen är särpräglad såtillvida som dess räckvidd är helt obestämd, och den duger inte som argument om någon bestrider att den är tillämplig i det särskilda fallet och anför argument för att den inte skall tillämpas.¹⁵ Men om inga sådana skäl anförs är den så självklart gällande att en domstol knappast skulle komma på tanken att nämna den.

Exempel: En snickare åtar sig att reparera ett bord, men han vägrar att göra det, utan att anföra något annat skäl än att han inte längre har lust. Han frågar den kunnige juristen var i lagen eller i Nytt juridiskt arkiv det står att den som åtagit sig att reparera ett bord är skyldig att göra det. Juristen blir honom förmodligen svaret skyldig, men intet tvivel kan råda om att åtagandet är bindande.

Det finns andra allmänna rättsgrundsatser som tillämpas sällan men är en realitet såtillvida som de är erkända i rättspraxis. Till denna grupp hör "förutsättningsläran", som är en princip enligt vilken ett avtal kan bli överksamt när en förutsättning hos en av kontrahenterna är felaktig samt andra omständigheter tillkommit. Till stor del är bedömningen skönsmässig, men genom att vissa rekvisit är fixerade genom tidigare rättsfall har principen en viss stadga.

Exempel: I NJA 1985 s 178 levererade en tillverkare av fartygsplåt plåt till ett varv, efter det att varvet meddelat att staten skulle tillskjuta kapital till verksamheten vid varvet. Så skedde inte, och varvet gick i konkurs. HD fann att tillverkaren hade levererat plåten under en oriktig förutsättning, och att omständigheterna var sådana att avtalet inte var bindande. – Betr bedömningen i övrigt se ovan 4.3 om "argumentationsbördan".

Såsom framgick ovan 5.2 prövade HD i rättsfallet NJA 1989 s 614 om käromålet kunde bifallas med stöd av "allmänna kontraktsrättsliga grundsatser", trots att denna grund inte hade åberopats i målet. Det framgår av domen att HD med det citerade uttrycket åsyftade en skyldighet att utge skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset i ett särskilt fall av vållande vid ingående av avtal (culpa in contrahendo).

Förekomsten av sådana principer visar vilka metoder domstolarna kan begagna för att komma till rätta med situationer där stöd saknas i lag och direkt jämförliga prejudikat. När en sådan metod har tillämpats eller prövats några gånger kan man anta att den kan tillämpas även i framtiden.

Men hur är det på områden där ännu inga sådana avgöranden finns? Kan man räkna med att det kan uppstå en ny allmän rättsgrundsats, och hur går

15 Jag har utvecklat detta närmare i en uppsats "Pacta sunt servanda"; se Köp och avtal (1992) s 85 ff.

det då till? Det bästa svar som jag kan ge är att det finns flera teoretiska möjligheter.

Det förekommer avgöranden som brukar karakteriseras som "kasuistiska", dvs de bygger på omständigheterna i det särskilda fallet, och det är osäkert vad som varit skälet till utgången. Ju mera detaljerade de omständigheter är som läggs till grund, och ju mindre möjligheterna är att ur dem utläsa någon allmän princip, desto starkare är benämningen "kasuistisk" befogad.

Vissa kasuistiska avgöranden är så formulerade, att det inte skall vara möjligt att ur dem härleda någon allmän princip, eller åtminstone att principen skall vara begränsad. Ett skäl härtill kan vara, att domstolen inte räknar med att det skall uppstå nya fall, därför att omständigheterna är så särpräglade att direkta motsvarigheter inte kan väntas. Ett annat skäl är att det väntas lagstiftning på området och det anses onödigt att genom rättspraxis införa en princip som antagligen ändå inte blir långlivad. Ett tredje skäl är att domstolen inte, på grundval av det föreliggande fallet, vill binda sig för en allmän princip på ett som helhet svårbedömt område.

NJA 1982 s 380 rörde ett yrkande om skadestånd från en säljare av hönsfoder, grundat på att fodret hade ett fel som orsakade smakfel hos äggen. Köparen gjorde gällande att säljaren ansvarade även om inte vållande låg honom till last. HD ogillade yrkandet och uttalade bl a, att med hänsyn till att frågor om strikt produktansvar övervägdes inom lagstiftningen borde på sakskadeområdet, "i allt fall beträffande förhållandet mellan näringsidkare", inte föregripas lagstiftning. I ett senare fall, NJA 1983 s 118, hade en häst blivit förgiftad av foder. I detta fall gjorde hästägaren gällande att hans innehav av hästen var "hobbyverksamhet", men HD fann likväl att samma principer borde gälla som i förhållanden mellan näringsidkare. – Båda avgörandena får betraktas som kasuistiska. Det hör till historien att när senare (1992) en lag om produktansvar införts, den inte avser sakskador som drabbar näringsidkare.

I de tidigare (ovan 7.2) nämnda plenifallen NJA 1993 s 41 I och II (ersättning till efterlevande efter mördad person) uttalade sig HD mycket försiktigt och hänvisade både till svårigheten att överblicka rättsområdet och till att ny lagstiftning väntades.

Det kan dock inträffa att avgöranden som när de fälls förefaller kasuistiska, i efterhand finnes kunna föras tillbaka på en enhetlig princip, vilken kan få ställning som en allmän rättsgrundsats. Eftersom så har skett tidigare kan det antas att det kan inträffa även i framtiden.

Ett exempel skall ges på en utveckling som går långt tillbaka i tiden och kanske inte är fullbordad ens nu. Omkring sekelskiftet 1900 förekom ett antal rättsfall avseende rådighetsinskränkningar (en köpare fick inte den rådighet över en köpt fastighet som han väntat sig på grund av att myndighet hade förbjudit viss verksamhet på fastigheten). Utgången i dessa fall växlade, och i motiveringarna återopades endast de särskilda omständigheterna (jfr om den äldre tekniken för domsskrivning ovan 7.3). Senare tillämpades förutsättningsläran på likartade inskränkningar, varvid de tidigare fallen tycks ha haft ett visst inflytande som prejudikat. Ytterligare senare tillämpades

reglerna i köplagen 1905 om fel på sådana inskränkningar.¹⁶

Som en annan möjlighet kan nämnas att domstolen "importerar" en grundsats från ett främmande rättssystem, därför att den ansetts lämplig för den inhemska rättsutvecklingen.

Ett exempel är läran om "anteciperat kontraktbrott" (vilken numera är lagfäst bl a i köplagen), vilken nämndes i förarbetena till köplagen 1905 och sedan i litteraturen och även i rättspraxis behandlades som en självklarhet. Den härstammar från den angloamerikanska rätten, och den godtas endast i begränsad utsträckning i tysk rätt och inte alls i fransk rätt.¹⁷

Sammanfattningsvis får konstateras, att när det saknas stöd i lag, förarbeten och prejudikat för ett avgörande som är nödvändigt i processen, domstolen är hänvisad till allmänna överväganden vilka inte kan sammanfattas i någon allmän formel. Det kan inte ens anges någon allmän riktlinje för sådana avgöranden. Med hänsyn till Högsta domstolens ställning som prejudikatinstans, är det naturligtvis önskvärt att avgörandena blir sådana att de kan tjäna till ledning för framtida rättstillämpning. Omständigheterna kan dock vara sådana att domstolen finner detta omöjligt.

16 Se Hellner, Förutsättningsläran rediviva, i Festskrift till Ylöstalo (Helsingfors 1987) s 133 ff (s 138 f).

17 Se härom t ex Hellner, Speciell avtalsrätt II:2 (1993) s 103 med hänvisningar.

Litteratur

1. Statens offentliga utredningar

SOU 1950:16. *Strahl, I. Förberedande utredning på skadeståndsrättens område.*

SOU 1976:66. *Köplag.*

SOU 1986:1. *Översyn av rättegångsbalken 2. Högsta domstolen och rättsbildningen.*

SOU 1990:100. *Avtalsvillkor eller föreskrifter.*

2. Propositioner

prop 1972:5. *Skadeståndslag m m.*

prop 1986/87:1. *Äktenskapsbalk.*

prop 1988/89:76. *Ny köplag.*

prop 1990/91:197. *Produktskadelag.*

prop 1991/92:83. *Ny konsumentkreditlag.*

3. Annat offentligt tryck

DsJu 1982:11. *Större klarhet i fråga om olika reglers rättsliga karaktär och syfte.*

DsC 1984:12. *Hydén, H. Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation.*

Ds 1992:112. *Statsrådsberedningen. Myndigheternas föreskrifter, Handbok i författningsskrivning.*

Europarätt och rättsvetenskap. 1992. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen. Stockholm.

4. Övrig citerad litteratur

Agell, A. 1993. Om presumtionsansvar vid skada på omhänderthavd egendom. I: *Valda skrifter* ("de lege". Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. 3.) S 241 ff.

Alexy, R. 1989. On Necessary Relations Between Law and Morality. *Ratio juris.* Vol 2. S 167 ff.

–, 1992. *Begriff und Geltung des Rechts.* Freiburg im Br/München: Alber.

Almén, T. 1960. *Om köp och byte av lös egendom.* 4 uppl utg av R Eklund. Stockholm: Norstedt.

Atiyah, P S. 1981. *Promises, Morals and Law.* Oxford: Clarendon.

Bentham, J. *Nomography.* (Bowring ed. Vol. III, s 231 ff).

Bergholtz, G. 1987. *Ratio et auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frå-*

- gan om domsmotiveringarnas betydelse främst i tvistemål. Lund: Akademi-bokhandeln.
- Bernitz, U. 1976. Bättre rättskällor. *SvJT* 1976. S 81 ff.
- , 1991. Näringslivets normer. I: *Finna rätt*. S 139 ff. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1992. *EG-rättens grunder*. Stockholm: Juristförlaget.
- Björne, L. 1991. *Nordisk rättskällelära: Studier i rättskälleläran på 1800-talet*. (Rättshistoriskt bibliotek. 36 bandet.) Stockholm: Nordiska bokhandeln.
- Bramstäng, G. 1984. Den nya sociallagstiftningen – normgivningsteknik, begreppsbildning och tolkning. *SvJT*. S 861 ff.
- De Geer, L. 1853. *Om den juridiska stilen*. Omtryck SvJT 1953.
- Denning, Lord. 1979. *The Discipline of Law*. London: Butterworth.
- Dworkin, R. 1986. *Law's Empire*. London: Fontana.
- Eckhoff, T. 1987. Ross om rettskilder og rett. *TfR*. S 210 ff.
- van Eikema Hommes, H.J. 1979. *Major Trends in the History of Legal Philosophy*. Amsterdam: North Holland.
- Ekelöf, P O. 1951. *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* Omtryck: Valda skrifter 1942-1990 ("de lege". Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. 1. 1991). S 91 ff.
- , 1964. Förhållningsregler och domsregler. I: *Festskrift till Olivecrona*. S 166 ff. Stockholm: Norstedt.
- , 1966. Semantik och juridik. *SvJT*. S 497 ff.
- , 1982. *Rättegång IV*. Stockholm: Norstedt.
- Eriksson, Anders & Lambertz, G. 1993. *Konsumentkrediter*. Stockholm: Publica.
- Esser, J. 1972. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main.
- Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*. 1991. Stockholm: Juristförlaget.
- Frändberg, Å. 1973. *Om analog användning av rättsnormer*. Stockholm.
- , 1984. *Rättsregel och rättsval*. Stockholm: Norstedt.
- Grönfors, K. 1989. *Avtalslagen*. Stockholm: Norstedt.
- Habermas, J. 1992. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- , *Justification and Application*. Cambridge, Mass: MIT Press.
- Hart, H L A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.
- Hellner, J. 1985 a. *Skadeståndsrätt*. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1985 b. Skenargument i rättsvetenskapen. I: *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*. S 53 ff. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1987. Förutsättningsläran rediviva. I: *Festskrift till Ylöstalo*. Helsingfors: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- , 1990. *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1991/92 a. Medverkan till skada vid strikt ansvar. *JT* 3. S 252 ff.

- , 1991/92 b. Strikt ansvar för skada från fjärrvärmeanläggning. *JT* 3. S 646 ff.
- , 1992. *Köp och avtal*. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1993 a. *Kommersiell avtalsrätt*. Stockholm, Juristförlaget.
- , 1993 b. *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet: Särskilda avtal. 2 häftet: Allmänna ämnen*. Stockholm: Juristförlaget.
- , 1993 c. The Parol Evidence Rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt. I: *Festskrift till Bertil Bengtsson*. S 185 ff. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- , 1993 d. Ersättning för psykiska besvär. *SvJT*. S 449 ff.
- Hellner, J & Ramberg, J. 1991. *Speciell avtalsrätt I. Köprätt*. Stockholm: Juristförlaget.
- Hemström, C. 1972. *Uteslutning ur ideell förening*. Stockholm: Norstedt.
- Herlitz, N. 1968. "Får" – det nya ordet. *SvJT*. S 494 ff.
- Heuman, L. 1991. Rättspraxis. I: *Finna rätt*. S 109 ff. Stockholm: Juristförlaget.
- Hillert, S. 1985. Värdetidpunkt och avkastningsränta. I: *Festskrift till Hessler*. S 293 ff. Stockholm: Norstedt.
- Holmes, O W. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review*. S 457 ff.
- Hume, D. 1739. *A Treatise on Human Nature*.
- Håstad, T. 1990. *Sakrätt*. Uppsala: Justus.
- , 1993. *Den nya köprätten*. Uppsala: Justus.
- Hägerström, A. 1917. *Till frågan om den objektiva rättens begrepp*. Uppsala.
- , 1928. Rec av H Kelsen, Allgemeine Staatslehre. *Litteris*. S 20 ff.
- , 1961. Är gällande rätt uttryck av vilja? I: *Rätten och viljan. Två uppsatser om rätten*. K Olivecrona utg. Lund: Gleerup.
- Interpreting Statutes: A Comparative Study* (N MacCormick & R Summers ed). 1991. Aldershot: Dartmouth.
- Juridikens termer* (S Bergström m fl). 1983. Stockholm: Esselte studium.
- Kanger, H. 1984. *Human Rights in the U N Declaration*. Stockholm & Uppsala: Almqvist & Wiksell.
- Kelsen, H. 1911. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen.
- , 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- , 1933. Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp. *Statsvetenskaplig tidskrift*. S 193 ff.
- , 1934. *Reine Rechtslehre*. Leipzig/Wien.
- , 1979. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz.
- , 1991. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon.
- Kleineman, J. 1987. *Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än medkontrahent*. Stockholm: Juristförlaget.
- Knutsson, A. 1993. Om särskilda yttranden i HD. I: *Festskrift till Bertil Bengtsson*. S 271 ff. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- Krüger, K. 1989. *Norsk kontraktsrätt*. Bergen: Alma Mater.

- Lennander, G. 1984. *Återvinning i konkurs*. Stockholm: Norstedt.
- Lind, J. 1993. Förarbetena som rättskälla. I: *Festskrift till Bertil Bengtsson*. S 301 ff. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- Lindahl, L. 1977. *Position and Change: A Study in Law and Logic*. Dordrecht: Reidel.
- Ljungman, S. 1942. *Om skada och olägenhet från grannfastighet*. Uppsala.
- Logic and Norms. 1991. *Ratio juris*. Vol 4. Number 3.
- Lundstedt, A.V. 1929-30. *Obligationsbegreppet 1-2*. Uppsala.
- , 1953. *Grundlinjer i skadeståndsrätten 2. Strikt ansvar 2:2*. Uppsala.
- Maitland, F W, se Pollock & Maitland.
- Noll, P. 1973. *Gesetzgebungslehre*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Nordenson, U, Bengtsson, B & Strömbäck, E. 1972. *Skadestånd*. Stockholm: Allmänna förlaget.
- Nordling, E.V. 1872. *Anteckningar efter föreläsningar över ärvdabalken*. Uppsala.
- , 1877. *Om präskription enligt svensk allmän förmögenhetsrätt*. Uppsala.
- Olivecrona, K. 1942. *Lagens imperativ*. Lund: Gleerup.
- , *Rätt och dom*. Stockholm: Norstedt.
- Peczenik, A. 1980. *Juridikens metodproblem*. Stockholm: AWE/Geber.
- , 1987. *Rättsnormer*. Stockholm: Norstedt.
- , 1988. *Rätten och förnuftet*. Stockholm: Norstedt.
- , 1990. *Juridisk argumentation*. Stockholm: Norstedt.
- Peczenik, A Bergholtz, G. 1991. Statutory Interpretation in Sweden. I: *Interpreting Statutes* (N MacCormick & R Summers eds). Aldershot: Dartmouth.
- Pollock, F & Maitland, F W. 1968. *A History of English Law before the Time of Edward I*. Vol. 1. Cambridge.
- Puchta, G F. 1828, 1837. *Das Gewohnheitsrecht*.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Rodhe, K. 1944. *Gränsbestämning och äganderättstvist*. Uppsala.
- , 1979. Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt. *SvJT*. S 577 ff.
- Ross, A. 1929. *Theorie der Rechtsquellen*. Leipzig/Wien.
- , 1933. *Virkelighed og gyldighed i retslæren*. København: Levin & Munksgaard.
- , 1953. *Om ret og retfærdighed*. København: Busck.
- Rödig, J. *Schriften zur juristischen Logik*. Berlin: Springer.
- Röhl, K. 1987. *Rechtssoziologie*. Köln: Heymann.
- Savigny, F C von. 1840. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd 1. Berlin.
- Schmidt, Folke. 1955. Domaren som lagtolkare. I: *Festskrift till Herlitz*. S 263 ff. Stockholm: Norstedt.
- Strömberg, H. 1989. *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*. Lund: Juridiska föreningen.

- Strömberg, T. 1988. *Rättsordningens byggstenar: Om normtyperna i lag och sedvanerätt*. Lund: Studentlitteratur.
- Strömholm, S. 1979. *Idéer och tillämpningar*. Stockholm: Norstedt.
- , 1981. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. 1 uppl. Stockholm: Norstedt.
- , 1985. *A Short History of Legal Thinking in the West*. Stockholm: Norstedt.
- , 1988. En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform. I: *Historiskt och aktuellt: Studier i allmän rättslära*. S 215 ff. Stockholm: Norstedt.
- , 1992. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. 4 uppl. Stockholm: Norstedt.
- Sundberg, J. 1985. *Human Rights in Sweden. The Annual Reports 1982-84*. S 60 ff. Stockholm: Norstedt.
- Sundby, N K. 1974. *Om normer*. Oslo.
- Svensk ordbok*. [Stockholm]: Esselte studium.
- Thibaut, A F J. 1806. *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*.
- Thon, A. 1878. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar.
- Tuori, K. 1989. Discourse Ethics and the Legitimacy of Law. *Ratio Juris*. Vol 2. S 125 ff.
- Waismann, F. 1952. Verifiability. I: *Logic and Language*. First Series (A G N Flew ed). Oxford: Blackwell.
- Walin, G. 1986. *Föräldrabalken*. Stockholm: Norstedt.
- , 1987. *Materiell konkursrätt*. Stockholm: Norstedt.
- Weber, M. 1983-87. *Ekonomi och samhälle*. Lund: Argus.
- , 1972. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr (Siebeck). Studienausgabe.
- Victorin, A. 1992-93. En lagstiftning för envar? Om hyreslagstiftningen som rättspedagogiskt forum. *JT* 4. S 369 ff.
- Wright, G H von. 1990. On Law and Morality. *Ratio Juris*. Vol 3. S 321 ff.
- , 1991. Is There a Logic of Norms? *Ratio Juris*. Vol 4. S 264 ff.

Rättsfallsregister

1916 s 158	111
1916 s 656	58, 95, 98
1933 s 25	79
1941 s 680	107
1949 s 609	65, 95
1952 s 184	101, 104
1953 s 56	101, 102
1953 s 602	64
1960 s 742	114
1962 s 458	96
1966 s 18	102, 103, 104
1966 s 210	114
1969 s 285	95
1971 s 66	111
1973 s 8	100
1975 s 545	85
1977 s 816	92
1978 s 307	66
1978 s 581	82
1978 s 728	67
1979 s 451	111
1979 s 483	35, 68, 103, 115
1979 s 620	96
1979 s 666	33
1980 s 46	95
1981 s 269	57
1981 s 718	66
1981 s 920	82, 88
1982 s 307	75
1982 s 380	119
1982 s 493	82
1982 s 853	33
1983 s 3	67, 84, 88, 104
1983 s 118	119
1983 s 865	65
1984 s 340	42
1984 s 501 I, II	100

1984 s 829	56, 106
1985 s 178	57, 118
1985 s 309	74, 83
1985 s 324	42
1985 s 659	81
1986 s 44	80
1986 s 83	104
1986 s 205	65
1986 s 596	57
1987 s 3	95, 98, 106
1987 s 167	99
1987 s 222	100
1987 s 243	66
1987 s 459	63
1988 s 3	54
1989 s 614	65, 66, 118
1991 s 155	91
1991 s 720	114
1992 s 213	110
1992 s 642	110
1992 s 740 I	95
1993 s 13	66
1993 s 41 I, II	96, 119
1993 s 138	80
1993 s 163	80
1993 s 192	80
1993 s 319	65, 80
1993 s 324	104
HD:s dom DT 606 (28 okt 1993)	106

Sakregister

advokatsed s 20
allmänna råd 3.3.1
allmänna rättsgrundsatser 8.6.2; s 111 f
Almén, Tore s 96, 116
analogislut s 75, 110 ff
argumentationsbörda s 57 f
argumentum ad hominem s 60
avsatsbyggnad, se Stufenbau
bestämmelser s 37 f
”bör” s 48
böra – vara s 27, 51
canones 6.3.2
cirkelargument s 50, 51
civil disobedience s 16
contrario-slut 6.4.2; s 75, 102
definitioner s 80 f
demokrati s 27 f
deontisk logik s 54 f
direktiv, EU:s s 85
dispositiva mål s 64
doktrinen, se rättsvetenskapen
domar, utformningen av 7.3
domskäl s 99
domslut s 99
dynamiska system 1.3; jfr s 29
e contrario, se contrario-slut
EES s 13, 34, 84 f
effektivitet s 28
EU s 13, 34, 36, 85
Europakonventionen 2.4.2
ex analogia, se analogislut
explicit argumentation s 58 f
extensiv tolkning s 88 f
fiktioner s 50, 51
flertydighet s 75 ff
folkrätten s 34; jfr s 18 f
formell logik 4.2.2

fri bedömning 8 kap
främmande rätt 8.4; s 68
funktionella faktorer vid tolkning s 80, 106
"får" s 48
förarbeten till lagar 6.3.4, 109 f
förbud s 47, 54
föreskrifter s 37, 46
författningar 3.3
förutsättningsläran s 57, 65, 118, 119
generalklausuler s 43
giltighet 2 kap; se även gällande rätt
grundsatser 3.2.3, s 43; se även allmänna rättsgrundsatser
gällande rätt s 29 ff; jfr s 17
handelsbruk, se sedvana
hanteringsregler 3.2.6, 5 kap; jfr s 30
heuristiskt värde s 51 f
historiska faktorer vid tolkning 6.3.2; s 61, 106, 107
hovrätternas domar s 96 f
Hägerström, Axel s 26, 28 f, 50
härskande lära s 94, 115
Högsta domstolen 7 kap
icke-officiellt material s 86
imperativteori s 26, 38
implikation s 52
indispositiva mål s 65
induktiv metod s 9
intellektuell rationalitet 4.4
internationell privaträtt s 33 f
jura novit curia 5.3
kasuistisk bedömning s 119
kasuistiska stadganden 3.2.4
Kelsen, Hans s 26, 27
klasslogik s 55
kompetensnormer s 39
konstitutiva normer s 39
kontext s 73
konventioner, internationella s 84
kvalifikationsnormer s 39
laganalogi s 111
lagkommentarer 8.5; s 83, 116
lagstiftarens vilja s 26
lagstiftningsläran s 13
lagstiftningsteknik 3.3

lagtolkning 6 kap
landssed s 69
legalitet s 29
legitimitet 2 kap
lex imperfecta 3.2.2; jfr s 17
lex posterior s 91
lex specialis s 92
lex superior s 91
logik 4.2
logisk rationalitet 4.2
Lundstedt, A V 26, 50, 56
lämplighetsregler s 15, 20, 47
material för domstolars avgöranden 5.4
materiella regler 3.2.6
moralregler s 15
motiv till lag, se förarbeten
motsatsslut, se contrario-slut
naturrätten 2.2
nordisk rätt s 113 f
normer s 15; jfr s 37, 39
normgivningsmakten s 32
nödvändig betingelse s 52 ff
objektiv rätt s 28
obiter dictum s 104
obsoleta regler 2.4.4; s 36
officiellt material 5.4, 6 kap, 8.2, 8.6
Olivecrona, Karl s 26, 39, 50
open texture s 19
opinio necessitatis s 112
oändlig regress s 27
pacta sunt servanda 24, 118
plagiat s 60
portalparagrafer s 46 f
preamble s 85
prejudikat 7 kap; s 85
prevention s 56
primära normer s 40
principer, se grundsatser
processuella regler 5.2, 7.3
prognosteorien s 30; jfr s 17
promulgationsregler s 36
påbud s 47, 54
ramlag 3.2.5; jfr s 13

ratio decidendi s 104
 rationell argumentering 4 kap
 referenser till annan författning s 73, 76 f
 regelsystem 1 kap
 regulativa normer s 38 f
 rekommendationer s 30
 restriktiv tolkning s 88 f
 retroaktiv lagstiftning 2.4.5; s 36
 riktlinjer s 46; se i övrigt resp canones, direktiv och grundsatser
 rättsanalogi s 111
 rättsgenetiska faktorer, se historiska faktorer
 rättskälla s 13, 29 f, 62, 115, 116
 rättspositivism 2.3; jfr s 117
 rättssystemet 1 kap; jfr s 33
 rättstillämpning i övrigt 8 kap
 rättsvetenskapen 8.5
 sakens natur 8.6: jfr s 30
 sakfrågor 5.2
 saklig rationalitet 4.3
 sammanvägande tolkning 6.3
 sanktioner 3.2.2
 satskalkylen s 52 ff
 sedvanan 8.3
 sedvanerätt s 69
 skenargument 4.2.1
 skiljemän 2.4.2
 sociologisk legitimitet s 28
 språklig tolkning 6.4.1; s 78
 stadgande s 38
 standardavtal s 19, 20, 67 f, 95, 109
 statens vilja 2.3
 statiskt system 1.3
 statsrättsliga regler s 18 f
 Stufenbau s 27
 styrda system s 11
 subjektiv rätt s 28
 system 1.2
 systematisk tolkning 6.3.2; s 106
 teleologisk tolkning 6.3; s 81, 85, 106
 tidsfaktorn 2.4.4-6; s 105 ff
 tillbakaverkande lag, se retroaktiv lag
 tillräcklig betingelse s 52 ff
 tillåtelse s 47, 54

tolkning av lag 6 kap
tolkning av prejudikat 7.4
typer av rättsregler 3 kap
utländsk rätt, se främmande rätt
vaghet s 75 ff
Weber, Max s 24, 28
yrkanden i process 5.2
övergångsbestämmelser 2.4.6

Boken är i första hand avsedd som en lärobok för dem som vill lära sig att tillämpa lag och prejudikat. De praktiska frågorna sätts in i ett principiellt sammanhang genom en diskussion av rättssystemet och den juridiska argumentationen. Boken riktar sig därigenom inte bara till studenter utan även till yrkesverksamma jurister.



Beställningar:

Norstedts Juridik AB, kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96

ISBN 91-7598-639-6