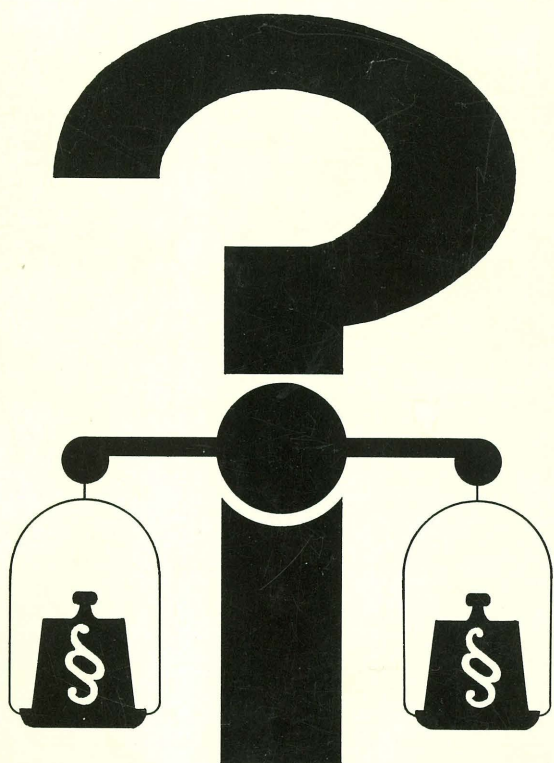


Åke Frändberg

Rättsregel och rättsval



NORSTEDTS

EX LIBRIS



R V

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>

Rättsregel och rättsval

Åke Frändberg

Rättsregel och rättsval

Om rättsliga regel- och
systemkonflikter i tid och rum

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0079537 3

**P A Norstedt & Söners Förlag
Stockholm**

Till Viveca

i

Mångfaldigande av innehållet i denna bok, helt eller delvis, är enligt lagen om upphovsrätt av den 30.12.1960 förbjudet utan medgivande av P A Norstedt & Söners förlag.

Förbudet gäller varje form av mångfaldigande genom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

ISBN 91-1-837411-5

© Åke Frändberg, P A Norstedt & Söners Förlag

Omslag: Rolf Hernegran

Studentlitteratur AB

Lund 1984

Förord

Att i det enstaviga ordet "tack" inrymma alla de tacksamhetskänslor jag på mycket goda grunder hyser för professor Stig Strömholm — för manuskriptläsning och stöd i alla tänkbara avseenden — är förvisso ogörligt och hade jag de minsta anlag för att känna s k tacksamhetsskuld, avstode jag kanske helt därifrån. Men i lycklig avsaknad av förmåga därtill riktar jag glatt mitt varmaste tack till honom.

Jag är också angelägen att tacka alla mina övriga vänner i det högre seminariet i allmän rättslära i Uppsala — med docenterna Anders Fogelklou, Lars Lindahl och Lennart Åqvist som främsta trogna diskussionsbröder genom åren. Detta seminarium är ett livgivande vattenhål, där rättsfilosofiska elefanter samlas för att hämta inspiration till nya danser. En del av de tankar som förekommer i denna bok har presenterats som "försöksballonger" i denna krets och diskussionen har därvid varit mig till stor nytta.

Jag tackar vidare fru Sonya Kihlgren, som noggrant och skickligt skrivit rent mitt manuskript samt amanuensen Anders Hagsgård, som på ett förtjänstfullt sätt bistått mig med korrekturläsning.

Arbetets färdigställande har möjliggjorts genom välvilligt bistånd av Humanistisk-samhällsvetenskapliga forskningsrådet. Härför framför jag mitt värdsamma tack.

Uppsala i juni 1983
Åke Frändberg

Innehåll

Inledning 11

Kap 1. Om rättsreglernas funktion i juridiken 15

- 1.1. Inledning 15
- 1.2. Vilka skäl talar mot att juristerna tänker i termer av rättsregler? 19
- 1.3. Vilka skäl talar för att juristerna tänker i termer av rättsregler? 26
- 1.4. Vilka krav bör ställas på ett för juristerna användbart begrepp "rättsregel"? 31
- 1.5. Vad bör rättsregelbegreppet omfatta? 33
- 1.6. Till vilket slag av företeelser hör rättsreglerna? 42
- 1.7. Till rättsregelbegreppet accessoriska begrepp 46
 - 1.7.1. Inledning 46
 - 1.7.2. Att efterleva rättsregler. Tillika några reflexioner om tillåtelser, böraregler och legaldefinitioner 46
 - 1.7.3. Att tillämpa rättsregler. Tillika några reflexioner om transformation av rättsregler och om påbud och förbud 50
 - 1.7.4. Vad innebär det att en rättsregel är ändamålsenlig? 55
 - 1.7.5. Vad innebär det att en rättsregel är effektiv? 57
 - 1.7.6. Om rättsreglers giltighet; tillika några reflexioner om naturrätten, juridikens väsen och rättsdogmatiken 57
- 1.8. Avslutning 68

Kap 2. Fragmentariska, molekylära och atomära rättsregler 70

- 2.1. Inledning 70
- 2.2. Fragmentariska rättsregler 74
- 2.3. Vältutvecklade och molekylära rättsregler 77

- 2.4. Tolkade och atomära regler 81
- 2.5. Avslutning 82

Kap 3. Om regelval 84

- 3.1. Rättssval 84
- 3.2. Allmänt om kollision och konkurrens 85
- 3.3. Regelkollision 91
- 3.4. Regelkonkurrens 101
 - 3.4.1. Inledning 101
 - 3.4.2. Några allmänna konkurrensförutsättningar 101
 - 3.4.3. Ettfallskonkurrens 106
 - 3.4.4. Flerfallskonkurrens 109
 - 3.4.5. Lösningar av konkurrensproblem 110

Kap 4. Om förhållandet mellan rättssystem 118

- 4.1. Inledning 118
- 4.2. Om statliga rättssystemers operationsområde 118
 - 4.2.1. Inledning 118
 - 4.2.2. Det maximala operationsområdet 119
 - 4.2.3. Begreppet "operationsområde" 121
- 4.3. Om förbindelseproblem mellan rättssystem 123
- 4.4. Om anknytning 128
- 4.5. Om samlevnadsattityder statliga rättssystem emellan 134

Kap 5. Prolegomena till övergångsrätten 136

- 5.1. Inledning 136
- 5.2. Övergångsrättens grundbegrepp 147
- 5.3. Övergångsrättens problem och deras principiella lösningar 161
 - 5.3.1. Inledning 161
 - 5.3.2. B-kraftsiträdandet 164
 - 5.3.3. Infraaktivitet 166
 - 5.3.4. Retropendens 168
 - 5.3.5. Retroaktivitet 174
 - 5.3.6. Restitutiv retroaktivitet 179
 - 5.3.7. Vissa kompletterande lagstiftningsåtgärder 181
 - 5.3.8. Tidsbegränsade lagar 182

Kap 6. Stabilitet och förändring — en studie i juridisk ideologi	185
6.1. Inledning. Allmänna synpunkter	185
6.2. Stabilitet och förändring på positionsplanet	188
6.3. Stabilitet och förändring på regelplanet	190
6.3.1. Inledning	190
6.3.2. Idéer hänförliga till rättskipningen	191
6.3.3. Idéer hänförliga till lagstiftningen	194
Bibliografi	198
Abstract	202
Sakregister	203

Inledning

Man kan tycka, att all juridik handlar om rättsregler. Våra lagsamlingar är fulla av artiklar eller paragrafer, vilkas innehåll allmänt uppfattas som rättsregler, och i all juridisk argumentation görs, explicit eller implicit, referenser till rättsregler. Vi säger, att människor efterlever eller bryter mot rättsregler, att lagstiftande församlingar skapar rättsregler, att domare och andra myndighetspersoner tillämpar rättsregler, att advokater och åklagare åberopar rättsregler inför rätta, att rättsvetenskapsmän studerar rättsregler osv. Begreppet "rättsregel" förefaller oss vara juridikens mest fundamentala begrepp.

Likväl har det inom rättsteorin satts i fråga, om rättsregelbegreppet verkligen har den centrala funktion, som det konventionella betraktelsesättet anser. Och andra åter har menat, att regeltänkandet i juridiken är förenat med icke obetydliga risker.

För en allmän rättslära, som är intresserad av att lägga i dagen det som är juristens "självklara förutsättningar" (jfr Ross, 1953, s 35) och som därtill önskar ta ställning till den framförda kritiken, är det en väsentlig uppgift att försöka gå till botten med frågorna om rättsregelbegreppets innebörd och vilken roll rättsregler spelar i det juridiska tänkandet. Denna bok är ett bidrag härtill och utgör ett försvar för rättsregeltänkandet, när detta vilar på vissa, angivna förutsättningar.

I kap 1 diskuteras en del argument för och emot rättsregeltänkandet samt vilka krav man bör ställa på ett för juristerna användbart begrepp "rättsregel".

Detta begrepp är ett juridiskt grundbegrepp även i den meningen att en rad andra centrala juridiska begrepp är avhängiga av detsamma. Också en uppsättning sådana, till rättsregelbegreppet accessoriiska begrepp, analyseras i kap 1.

I kap 2 underkastas rättsregelbegreppets funktion i rättstillämpningen en särskild analys.

Bokens återstående kapitel bygger på de båda första och handlar till stor del om samspelet mellan rättsregler inom ett modernt statligt

rättssystem av t ex svensk typ. Närmare bestämt är det här fråga om olika slag av konfrontationer mellan enskilda rättsregler eller system av sådana, vilka konfrontationer i sin tur regleras av rättsregler. Moderna statliga rättssystem är utrustade med mekanismer för självreglering av dylika konfrontationer och sådana mekanismer är föremål för analys i dessa kapitel. För allt detta har jag valt beteckningen *rättssval*.

Konfrontationer av nämnt slag kan uppstå såväl mellan regler eller delsystem av sådana inom ett statligt rättssystem som mellan system av sistnämnda slag samt också mellan sådana system och vissa extranationella rättssystem. I kap 3 behandlas frågor om regelval av olika slag, föranledda av "inre spänningar" inom ett system (kollision och konkurrens) medan frågor rörande förhållandet mellan statliga rättssystem inbördes eller mellan statliga och extranationella system diskuteras i kap 4. Kap 5 analyserar rättsvalsfrågor, som uppstår i samband med rättsändringar (intertemporala eller övergångsrättsliga konflikter).

En viktig komponent i den juridiska ideologin, vilken särskilt kommer i dagen, när övergångsproblem är för handen, utgör kontinuitetstänkandet: rättsändringar skall ske så smidigt som möjligt och under bevarande av rättslig stabilitet. Denna tanke tas upp till särskild behandling i det avslutande kap 6.

Den allmänna rättsläran är interdisciplinär, internationell och intertemporal. De frågor som är föremål för studium i denna bok har i hög grad denna prägel. Detta hindrar inte, att jag, främst i fråga om exempel, ofta anknyter till svensk rätt.

Att rationell argumentation i värdefrågor är möjlig lärde jag mig av Ingemar Hedenius för tjugo år sedan, och den insikten präglar detta arbete. Men också beträffande juridikens grundbegrepp är det fråga om rationell argumentation: liksom man kan välja sina värden, kan man också välja sina grundbegrepp.

Juridikens begrepp har ingen given, för alla tider fastställd mening. De är begrepp, som har en funktion i den juridiska argumentationen — antingen därigenom att de har till uppgift att formulera juridiska problem eller deras lösningar, eller därför att de sätter själva ramen för den juridiska argumentationen. Begrepp och argument är i juridiken sammansmälta till en enhet.

De juridiska begreppen bör därför vara föremål för en ständig omprövning och tilldelas en innebörd, som motsvarar de krav som en rationellt utövad juridik vid varje tid ställer på dem. Argumenta-

tion rörande begreppsanvändning är av detta skäl en viktig uppgift för den allmänna rättsläran och i denna bok återfinns åtskillig sådan, t ex beträffande begreppen "rättsregel" och "gällande rättsregel".

Inom ramen för denna studie har jag således försökt hålla fast vid det som är den allmänna rättslärans främsta uppgift: att analysera juridikens intellektuella och värdemässiga grunder samt att bidra till deras förbättring.

Kap 1. Om rättsreglernas funktion i juridiken

1.1. Inledning

Det finns vissa inslag i det juridiska tänkandet, vilka i så hög grad har präglat hela detta tänkande (på gott och på ont), att de nära nog blivit självklara för de flesta jurister och därmed sjunkit ned i det halvt omedvetnas dunkel, där de i viss mån "avproblematiserats" — ehuru de varken är självklara, okomplicerade eller oproblematiska. Ett sådant inslag är *regeltänkandet*: juristernas väl inarbetade vana att "tänka i regler". Ett annat inslag är *systemtänkandet* (se härom Strömholm, 1974): strävan att ordna reglerna i rättsområden, rättsinstitut, avtalstyper och andra "rättsfigurer" — det kanske mest utmärkande draget för rättsdogmatiken alltsedan 1600-talet och vilket inslag i det juridiska tänkandet fått sitt mest praktfulla uttryck i de stora europeiska lagkodifikationerna. Ett tredje inslag är *rättighetstänkandet*: böjelsen att ordna samhällslivet genom att inordna människor och organisationer av människor i inbördes rättsförhållanden, i nätverk av komplicerade relationer, bestående av en mångfald olika rättigheter och skyldigheter. Rättighetstänkandet är stadigt förankrat i västerländsk rättsuppfattning, ehuru det inte varit oomstritt och inte heller alls är något i sig nödvändigt hos den juridiska rätten (alternativ till rättighetstänkandet erbjuder den romerska formularprocessen och den engelska *writ*-processen). (Om rättighetstänkandets idéhistoria, se Villey, 1968.) Rättighetstänkandet, som är mer abstrakt, mer "intellektualiserat" än nämnda alternativa synsätt, torde vara en nödvändig förutsättning för en mer omfattande kodifiering av rätten. Ytterligare en viktig komponent, kanske den mest betydelsefulla i det juridiska tänkandet, är *likhetstänkandet*: lika fall skall behandlas lika, ja, även liknande fall skall behandlas lika (analogitänkandet), prestationer som utbyts skall vara likvärdiga (ekvivalensprincipen — se Anners, 1975, s 22 ff —, redan hos de gamla egyptierna symboliserad av två vågskålar i jämvikt), brott skall gäldas med ett motsvarande ont (talionsprincipen), det

skall råda "likhet inför lagen" osv. Den intima förbindelsen mellan likhetstänkande och regeltänkande ligger i öppen dag. Ett femte inlägg, som i hög grad karakteriserar det juridiska tänkandet är *kontinuitetstänkandet*: rätten skall förändras långsamt och försiktigt, lösningar av nya samhällsproblem skall helst åstadkommas med användning av etablerade, välkända kategorier (rena nyskapelser har ofta ett hårt motstånd att forcera), ingrepp i bestående rättsförhållanden bör undvikas osv. (Kontinuitetstänkandets ideologi behandlas i kapitel 6 av denna bok.) Denna lista på (mer eller mindre disparata) komponenter i de juridiska tankevanorna skulle självfallet lätt kunna utvidgas.

Förevarande kapitel handlar om regeltänkandet och utgör ett försök att legitimera detsamma. Kapitlet innehåller ett försvar av rättsregelbegreppet och dess användning i juridiken gentemot de attacker begreppet i fråga från olika håll utsatts för på senare tid. Dels formuleras och bemöts de viktigaste argumenten i denna kritik, dels — och framför allt — uppställs i explicit form de krav man bör ställa på ett fruktbart juridiskt rättsregelbegrepp och görs ett försök att konstruera ett begrepp, som uppfyller dessa krav.

Den allmänrättsliga fråga som ligger närmast till hands att allra först ställa med avseende på rättsregelbegreppet är denna:

(P1) Behöver juristerna ett rättsregelbegrepp?

Ty om P1 besvaras nekande, finns ingen anledning att i fortsättningen vidare befatta sig med en explication av rättsregelbegreppet och den omfattande litteraturen härom kan överlämnas till idéhistorien.

För att kunna besvara P1 kan det vara lämpligt att först försöka besvara frågorna:

(P1.1) Vilka skäl talar mot att juristerna tänker i termer av rättsregler?

(P1.2) Vilka skäl talar för att juristerna tänker i termer av rättsregler?

Åtskilliga författare har bestridit att juristerna behöver ett rättsregelbegrepp eller i vart fall varnat för att det juridiska regeltänkandet har negativa konsekvenser. Denna inställning har i litteraturen åsatts beteckningen *regelskepsis* (*rule-scepticism*, se Frändberg, 1973, s

11—17, med litteraturhänvisningar). En del regelskeptiska argument presenteras och bemöts i avsnitt 1.2.

P1 har emellertid inte erhållit ett jakande svar endast genom att de regelskeptiska argument som framförts blivit bemötta. Man måste också kunna förebringa positiva argument för rättsregelbegreppets nytta. Några sådana argument redovisas i avsnitt 1.3.

Om man nu lyckas finna några goda argument för rättsregelbegreppets nytta i juridiken inställer sig naturligt denna fråga:

(P2) Vilka krav bör — med hänsyn till de behov juristerna har av ett rättsregelbegrepp — ställas på ett för juristerna användbart begrepp ”rättsregel”?

Ty innan man kommer dragande med en definition av begreppet ”rättsregel”, bör man ju ha klart för sig, vad begreppet i fråga skall tjäna till. (Mot denna praktiska utgångspunkt har man ofta försyndat sig i den allmänrättsliga litteraturen.)

Några enligt min uppfattning rimliga krav av detta slag uppställs i avsnitt 1.4.

En med P2 intimt förbunden fråga är denna:

(P3) Vad bör rättsregelbegreppet omfatta?

Denna fråga har under de senaste åren fått ökad aktualitet, inte minst på grund av framväxten av vad man kunde kalla extrajudiciella rättsregler eller semirättsregler (se Hellner, 1969, s 205 ff, Strömholm, 1969, s 168 ff, och Frändberg, 1973, s 18 ff). Ett förslag till svar på P3 ges i avsnitt 1.5.

En mer teoretisk fråga, som även den måste få något svar i en någorlunda omfattande teori om rättsreglerna, är denna:

(P4) Till vilket slag av företeelser hör rättsreglerna?

eller, litet ståtligare och mer filosofiskt uttryckt:

(P4*) Vilken är rättsreglernas ontologiska status?

Litteraturen erbjuder ett rikt sortiment av svar på denna fråga: rättsreglerna är satser, utsagor (meningsinnehåll, betydelser, *propositions* — dvs semantiska, icke lingvistiska storheter), faktiska regel-

bundenheter i visst mänskligt handlande, psykiska upplevelser, internaliseringar, illusioner, gudomliga bud, inslag i "överbyggnader" och en hel del annat. Det är för mig självklart, att svaret på P4 måste vara beroende av de svar man ger på frågorna P1—P3. Men många god rättsfilosof skulle säkert vilja hävda, att frågorna P1—P3 är irrelevanta för besvarandet av frågan P4, så t ex, antar jag, en anhängare av den katolska naturrätten. Härpå vill jag blott svara, att en formulering av ett rättsregelbegrepp, som är av intresse från det juridiska arbetets synpunkt, utan beaktande av frågorna P1—P3 riskerar att bli verklighetsfrämmande. Jag vill självfallet inte bestrida, att åtskilliga intresseväckande och värdefulla resultat uppnåtts inom det rättsfilosofiska område som ligger utanför en strikt "lawyer's legal philosophy" (Friedmann, 1967, s 4) — och än mindre bestrida dess existensberättigande — men i förevarande sammanhang är det *det juridiska rättsregelbegreppet* som skall analyseras.

Rättsreglernas ontologiproblem diskuteras i avsnitt 1.6.

I rättsliga kontexter träffar man ofta på diverse begrepp, för vilka begreppet "rättsregel" är ett grundbegrepp i den meningen att de förra ej kan definieras utan hjälp av det senare eller, i vart fall, att de i rättsliga kontexter är vanliga följeslagare till rättsregelbegreppet. Låt oss kalla sådana begrepp *till rättsregelbegreppet accessoriska begrepp*, eller bara *accessoriska begrepp*.

Ett rimligt krav, som kan ställas på definitionen av rättsregelbegreppet, är att vid detsamma skall kunna "fästas" så många accessoriska begrepp som rättstänkandet kan behöva — vilket innebär att sådana begrepp på ett icke-krystat sätt skall kunna definieras med hjälp av rättsregelbegreppet eller, i vart fall, att definitionerna av dessa begrepp är förenliga med definitionen av rättsregelbegreppet. Generellt kan man för vilket som helst såsom accessoriskt betraktat begrepp, låt oss säga *a*, ställa frågan:

(P5) Hur förhåller sig *a* till rättsregelbegreppet?

I avsnitt 1.7 skall kortfattat behandlas en del — sinsemellan mycket olika — begrepp utifrån synpunkten av deras egenskap att vara accessoriska till rättsregelbegreppet, nämligen (i) "efterlevande (av en rättsregel)", (ii) "tillämpning", (iii) "ändamålsenlighet", (iv) "effektivitet", och (v) "giltighet". I kapitel 5 behandlas vidare ett annat viktigt accessoriskt begrepp, nämligen (vi) "ikraftvarande". Syftet är härvid inte att ge en mer omfattande explikation av dessa

begrepp — vart och ett av dem kräver förvisso sin egen specialundersökning — utan just att med avseende på vart och ett av dem undersöka den i P5 omnämnda relationen mellan begreppet i fråga och rättsregelbegreppet. De allmänrättsliga problem som är förbundna med de nu nämnda begreppen — som alla är både vanliga och viktiga i juridisk argumentation — kan formuleras så här:

(P5.1) Vad innebär det att en rättsregel *efterlevs*?

(P5.2) Vad innebär det att en rättsregel *tillämpas*?

(P5.3) Vad innebär det att en rättsregel *är ändamålsenlig*?

(P5.4) Vad innebär det att en rättsregel *är effektiv*?

(P5.5) Vad innebär det att en rättsregel *gäller*?

(P5.6) Vad innebär det att en rättsregel *är i kraft*?

P5.1—P5.5 behandlas i underavsnitten 1.7.2—1.7.6.

Det minsta man kan begära av en teori om rättsreglerna är, förefaller det mig, att den har något svar att ge på frågorna P1—P5.

Till sist en liten, mer allmän, anmärkning. I min begreppsbildning har jag mer eftersträvat praktikabilitet och konsistens än exklusiv originalitet. Det har förefallit mig som om — på det nuvarande stadiet i diskussionen om rättsreglerna — behovet av de förra är större än behovet av det senare.

1.2. Vi återvänder till frågan

(P1.1) Vilka skäl talar mot att juristerna tänker i termer av rättsregler?

Ett vanligt förekommande svar på P1.1 är detta:

(A1) Juristernas regeltänkande är ägnat att leda till ett alltför långtgående legalistiskt (formalistiskt) synsätt, vilket gör domare och andra myndighetspersoner benägna att alltför slaviskt följa lagbestämmelser och andra auktoritativa s k rättskällor utan att ta tillräcklig hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet (*Summum ius, summa iniuria*).

Frågan huruvida det verkligen förhåller sig så att myndighetspersoner i allmänhet i, såg, Sverige år 1982 är hemfallna åt en radikal lega-

lism kan självfallet inte besvaras utan omfattande (och svår genomförbara) empiriska undersökningar — även om det vore fullkomligt klart vad som menas med "legalism" eller "formalism", vilket inte är fallet. Men påståendet att regeltänkandet i sig skulle leda till en radikal legalism är inte särskilt trovärdigt. Juristerna har i århundraden varit vana att handskas ganska självsvåldigt med såväl lagbestämmelser som prejudikat och denna trafik tycks ha förlupit förhållandevis smidigt inom regeltänkandets ram. Däremot har detta säkerligen bidragit till att vidmakthålla en barriär mot rena *ad hoc*-avgöranden och godtycke. Den rättsideologiska principen att denna barriär ej får överskridas — en princip i vilken blivande jurister indoktrinerats alltsedan upplysningstiden — är emellertid inte alls detsamma som en extrem legalism. Mellan det rena godtycket och en sådan extrem legalism ligger den lojalitet *i stort sett* — men med utrymme för justeringar och avvikelser (reduktioner) i enskilda fall — som måste anses rimlig i demokratiska samhällen, vilkas lagstiftare i hög utsträckning respekterar rättsstatens krav. (Annorlunda ställer sig saken i tyrannier.) Denna lojalitet i stort utgör ju en förutsättning för att en ordning för samhällsorganisation, som utmärks av en arbetsfördelning mellan lagstiftare och myndigheter, inte skall bli helt poänglös.

Logiskt sett är regeltänkande och formalism skilda saker. En domare kan ju mycket väl döma efter *en annan regel* än den i lagen uttryckta, och så sker förvisso också ibland. Och från rättsideologisk synpunkt innehåller regeltänkandet intet som förpliktar till en längre gående legalism än den nyss nämnda.

Denna modifierade legalism har jag (1973, s 159 f) kallat *lojalitetsprincipen*. Då denna föranlett viss diskussion i den allmänrättsliga litteraturen återkommer jag här till densamma med några ord.

I förordet till Sundberg (1978) heter det (s 8): "Det är slående hur ofta där / = utrikes / ett helt annat budskap omfattas än föreläsaren trott sig förmedla. Auditorier i skilda länder kunna höra exakt samma text, men uppfatta helt olika budskap; om föreläsaren haft någon värdering, har den visat sig helt irrelevant. När han trott sig ha lämnat en skeptisk redovisning, har auditoriet hört en glödande agitation, och vice versa. Värderingarna tillhandahålls av mottagarna, icke av föreläsaren."

Huru sant är icke detta — och inte bara utrikes! Jag kan ur egen erfarenhet bidra med följande belysande exempel på ifrågavarande fenomen, just vad beträffar den s k lojalitetsprincipen.

I Frändberg (1973, s 159 f) skrev jag sålunda: "*Lojalitetsprincipen* innebär att myndigheterna (domstolarna och förvaltningen) i sitt beslutsfattan-

de skall vara lojala mot lagstiftaren. I Sverige råder inget tvivel om att de rättskipande organen är *underställda* de högsta politiska organen (riksdag och regering) och så betraktar sig även de högsta domstolarna (HD och RegR) ehuru dessa statsrättsligt sett är jämställda med de förstnämnda organen och därjämte numera har en klart angiven rättsskapande funktion. Närmare bestämt säger lojalitetsprincipen att rättskipningen på det hela taget skall nöja sig med att *tillämpa* av lagstiftaren givna rättsregler och att starka skäl måste föreligga för att man skall underlåta att tillämpa regler på klara fall. Lojalitetsprincipen i radikal form innefattar ett krav på försiktighet med reduktionsslut och dess metod par préférence är den subjektiva — lagstiftarens intentioner skall utrönas och givna fall avgöras på ett sätt som ligger så nära dessa intentioner som möjligt. Den flitiga användningen av lagförarbeten i svensk rättskipning är ett uttryck för lojalitetsprincipens dominans. — Någon form av lojalitetsprincip är självfallet ofrånkomlig i varje samhälle där lagstiftande organ ger generella regler som andra organ skall tillämpa på konkreta fall (*regeljurisprudens*). I samhällen med demokratiskt styrelseskick rättfärdigas lojalitetsprincipen därav att de generella reglerna direkt eller indirekt är givna av folkvalda organ. — Frågan huruvida lojalitetsprincipen *bör* iakttagas eller ej har självfallet att göra med hur den rättsordning är beskaffad inom vilken principen tänkes operera. I ett samhälle vars rättsordning kränker humanitetens och civilisationens mest elementära krav är ingen mer lovvärd än den domare som saboterar denna rättsordning. — Men även i samhällen, där lagstiftarens strävan är att uppfylla de krav rättsstatens idé ställer, är det givet att vissa gränser för rättskipningens lojalitet måste dras. Varje samhälle av någorlunda komplexitet kräver ovannämnda arbetsfördelning mellan lagstiftare och verkställare. Hur väl genomtänkta de generella regler än är, som lagstiftaren uppställer, står det inte i mänsklig förmåga att undvika den konsekvensen att tillämpningen av någon regel på ett givet fall just i fråga om detta fall leder till olyckliga konsekvenser. När situationen är denna, måste den möjligheten stå domaren till buds att utföra ett reduktionsslut. En radikal lojalitetsprincip är inte eftertraktansvärd och någon sådan gäller heller inte i vårt land.”

Detta uttalande har väckt Jacob Sundbergs starka intresse. Sålunda talar han (1975, s 192) om ”Frändbergs år 1973 en smula aningslöst framställda s k lojalitetsprincip” och i Sundberg (1977, s 11) får vi — i samband med en analys av utvecklingen på skatteområdet i vårt land — veta att det ”synes i hög grad sannolikt att männen bakom 1952 års offensiv (= konjunkturskatten för år 1952) uppfattade utgången i kvarlåtenskapsskattemålet (= NJA 1951, s 39) så att konfiskationsvägen nu var fri. I vart fall beträddes därmed onekligen den väg som till sist, 1973, skulle sluta i Frändbergs aningslösa och just därför avslöjande uppfattning att det ”i Sverige råder inget tvivel om att de rättskipande organen är *underställda* de högsta poli-

tiska organen (riksdag och regering) och så betraktar sig även de högsta domstolarna (HD och RegR) ehuru dessa statsrättsligt sett är jämställda med de förstnämnda organen. . . ' . Tanken återkommer, litet mer utvecklad, i Sundberg (1978, s 251 f), där det heter: "Den unge rättsfilosofen Frändberg förklarar 1973 'den flitiga användningen av lagförarbeten i svensk rättskipning' som 'uttryck för lojalitetsprincipens dominans', och med lojalitetsprincipen menar han 'att myndigheterna (domstolarna och förvaltningen) i sitt beslutsfattande skall vara lojala mot lagstiftaren'. 'Lojalitetsprincipen i radikal form innefattar ett krav på försiktighet med reduktionsslut och dess metod par préférence är den subjektiva — lagstiftarens intentioner skall utrönas och givna fall avgöras på ett sätt som ligger så nära dessa intentioner som möjligt.' Vidden av Frändbergs resonemang framträder först i hans — häpnadsväckande — utveckling av temat. 'I Sverige råder inget tvivel om att de rättskipande organen är *underställda* de högsta politiska organen (riksdag och regering) och så betraktar sig även de högsta domstolarna (HD och RegR) ehuru dessa statsrättsligt sett är jämställda med de förstnämnda organen och därjämte numera har en klart angiven rättsskapande funktion.' — Frändberg hade inga skäl att söka vara kontroversiell. Varken hans ämne eller hans person föranledde därtill. Att han är den som gett den svenska motiviläran dess skarpaste form betyder något. Vidsomen i den Andersenska sagan om kejsarens nya kläder tillåter oss att ta honom på orden: så såg man faktiskt under enpartiväldet rättskälleläran bland karriärister."

Det förbluffande med Sundbergs utläggningar — med tanke på de däri ingående karakteristikerna — är nu, att just den beskrivning av situationen i Sverige vid 1970-talets början, vad gäller motivtroheten, som jag lämnar *är exakt densamma* som den Sundberg lämnar. Just myndigheternas starka lojalitet gentemot lagstiftaren och den intensivt utvecklade förarbetstrafiken utgör själva huvudtemat i hans framställningar av läget under denna tid. Om sålunda den ene av de båda här citerade författarna är "aningslös" och hans tankar "avslöjande" och "häpnadsväckande" (ehuru varken hans ämne eller ungdomliga person föranlett honom att vara kontroversiell), är det svårt att undgå slutsatsen, att den andre av dem måste karakteriseras på enahanda sätt.

Sundbergs uttalande om att när någon "trott sig ha lämnat en skeptisk redovisning, har auditoriet hört en glödande agitation" är så sant som det är sagt. Missuppfattningen i förevarande fall består däri, att Sundberg uppfattat mitt försök till analys som ett värderande ställningstagande — jag skulle vara anhängare av en radikal lojalitetsprincip. Men eftersom jag klart understryker (se citatet ur min bok ovan *in fine*) att en sådan princip inte är önskvärd, kan jag inte få i mitt huvud att min framställning skulle inbjuda till denna missuppfattning. Detta torde framstå desto klarare som jag i min i samma arbete utvecklade teori om gällande svensk rätt uttryckli-

gen undantager regler utlästa ur förarbeten från kategorin "gällande svenska rättsregler".

Vad slutligen angår min egen uppfattning om nyttjande av förarbeten vill jag helt allmänt understryka, att jag ställer mig starkt avvisande till ett slaviskt och oreflekterat brukande av sådana. Det är mig desto angelägnare att framhålla detta som jag i min undervisning i allmän rättslära i Uppsala under mer än tio år sett det som en huvuduppgift att söka frigöra studenterna från en, vad jag tyckt mig märka, alltför starkt inövad vana att i tid och otid söka tillflykt till förarbetena i stället för att tänka själva. Inte ens lagens bokstav håller jag under alla omständigheter för sakrosant, så mycket mindre då dess förarbeten.

Vad Hedenius (1975, s 39 ff) kallat "den juridiska tron" torde i allt väsentligt motsvara vad jag här betecknat som extrem legalism, eller formalism, och jag delar hans misstro mot densamma.

Ett annat argument för ett nekande svar på P1 är detta:

(A2) Domaren tar i sitt beslutsfattande ofta andra hänsyn än dem till lagen (och andra auktoritativa rättskällor) men han döljer detta genom att *motivera* sitt ställningstagande med hjälp av lagen eller andra auktoritativa rättskällor. Domarens beslut grundar sig i realiteten inte på rättsregler.

Först bör det självklara påpekandet göras, att A1 och A2 är oförenliga med varandra, såvida de hänför sig till samma beslutsfattare och samma situation. Hävdar man i ett sådant fall det ena argumentet, kan man inte utan bristande konsekvens samtidigt hävda det andra.

Vad A2 handlar om är vad Ross (1953, s 179 ff) träffande betecknat som "fasadlegitimation". Om dess vanlighet, exempelvis i Sverige 1982, vet vi likaledes praktiskt taget intet. Men även om fasadlegitimering vore mycket vanligt förekommande, kan frågan ställas, huruvida regeltänkandet därför bör överges.

Skäl har anförts såväl för som mot lämpligheten av att domstolarna på detta sätt förlänar sina avgöranden ett slags falsk legalitet. Mot detta tillvägagångssätt kan hävdas, att de enskilda människor som drabbas av myndighetsbeslut har rätt att kräva, att korten läggs på bordet och att de får ta del av de verkliga motiven till beslut, som ofta kan ingripa på ett avgörande sätt i deras liv. Mot detsamma talar också den intellektuella hederlighetens krav. För ett visst mått av fasadlegitimering har anförts, att allmänhetens tilltro till domstolarnas objektivitet skulle försvagas, om domstolarna öppet redovisade

rena rättvise- eller lämplighetsöverbäganden och rent av argumentation *pro et contra*, och att detta skulle kunna äventyra en lugn samhällstillvaro, särskilt i tider, då detta lugn utsätts för påfrestningar. För egen del anser jag skälen mot fasadlegitimering väga långt tyngre än skälen för — också en utbredd misstanke om ett dylikt "dubbelspel" från myndigheternas sida kan ha en störande effekt i samhällslivet. Detta hindrar inte att jag kan tänka mig undantagsfall, t ex vid yttre hot eller ockupation, där domstolarna i legalitetens hägn kan fatta beslut, som de politiska organen ej skulle kunna fatta utan att riskera landets säkerhet.

Men ett avvisande av en utbredd fasadlegitimering under lugna samhällsförhållanden förpliktar inte alls till ståndpunkten att regeltänkandet *i dess helhet* måste kastas över bord. Vad som däremot måste offras är den komponent i detsamma som kräver, att varje myndighetsbeslut skall framstå som en tillämpning av en redan existerande, auktoritativ rättsregel.

Ett antal ytterligare argument i regelskeptisk anda har nyligen framförts av Bolding (1975, s 27—36). Han hävdar, att om man över huvud taget skall använda ordet "rättsregel", bör det ske endast om satser, som beskriver *resultatet* av juridiska tankeprocesser (vad Bolding kallar "definitiva satser"), däremot inte om de satser i det rättsliga materialet som bildar utgångspunkt för dessa tankeprocesser ("preliminära satser"). Skälen härför är, att "läsaren eller åhöraren" av resonemang, vari ordet "rättsregel" ingår, kan förledas till nedanstående slutsatser. (Följande citat återger de åsikter som regeltänkandet, enligt Bolding, kan leda till samt, inom parenteser, Boldings egna kommentarer.)

(A3) "Eftersom rättstillämpning innebär *subsumtion* så måste domaren kunna komma till vissa resultat enbart med hjälp av logik (som om just logiken vore särskilt betydelsefull i detta sammanhang)."

Som om regeltänkandet förpliktar till ståndpunkten att "rättstillämpning innebär *subsumtion*" enbart. (Betrakta exempelvis Kellsens rena rättslära, som förenar ett radikalt regeltänkande med den lika radikala uppfattningen att *ingen* rättskipningsakt uteslutande innebär en *subsumtion*. Denna lära gör sig därvid på intet sätt skyldig till någon motsägelse.)

(A4) "Hänvisningen till en rättsregel innebär en tillfredsställande *motivering* (som om det inte vore några problem förbundna med den

tankeoperation som leder fram till slutsatsen att en rättsregel, här i betydelsen av definitiv sats, gäller).”

Som om regeltänkandet skulle förplikta till ståndpunkten att uppställandet av en rättsregel genom användning av en annan rättsregel vore något problemfritt.

(A5) ”*Politiska värderingar och mål-medel-analyser* behöver domaren inte göra (som om inte valet av problemlösningar . . . skulle aktualisera frågor om politik och om mål och medel).”

Som om uppfattningen att alternativa problemlösningar kan uttryckas som alternativa rättsregler skulle utesluta att valet dem emellan aktualiserar ”frågor om politik och om mål och medel”.

(A6) ”*Rättsvetenskapen* är en vetenskap med ett eget forskningsobjekt (som om inte samhälls- och beteendevetenskapliga forskningar skulle kunna leda fram till konstruktiva modeller för samhälleligt beslutsfattande).”

Som om åsikten att rättsvetenskapen har ett eget forskningsobjekt skulle utesluta att ”samhälls- och beteendevetenskapliga forskningar” kan leda till ”konstruktiva modeller för samhälleligt beslutsfattande”. Men framför allt: Som om regeltänkandet skulle förplikta till uppfattningen att rättsvetenskapen *uteslutande* måste syssla enbart med det auktoritativa rättsliga materialet.

(A7) ”*De juridiska studierna* är artskilda från de studier som bedrivs inom de samhällsvetenskapliga fakulteterna (som om inte juridiska studier skulle behöva basera sig på kunskaper om samhället och innefatta värderingar av samhälleliga intressen).”

Som om inte *regler* kan studeras med avseende på sina samhälleliga orsaker och verkningar och underkastas värderingar från synpunkten av ”samhälleliga intressen”.

Det står inte klart för mig, varför dessa argument blott skulle drabba de preliminära men ej de definitiva satserna. Att resultatet av en rättskipningsprocess framställs som en rättsregel skulle ju också det kunna inge personer, som inte, med Boldings ord, är exceptio-

nellt välorienterade och uppmärksamma, exempelvis vanföreställningen att denna definitiva sats uteslutande är resultatet av en ren subsumtion.

Men eftersom de av Bolding anförda argumenten — som han själv framhåller — i själva verket är missuppfattningar, bör man väl — i stället för att ändra det juridiska språket — i kretsar där man kan lida av sådana missuppfattningar söka sprida upplysning om, hur det verkligen förhåller sig.

Boldings eget förslag till lösning — att man i stället för ”rättsregler” (i betydelsen ”preliminära satser”) skall tala om ”handlingsprogram” — innebär, såvitt jag förstår, ingenting annat än att regeltänkandet gör förnyad entré bakvägen.

För några decennier sedan förkastade Uppsalaskolan regeltänkandet av ontologiska skäl. I dag har denna ontologi övergivits och regeltänkandet består. Nu förkastar Bolding regeltänkandet av, låt oss kalla det, terminologiska lämplighetsskäl. Jag ser Boldings inlägg som en viktig utmaning för den allmänna rättsläran. Denna utmaning är värdefull av det skälet, att den tvingar oss att närmare undersöka regeltänkandets funktion och nytta i det juridiska arbetet.

Sammanfattningsvis: De argument som ovan redovisats är, förefaller det mig, inte starka nog för att motivera att juristerna på ett fullständigt och genomgripande sätt överger sin vana att, explicit eller implicit, tänka i termer av rättsregler.

1.3. Detta förhållande leder oss över till frågan

(P1.2) Vilka skäl talar för att jurister tänker i termer av rättsregler?

Mitt svar på den frågan skulle jag vilja sammanfatta i följande fyra punkter (A8—A11).

(A8) Rättsregeln tillhandahåller en sammanhängande och standardiserad struktur, *ett schema* för något som tycks vara fundamentalt i all juridik: ett normativt inslag, som anger att någon skall göra något, får göra något, inte får göra något eller att någon har en rättighet eller skyldighet gentemot någon annan — samt den uppsättning av villkor som anger under vilka omständigheter någon skall göra något etc.

Den abstrakta enhet som rättsregeln utgör har närmare bestämt visat sig vara ett utomordentligt fruktbart instrument i följande fyra avseenden:

1. såsom "informationsenhet"
2. såsom "byggsten" i det juridiska beslutsfattandet
3. såsom en för rättsvetenskaplig systematik lämpad storhet
4. såsom "stöpform" för rekonstruktion till beslutsunderlag av juridiska avgöranden (prejudikat).

Antag att en utlänning kommer till Sverige och är totalt okunnig om svensk rätt. För den som vill hjälpa honom att klara sig i rättsligt avseende i Sverige torde inget sätt vara mer klargörande och lättfattligt än att formulera sin information enligt schemat

i omständigheterna ... är du skyldig att göra

Vår utlänning kanske vill ha svar på frågor av typen:

- (i) Jag befinner mig i omständigheterna *O*. Vad gäller för mig i det läget (dvs vad får jag, skall jag och får jag inte göra)?
- (ii) Jag vill utföra handlingen *h*. Under vilka omständigheter får jag det?
- (iii) Jag befinner mig i omständigheterna *O* och överväger att utföra *h*. Är *h* tillåten, förbjuden eller rentav påbjuden?

I samtliga dessa fall kan frågeställaren ges ett klargörande svar (om svar finns) genom att man med information fyller ut det eller de tomrum i regelschemat som krävs för att en fullständig regel skall vara uttryckt. Regelschemats nytta, när det gäller att konstruera behändiga informationsenheter, är inte minst påvisbar i den juridiska pedagogiken.

Så mycket om information om själva "regelinnehållet". Men rättsregler kan, på ett implicit sätt, vara informationsbärare också i flera andra avseenden. I själva verket är rättsreglerna högräkniga med information om åtskilligt; de kan ses som ett slags koncentrat av väsentlig kunskap. Sålunda ger inte sällan regelformuleringen en antydning om de argument som föranlett regelns uppställande, liksom man ofta kan utläsa vilka samhällstillstånd som lagstiftaren anser önskvärda — en sammanställning av ett antal rättsregler kan för-

medla bilden av hans ”idealsamhälle”. Kanske kan man rentav få en viss uppfattning om, vilka problem lagstiftaren velat undvika eller ”sopa under mattan”. Särskilt i ett historiskt perspektiv ger regelformuleringen ofta en målande bild av de problem man brottades med i det samhälle vari regeln verkade. Härtill kommer givetvis att själva namngivningen av rättsregler genom paragrafering och liknande ger hänvisningsmöjligheter till och från exempelvis uttalanden i motiv och prejudikat eller andra lagregler, något som gör det rättsliga materialet i stort mer hanterligt och överskådligt.

Rättsreglernas betydelse som intellektuella storheter, ”vilopunkter för tanken”, i det juridiska beslutsfattandet skall behandlas i kapitel 2. Här skall blott understrykas, att rättsregler kan ses som *ett slags elliptiska argument* (jfr vad som nyss sagts om rättsregler som högkoncentrerade informationsbärare). En domare, som dömer någon till fängelse för stöld genom blott en hänvisning till 8:1 brottsbalken (om han nu ens besvärar sig med det), kan sålunda i viss mening sägas grunda sin dom på de argument som utgör lagstiftarens rättsgrund för nämnda stadgande.

När det sedan gäller rättsreglernas lämplighet som föremål för rättsdogmatisk systematik, vill jag peka på ett förhållande, som i hög grad gagnar detta syfte: att rättsreglerna är vad man skulle kunna kalla ”portabla”. Därmed menar jag, grovt uttryckt, att en och samma enhet (en rättsregel) kan förekomma i flera olika system och att man kan bryta sönder en systematik och bygga upp en annan utan att nödvändigtvis behöva strukturera om de ifrågavarande rättsreglerna själva.

Juristernas tillvägagångssätt när de söker vägledning i prejudicerande domar är det viktigaste exemplet på vad jag här kallat rekonstruktion till beslutsunderlag av förefintliga juridiska avgöranden. Rättsfallstolkningen syftar i detta fall inte till en explikation i största allmänhet av den såsom prejudicerande ansedda domen utan går ut på att ur densamma utläsa något, som kan användas vid avgörandet av ett aktuellt fall. Att låta resultatet av en sådan rekonstruktion stöpas i regelschemats form, med angivande av rättsföljd och preciserade rekvisit, låter i en samlad form de komponenter i domen framträda som är av betydelse för användningen av densamma såsom prejudikat.

Ett annat argument för rättsregelbegreppets fruktbarhet är detta:

(A9) Rättsregler kan kopplas ihop med varandra, kombineras och utgöra komponenter i olika *relationssystem för rättsregler*. Sådana

relationssystem spelar en utomordentligt betydelsefull lagskrivningsteknisk roll och existensen av dem utgör det viktigaste skälet för att betrakta regelmassan i våra författningar som "ett rättssystem".

I den allmänrättsliga litteraturen har, inte minst under senare tid, en hel rad sådana relationssystem lagts i dagen ("relationssystem" är ingen etablerad term, men eftersom företeelsen hittills saknar namn föreslås härmed detta). Att presentera alla de relationssystem som återfinns i litteraturen hör inte till ämnet för vår framställning men jag skall nämna några av dem för att klargöra vad jag avser med uttrycket i fråga.

Merkl-Kelsens klassiska "Stufenbau" får naturligtvis inte förbigås i detta sammanhang. Här är det fråga om ett *genetiskt* relationssystem för rättsregler. Ett annat relationssystem är den likaledes klassiska uppdelningen av rättsregler i primära och sekundära — ett relationssystem, som ytterligare raffinerats av Hart (1961) genom särskiljandet av olika typer av sekundära regler: rules of change, rules of adjudication och rules of recognition samt av Ekelöf (1964), vars systematik bygger på reglernas olika adressatgrupper. Ekelöf skiljer som bekant mellan (primära och sekundära) förhållningsregler, domsregler samt verkställighetsregler. I kapitlen 2 och 3 av förevarande arbete återfinns vidare två olika relationssystem, enligt vilka rättsregler kan sorteras för vissa angivna syften. För översiktliga framställningar och analyser av olika relationssystem hänvisas till Raz (1970), Sundby (1974, kap 17) och Eckhoff & Sundby (1976).

Ytterligare ett argument för rättsregelbegreppets nytta i juridiken är följande:

(A10) Rättsregelbegreppet har visat sig vara utomordentligt fruktbart såsom grundbegrepp och som bärare över huvud taget av en hel rad accessoriska begrepp.

Om Bolding har rätt i sin uppfattning att termen "rättsregel" bör utmönstras ur det juridiska språket, får detta oerhörda konsekvenser för hela det traditionella juridiska tänkandet. Rättsregelbegreppet är juridikens kärnbegrepp i den meningen att praktiskt taget hela den grundläggande juridiska begreppsapparaten är avhängig därav. Detta gäller självfallet den grupp av termer som betecknar komponenter hos rättsregler, såsom "rekvisit" och "rättsföljd" — jämte hela uppsättningen av rättighetstermer, som vanligen definieras i termer

av dylika komponenter. Vidare gäller det termen "rättsfaktum", som betecknar sakförhållanden, vilka kvalificeras (etiketteras) av rättsregler. Det gäller termen "rättsgrund", som betecknar förhållanden, vilka motiverar (rättfärdigar) rättsregler. Det gäller beteckningarna för olika klasser av rättsregler: "civilrättsliga — offentlig-rättsliga regler", "obligationsrättsliga — sakrättsliga regler", "materiella — formella regler", "primära — sekundära regler" osv. Slutligen gäller det den metodologiska termuppsättningen, t ex "analogi", "e contrario", "reduktion", "obsolescens", vilka uttryck kan ses som beteckningar för relationer mellan rättsregler ("regeln r är analog med regeln r' "). Rycker man loss termen "rättsregel" ur den juridiska begreppsbyggnaden, rasar hela denna byggnad samman.

Slutligen vill jag i min plaidoyer för rättsregelbegreppet anföra följande argument:

(A11) Rättspolitisk diskussion (argumentation *de lege* eller *de sententia ferenda*, rättskritik) kan vinna åtskilligt i precision genom att anknyta till rättsregler och detta därför att man med rättsregelbegreppets hjälp kan hålla isär olika typer av rättskritiska argument.

En sådan syn på saken är naturlig, om man betraktar rättsreglerna som instrument för att uppnå önskvärda samhällstillstånd, dvs om man har en utilitaristisk (teleologisk) syn på rättsreglerna. I detta sammanhang är det med rättsregelbegreppets hjälp definierade begreppet "rättsgrund" (se Frändberg, 1973, s 75—82 och 143 f) av utomordentlig betydelse.

Antag att protagonisterna för en viss regel, r , som rättsgrund för densamma anför, att följsamhet mot r leder till det av dem såsom önskvärt betraktande samhällstillståndet s . Regelns antagonister kan å sin sida vara kritiska mot densamma genom att hävda (bl a) någon av följande ståndpunkter:

- (1) s är inget önskvärt samhällstillstånd
- (2) s är ett önskvärt samhällstillstånd men följsamhet mot r leder också till samhällstillståndet t , som är icke önskvärt, och olägenheten av t väger tyngre än fördelen av s
- (3) s är ett önskvärt samhällstillstånd men följsamhet mot r leder inte till s .

Som remedier mot (2) och (3) kan en konstruktiv kritiker av *r de lege ferenda* föreslå justeringar av denna, vilka avlägsnar nämnda olägenheter. Dessa justeringar kan avse:

- (i) rekvisiten i *r*: rekvisit kan utbytas (varvid en med *r* analog regel uppställs), tilläggas (varvid *r*:s tillämpningsområde, adekvansmängd, reduceras) eller borttagas (varvid *r*:s tillämpningsområde vidgas)
- (ii) det av rättsföljden i *r* normerade faktum, *normtemat* (den omständighet som skall, får eller inte får vara fallet)
- (iii) (i vissa fall) rättsföljdens i *r* modalitet ("skall", "får", "får inte").

Här har angivits olika varianter av rättskritik och förslag till alternativa regleringar, som rättsregelschemat möjliggör. Ett på något av de angivna sätten uppställt lösningsalternativ kan med fördel presenteras i rättsregelns form, såsom *en alternativregel*.

1.4. Om vi således anser oss kunna hävda, att rättsregelbegreppet är ett mycket fruktbart begrepp i rättstänkandet, blir nästa steg i vår analys att besvara frågan

(P2) Vilka krav bör — med hänsyn till de behov *juristerna* har av ett rättsregelbegrepp — ställas på ett för juristerna användbart begrepp "rättsregel"?

Med tanke på vad som anförts i framställningen hittills syns det mig rimligt att som svar på P2 uppställa följande sex villkor (V1—V6).

(V1) Begreppsbestämningen skall fånga *den specifikt juridiska* användningen av rättsregelbegreppet, inte den användning begreppet kan ha i rättsvetenskapliga framställningar av exempelvis sociologisk eller psykologisk natur.

Man skulle naturligtvis kunna försöka sig på att uppställa ett begrepp "rättsregel", som kan användas i alla möjliga sammanhang. De försök som gjorts i den riktningen förefaller mig emellertid inte helt lyckade och för egen del har jag funnit, att man gör klokast i att laborera med olika begrepp — och därmed olika termer — i olika

sammanhang. Ett desideratum vore naturligtvis då, att man kom överens om skilda termer för de olika begreppen. En sådan terminologisk konvention skulle, för att travestera ett känt yttrande, utan tvivel förvandla hyllmetrar av allmänrättslig litteratur till makulatur.

(V2) Vårt begrepp "rättsregel" skall — å andra sidan — vara så omfångsrikt att det kan användas för alla de behov den praktiska likaväl som den vetenskapliga juridiken har av detsamma.

En omständighet som gör att juridiken inte behöver ha några skrupler när det gäller att tillåta sig ett mycket vidsträckt rättsregelbegrepp är, att man ju ofta utöver detta brukar laborera med ett begrepp "gällande rättsregel", där mängden av gällande rättsregler uppfattas som en äkta delmängd av mängden av rättsregler. Skall denna distinktion ha någon som helst poäng, finns det ju ingen anledning att inskränka klassen av rättsregler så starkt, att den nästan blir identisk med klassen av gällande rättsregler. Eller annorlunda uttryckt: man måste, om distinktionen skall ha någon mening, kunna urskilja en intressant kategori rättsregler, som inte är gällande rättsregler.

Tanken utvecklas närmare i avsnitt 1.5.

(V3) I rättsregelbegreppet skall ej inläggas mer än vad som är nödvändigt för att begreppet i fråga skall kunna utöva sin funktion i det juridiska arbetet.

Medan V2 avser rättsregelbegreppets denotation, gäller V3 dess konnotation. V3 är en tillämpning av den sunda principen att man inte skall fylla ett begrepp med mer innehåll än som fordras för att begreppet skall kunna utföra det arbete som förväntas av detsamma. Detta kan ses som en variant av den vetenskapsteoretiska princip som kallas Ockhams rakkniv, en princip för vilken jag hyser den starkaste sympati (jfr Ahlander, 1950, s 74). Vi skall inte i onödan överlasta våra begrepp.

Villkoren V1 och V3 är så intimt förknippade med varandra att de nästan kan sägas ge uttryck åt samma sak.

Av V3 följer, att egenskaper hos rättsregler av sociologisk, socialpsykologisk eller ideologisk natur, såsom att reglerna faktiskt tillämpas av myndigheterna, är effektiva, svarar mot det s k allmänna rättsmedvetandet, uppfyller vissa etiska krav m m inte bör kapslas in i själva bestämningen av begreppet "rättsregel".

Minimalt fordras, enligt min mening, ingenting annat av rättsregler än att de är utsagor av viss form.

Av detta följer däremot självfallet inte alls, att studiet av egenskaper av nyss nämnt slag hos rättsregler är något oväsentligt. Påståendet om att rättsregler tillämpas, efterlevs, är ändamålsenliga, effektiva, rättfärdiga — eller motsatsen — spelar ju en fundamental roll i juridisk diskussion. *Men dylika egenskaper är inga nödvändiga egenskaper hos rättsregeln.*

Till denna fråga återkommer vi i avsnitten 1.6. och 1.7.

(V4) Rättsreglerna bör vara så standardiserade att de kan uppfattas som *enheter*.

Detta krav är uppställt för att kunna tillmötesgå de behov som angavs i A8 (se ovan 1.3). Problemet att fastställa vad som konstituerar en rättsregelenhet har i litteraturen kallats individuationsproblemet (Raz, 1970, kap IV).

(V5) Utformningen av rättsreglerna bör vara sådana att fruktbara relationssystem av rättsregler kan konstrueras.

Detta krav skall ses i anslutning till A9 (se ovan 1.3).

(V6) Rättsregelbegreppet bör utformas så att dess kapacitet som grundbegrepp och över huvud taget som bärare av accessoriska begrepp maximaliseras.

(Se ovan i anslutning till A10, 1.3.)

1.5. Låt oss nu gå vidare till frågan

(P3) Vad bör rättsregelbegreppet omfatta?

Strahl (1979, s 112) har framhållit att ”gränsdragningen kring vad som kallas rättsregler icke är skarp” och han tillägger: ”Vad beträffar ordet rättsregel är det klart, att detta som används för att beteckna företeelser vid vitt skilda tider och i vitt skilda länder icke kan förväntas äga någon högre grad av precision. I själva verket reder man sig gott ändå.”

Jag vill instämma i detta och för egen del tillfoga att, av skäl som redovisas i det följande, ett mycket vidsträckt begrepp "rättsregel" är att föredraga och att intressanta typer av rättsregler, t ex "gällande" sådana, lämpligen kan urskiljas genom accessoriska bestämmingar till rättsregelbegreppet (jfr avsnitt 1.4.).

Vi utgår preliminärt ifrån att rättsregler antingen är satser eller något slags entiteter som "kommer till uttryck i satser" (mera härom i närmast följande avsnitt). Man kan då ställa frågan

(P3.1) Vilka satser är det som utgör, eller uttrycker, rättsregler?

För att kunna besvara den frågan behöver vi göra några begreppsbestämningar:

(B1) *En juridisk sats* är en sats, som förekommer i en kontext av juridisk karaktär.

Juridiska satser är alltså satser, vilka som helst, som förekommer i lagar, domar och andra myndighetsbeslut, lagförarbeten, lagförslag, juridisk litteratur, juridiska diskussioner (de lege lata eller ferenda), partsinlagor, yrkanden, genmälen, pläderingar inför rätta, domstolsöverläggningar m m m m (jfr Ahlander, 1950, s 78, som bestämmer de juridiska satserna på ett snävare sätt). Juridiska satser kan vara indikativa (t ex bevissatser), normativa, performativa etc.

(B2) *Ett juridiskt normativ* (en normativ juridisk sats) är en juridisk sats, som utsäger att något skall, får inte, bör eller får vara fallet.

(B3) En icke-normativ juridisk sats, *s*, är *ett förklätt juridiskt normativ* om och endast om *s* är utbytbar mot ett juridiskt normativ enligt en för jurister naturlig läsning av *s*.

Exempel: Den icke-normativa satsen

(S₁) "Underrättelse som avses i 2 § lagen ... om hemförsäljning m m ... avfattas enligt härvid bifogade formulär 1 ..." (KK 4/6 1971 om underrättelse enl 2 § lagen om hemförsäljning m m.)

är på i B3 angivet sätt (trivialt) utbytbar mot

(S₂) Underrättelse som avses i 2 § lagen . . . om hemförsäljning m m . . . skall avfattas enligt här bifogade formulär 1

S₁ är ett förklätt juridiskt normativ.

(B4) *Ett juridiskt normativfragment* är en juridisk sats, vars juridiskt-tekniska funktion är att den skall användas vid konstruktionen av juridiska normativer eller förklädda sådana.

Hit hör legaldefinitioner och en hel del annat (se vidare avsnitt 2.2. nedan).

(B5) *En rättssats* är en sats, som antingen är ett juridiskt normativ, ett förklätt juridiskt normativ eller ett juridiskt normativfragment.

Denna användning av ordet "rättssats" skiljer sig från såväl Hedenius' (1963, s 58) som Ahlanders (1950, s 78). I det förra fallet är skillnaden den, att jag som (äkte) rättssatser betecknar även icke-normativa satser, nämligen förklädda normativer och normativfragment (vilka det faller naturligt för jurister att beteckna såsom rättsatser — rättsregler), och i det senare fallet att även "icke-officiella" satser av exempelvis typen rättsvetenskapliga rekommendationer av mig betraktas som rättssatser — och rättsregler.

Det kunde nu vara frestande att hävda, att klassen av rättsregler är identisk med klassen av rättssatser eller vad som uttrycks av sådana. Detta strider emellertid mot det sätt varpå ordet "rättsregel" vanligen används i juridiska kontexter och vi skall därför bestämma rättsregelbegreppet något snävare.

Rättsreglernas från juridisk synpunkt viktigaste funktion är att man med deras hjälp skall kunna dra slutsatser om, vilka *rättsliga positioner* individer eller kollektiv av sådana — vare sig det är fråga om privatpersoner eller myndighetspersoner och vare sig det är fråga om verkliga eller tänkta sådana — befinner sig i under givna omständigheter. Denna tanke låter vi vara bestämmande för vår avgränsning av rättsregelbegreppet.

Slutledningar av det slag jag har i tankarna är exempelvis följande:

- I. (1) Om någon hyr en lägenhet, är han skyldig att betala hyra därför
- (2) A hyr lägenheten L
- (3) A är skyldig att betala hyra för L

- II. (1) Om A hyr lägenheten L, är A skyldig att betala hyra härför
(2) A hyr L
 (3) A är skyldig att betala hyra för L
- III. (1) Om någon eller några tillsammans köpt ett föremål (och vissa andra omständigheter föreligger), äger vederbörande detta föremål
(2) B och C har tillsammans köpt kon Rosita (och sådana andra omständigheter föreligger)
 (3) B och C äger Rosita
- IV. (1) Om E stulit, skall domaren D döma honom till fängelse
(2) E har stulit
 (3) D skall döma E till fängelse

Slutledningar av detta slag kallar vi *positionsdeduktioner*. Satser av typen (1) är *rättsregelsatser*, av typen (2) *kvalifikationssatser* (de kvalificerar, eller etiketterar, rättsligt vissa sakförhållanden, vilka de samtidigt påstår föreligger) och av typen (3) *positionssatser*. De sistnämnda utsäger att någon eller några befinner sig i någon rättslig position: A i den positionen att han är skyldig att betala hyra, B och C i den positionen att de äger Rosita och domaren D i den positionen att han är skyldig att döma E till fängelse. (Om jag förstått saken rätt, är det just sådana positionssatser, som är föremål för analys i Lindahls förnämliga arbete, Lindahl, 1977.)

Vad positionssatserna beträffar, kan vi skilja mellan två slag av sådana: *positionskoncentrat* respektive *enkla positionssatser*. Ett positionskoncentrat är en positionssats, som begreppsmässigt implicerar flera andra positionssatser (som i sin tur kan vara antingen positionskoncentrat eller enkla positionssatser): om man har ett givet positionskoncentrat, *k*, och därtill fullständig information om rättsreglerna inom det aktuella rättssystemet, kan man i princip "härleda" en fullständig lista över i *k* implicerade andra positionssatser.

Exempel: Positionskoncentratet

- (*k*) A äger kon Rosita
 implicerar
 - (*k*₁) A får sälja Rosita
 - (*k*₂) A får låna ut Rosita
 - (*k*₃) A är skyldig att vårda Rosita

(k₄) A skall deklarera för Rosita

(k₅) A äger Rositas mjölk

etc.

En enkel positionssats är en positionssats, som inte är ett positions-koncentrat. Enkla positionssatser anger, kan vi säga, ett slags minimala positioner enligt rättssystemet i fråga. (Ett rättssystem, *S*, kan i princip rekonstrueras till ett system *S'*, där rättsföljden hos varje välutvecklad rättsregel (se nedan avsnitt 2.3.) beskriver enkla rättspositioner. En sådan rekonstruktion kan vi kalla *ett maximalt specificerat rättssystem*.)

Som framgått av det ovanstående knyter jag rättsregelbegreppet till vad jag här kallat rättsregelsatser. Detta medför att vi erhåller ett mycket vidsträckt rättsregelbegrepp, som bl a omfattar en sats som "Om A vårdslöst åsamkat B:s segelbåt skadan *S*, så skall A ersätta *B* för *S*", vilken sats blott riktar sig till en enda individ och vilken sats blott kan efterlevas en enda gång. Många kanske skulle vilja förbehålla termen "rättsregel" för satser med flera, på något sätt generiskt bestämda, adressater eller för satser, som kan efterlevas mer än en gång, eller för bådaddera slagen, dvs för något slags "generella" satser. Och det kan man naturligtvis göra, om man vill. Frågan förefaller mig vara av ringa — och närmast terminologiskt — intresse. Det väsentliga draget från juridisk synpunkt hos rättsreglerna är, enligt min uppfattning, deras egenskap av premisser i positionsdeduktioner och de nyssnämnda villkoren kan man ta om hand genom distinktioner *inom* klassen av rättsregler. Låt oss därför utföra ett par sådana distinktioner och skilja mellan

I. Generellt respektive individuellt adresserade rättsregler (rättsregelsatser)

II. Iterativa respektive momentana rättsregler (rättsregelsatser)

jämte en del underavdelningar av dessa. Syftet med distinktionerna är att visa, att rättsregelsatser — och därmed också rättsregler — kan vara "generella" på en hel del olika sätt.

Att systematisera rättsregler efter deras olika grad av generalitet har gammal hävd i rättsläran: det gjorde redan Aristoteles och, i hans efterföljd, Thomas av Aquino (*Summa Theologica*, Lagtraktaten, fråga 96, artikel 1).

(B6.1) *En individuellt adresserad rättsregel* är en rättsregel, vars adressat är en unik individ eller ett unikt kollektiv av unika individer.

(B6.2) *En generellt adresserad rättsregel* är en rättsregel, som inte är individuellt adresserad.

Exempel: "Om Andersson vårdslöst skadat Petterssons segelbåt Agda III, så skall Andersson ersätta denna skada" och "Om Andersson och Pettersson tillsammans lånat tusen kronor av Lundström, så skall Andersson och Pettersson betala åter detta belopp på förfallodagen" är (uttrycker) individuellt adresserade rättsregler. "Om någon vårdslöst skadar annans egendom, skall han ersätta skadan" är (uttrycker) en generellt adresserad rättsregel.

Adressatangivelsen hos generellt adresserade rättsregler utpekar inte unika individer utan klasser av sådana, vilka klasser innehåller flera unika individer (eller kollektiv av sådana). Men de generellt adresserade rättsreglerna kan vara av två slag: dels sådana där klassen ifråga vid varje given tidpunkt innehåller flera individer och dels sådana där klassen vid varje given tidpunkt innehåller blott en individ, ehuru den under en viss tidsrymd innehåller flera sådana. En rättsregel av det förra slaget kallar vi *en simultant generellt adresserad rättsregel*. En sådan kan efterlevas samtidigt av flera olika individer (flertalet bilister, som färdas på svenska vägar vid en given tidpunkt, torde efterleva de viktigaste svenska trafikreglerna). En rättsregel av det senare slaget kallar vi *en successivt generellt adresserad rättsregel*. En sådan kan vid en given tidpunkt efterlevas av blott en individ. En rättsregel adresserad exempelvis till statschefen (om blott en sådan finns vid varje given tidpunkt) är av detta slag.

(B7.1) *En momentan rättsregel* är en rättsregel, som varje given unik individ eller varje givet unikt kollektiv av unika individer kan efterleva högst en gång.

(B7.2) *En iterativ rättsregel* är en rättsregel, som inte är momentan.

(Om vad som menas med att efterleva en rättsregel, se närmare avsnitt 1.7.2.)

Exempel: "Varje person som för första gången anställs i statlig tjänst skall genomgå läkarundersökning" är en momentan rättsregel och "Var och en som färdas mot rött ljus skall erlägga böter" är en iterativ rättsregel.

Iterativa rättsregler kan vara av två slag: kontinuerligt respektive periodiskt iterativa. En regel är *kontinuerligt iterativ* om (och endast om) den kan efterlevas vid vilken tidpunkt som helst så länge den gäller. "Om någon vårdslöst skadar annans egendom, så skall han ersätta skadan" är en regel av detta slag. En regel som blott kan efterlevas under vissa perioder av dess giltighetstid är *en periodiskt iterativ* regel. Exempel: Regeln "Arbetsgivare skall inbetala sociala avgifter under perioderna $P_1, P_2, \dots P_n$ " är en (simultant generellt adresserad och) periodiskt iterativ regel. En sådan regel kan, säg, under tidsrymden t_1-t_{20} efterlevas när som helst under perioden t_1-t_5 , men ej under t_6-t_{10} , under $t_{11}-t_{15}$ men ej under $t_{16}-t_{20}$ (ehuru regeln ifråga kanske får, men ej skall, efterlevas under t_6-t_{10} respektive $t_{16}-t_{20}$). Regeln "Varje tillträdande statschef skall erlægga trohetsed till nationen" är en (successivt generellt adresserad och) momentan regel. Under tidsrymden t_1-t_{20} är, säg, Rex I statschef under perioden t_1-t_{10} och Rex II under $t_{11}-t_{20}$. Under var och en av dessa båda perioder kan regeln i fråga efterlevas blott en gång, vid någon tidpunkt t_i ($t_1 < t_i < t_{10}$) respektive t_j ($t_{11} < t_j < t_{20}$). Har eden avlagts vid t_i kan den sedan ej avläggas under perioden t_i-t_{10} (och motsvarande, om eden avlagts vid t_j). (Ett uttryck av typen " $t_i < t_j$ " skall läsas: " t_i inträffar tidigare än t_j ".)

Kombinerar de i (B6.1), (B6.2), (B7.1) och (B7.2) angivna regeltyperna (jämte deras underavdelningar) erhåller vi nedanstående nio kombinationer. Om kombinationen (1) kan sägas, att den beskriver en rent individuell rättsregel. Kombinationerna (2)—(9) beskriver alla i viss mening generella rättsregler. Det låter sig också sägas, att serien (2)—(9) anger ett slags skala av generalitet, där (9) är den mest och (2) den minst generella regeln (rättsregelsatsen).

Kombinationerna är följande (A och B är unika personer, S en unik skada):

- (1) Individuellt adresserade, momentana rättsregler.
Exempel: "Om A vårdslöst åsamkat B:s segelbåt skadan S, så skall A ersätta B för S."
- (2) Individuellt adresserade, periodiskt iterativa rättsregler.
Exempel: "Om A äger en bil, så skall A en gång om året låta besiktiga denna."
- (3) Individuellt adresserade, kontinuerligt iterativa rättsregler.
Exempel: "Om A vårdslöst skadat annans egendom, så skall A ersätta skadan."

- (4) Successivt generellt adresserade, momentana rättsregler.
Exempel: "Varje tillträdande statschef skall avlägga trohetsed till nationen."
- (5) Successivt generellt adresserade, periodiskt iterativa rättsregler.
Exempel: "Konungen skall varje år förklara riksmötet öppnat."
- (6) Successivt generellt adresserade, kontinuerligt iterativa rättsregler.
Exempel: "Om regeringen avgår, så skall riksdagens talman föreslå ny regeringsbildare."
- (7) Simultant generellt adresserade, momentana rättsregler.
Exempel: "Varje person som för första gången anställs i statlig tjänst skall genomgå läkarundersökning."
- (8) Simultant generellt adresserade, periodiskt iterativa rättsregler.
Exempel: "Varje statsanställd person skall genomgå läkarundersökning vart tredje år."
- (9) Simultant generellt adresserade, kontinuerligt iterativa rättsregler.
Exempel: "Om någon vårdslöst skadar annans egendom, så skall han ersätta skadan."

Rättsregler tillhörande kategorin (1) — individuella rättsregler — har den egenskapen att de är uppfyllda genom att de efterlevs blott en enda gång. Vi säger att en rättsregel är *uppfylld*, när den, utslutande på grund av att den efterlevts, inte längre kan efterlevas. Om A, efter att vårdslöst ha åsamkat B:s segelbåt den unika skadan S, ersätter B för S, så är regeln "Om A vårdslöst åsamkat B:s segelbåt skadan S, så skall A ersätta B för S" uppfylld. Regeln i fråga har gjort sin tjänst och kan, så att säga, kastas bort. Men den generella regeln "Var och en som färdas med bil på svenska vägar skall köra på höger sida av vägen" blir naturligtvis inte uppfylld därigenom att personerna A, B och C färdas på höger sida, när de kör bil i Sverige.

Här hävdas således ett mycket vidsträckt rättsregelbegrepp: rättsregler är, eller uttrycks av, rättsregelsatser och en rättsregelsats är varje rättssats, som har egenskapen att kunna vara premiss i en rättslig positionsdeduktion. Inom denna omfattande kategori rättsregler kan man klassificera olika slag av rättsregler på en mångfald skilda sätt och för många olika syften. Detta är en viktig fördel med ett så vidsträckt rättsregelbegrepp som det här rekommenderade. I föreliggande arbete återfinnes i detta och följande kapitel åtskilliga sådana

klassifikationer. (Vi har nyss utfört en sådan med syftet att klargöra vad som menas med "generella rättsregler".)

Man kan sålunda exempelvis sortera rättsreglerna efter deras ursprung och skilja mellan (i) officiella, (ii) halvofficiella och (iii) privata rättsregler.

En annan systematik kan utföras med utgångspunkt från den relation i vilken olika rättsregler står till det officiella rättsliga materialet (lagar, lagförarbeten, domar och andra myndighetsbeslut etc). Antag att vi har ett sådant rättsligt material, *M*. Från nämnda synpunkt kan vi då skilja mellan

- (i) I *M* ingående rättsregler
- (ii) ur *M* utlästa rättsregler (bearbetningar och "tolkningar" av regler av typ (i))
- (iii) av *M* oberoende rättsregler.

Det viktigaste exemplet på regler av typ (i) är självfallet de i lagtext återgivna, "färdiga", bestämmelserna. Som exempel på regler av typ (ii) kan nämnas tolkningar av lagregler, regler som utlästs ur prejudicerande domar eller lagförarbeten, regler som uppställts analogt med andra i *M* ingående eller ur *M* utlästa regler, eller regler som tvärtom uppställts genom kontrastering (e contrario) mot sådana regler.

Till vilken rättsregel som helst, *r*, kan man i rättskritiska syften ("de lege ferenda") uppställa *en alternativregel till r* (se ovan avsnitt 1.3. in fine).

De nackdelar Bolding anser vara en konsekvens av regeltänkandet kan elimineras på två sätt: antingen genom att man — som Bolding — offrar rättsregelbegreppet (eller i vart fall inskränker dess omfång) eller genom att man — som jag — ger detta ett mycket vidsträckt omfång. Det senare greppet har den fördelen att man behåller regeltänkandets fördelar. (Tycker man ändå att rättsregelbegreppet är svåruthärdligt, kan man försöka med exempelvis begreppet "rättsenhet".)

Det här hävdade rättsregelbegreppet står i uppenbar strid mot det långt mer begränsade som uppställts av Dworkin (1967) och Sundby (1974; se särskilt s 191 f). Dworkin skiljer mellan principer och regler och Sundby på ett likartat sätt mellan riktlinjer och regler. Den senare utgår såsom "huvudbegrepp" från begreppet "rättsnorm" och delar mängden av rättsnormer i två uttömmande och disjunkta

mängder: regler och riktlinjer. Åtskilligt av det som Dworkin kallar principer och Sundby riktlinjer är rättsregler i min mening. Utan att här gå in på någon diskussion av dessa distinktioner i sak (se härom Jareborg, 1979), skall blott konstateras, att Dworkins och Sundbys regelbegrepp avsevärt avviker från juristernas bruk av termen i fråga samt att det väsentliga i de nämnda rättsteoretikernas teorier — nämligen att det finns intressanta företeelser, principer eller riktlinjer, som ingår i, eller "ligger bakom", rättssystemen — inte behöver offras bara för att man överger deras (onödigt speciella) användning av termen "(rätts)regel".

Den som tycker att vi har utsträckt rättsregelbegreppets omfång otillbörligt mycket vill jag erinra om en iakttagelse av Ekelöf (1969, s 111). Denne framhåller "att man ofta uttrycker sig elliptiskt, då man talar t ex om 'norsk rätt' eller säger en norm vara en 'rättsregel'; kvalificeringen 'gällande' brukar härvid nästan alltid vara underförstådd". Har man detta klart för sig, torde det vara lättare att acceptera ett mer omfattande rättsregelbegrepp. Den huvudsakliga poängen med ett dylikt är också att företeelser, som uppvisar en avsevärd strukturell och funktionell likhet med vad som vanligtvis betraktas som gällande rättsregler, tillsammans med de sistnämnda hänförs till en och samma kategori rättsregler, så beskaffad att varje medlem därav, som inte är en gällande rättsregel, på grund av sin struktur och sin funktion ändå *skulle kunna vara* en sådan.

Såsom ett elliptiskt uttryck för "rättsregel" används å sin sida ofta ordet "regel" rätt och slätt. Men man bör då hålla i minnet att det finns åtskilliga andra regler än rättsregler, t ex moraliska eller konventionella sådana.

1.6. Så mycket om rättsregelbegreppets omfång. Vi övergår nu till frågan

(P4) Till vilket slag av företeelser hör rättsreglerna?

eller, om man så vill uttrycka sig,

(P4*) Vilken är rättsreglernas ontologiska status?

Låt mig här erinra om villkoret V3 bland de krav som uppställdes i avsnitt 1.4. på ett för juristerna användbart rättsregelbegrepp: I det-

ta begrepp skall ej inläggas mer än vad som är nödvändigt för att begreppet i fråga skall kunna utöva sin funktion i det juridiska arbetet.

Vi har i vår framställning hittills talat om rättsregler som satser. Detta är emellertid nog taget missvisande. När vi talar om rättsregler är det nog mera sällan vi avser de lingvistiska entiteterna, utan fastmer den *mening*, eller *betydelse*, som dessa har. Sålunda menar vi exempelvis att de båda skilda satserna

(S₁) Om någon sjunger Wagner före klockan åtta på morgonen, så skall han hängas före midnatt

och

(S₂) Den som sjunger Wagner före klockan 8.00 fm, hänges senast vid midnatt

uttrycker samma rättsregel, och detta därför att S₁ och S₂ har samma mening.

Menings- eller betydelseinnehållet hos en sats brukar man inom semantiken kalla *en utsaga* (eng "proposition"). Man säger, att en sats *uttrycker* en utsaga. De skilda satserna "Det regnar i dag", och "It is raining to-day" uttrycker samma utsaga 'det regnar i dag'. Den första satsen är svensk och den andra är engelsk men den utsaga båda uttrycker är internationell. Utsagor är inga språkliga storheter utan semantiska sådana.

Liksom vi tidigare (avsnitt 1.5.) har talat om normativa juridiska satser (normativer), förklädda normativa satser samt normativfragment kan vi på motsvarande sätt tala om normativa juridiska utsagor, förklädda normativa utsagor samt normativfragmentariska utsagor. Med "normer" avser vissa författare just normativa utsagor, medan andra avser något annat eller mer därmed (så t ex Sundby, 1974).

I stället för att betrakta rättsreglerna som satser — vilket vi preliminärt gjorde i föregående avsnitt — är det, synes det mig, lämpligare att betrakta dem såsom utsagor — något som torde vara en trivialitet för mina filosofiskt skolade läsare. Ett skäl härför hänger samman med ovan nämnda förhållande att en och samma utsaga kan uttryckas av flera olika satser. Det kan då vara en fördel att, för rättsreglernas vidkommande, säga om flera olika satser med samma mening att de uttrycker en och samma rättsregel, i stället för att säga att

vi har att göra med flera olika rättsregler med samma mening. Med det här förordade språkbruket kan man exempelvis säga, att en och samma rättsregel återfinns i såväl gällande svensk rätt som gällande norsk rätt, ehuru den i de båda rättssystemen är formulerad i skilda satser, något som synes mig vara att föredraga framför att tala om två olika rättsregler. Och att man om varje icke-betydelseförändrande omformulering av t ex en lagbestämmelse skulle säga att en ny rättsregel formulerats förefaller mig opraktiskt.

Ett annat, och kanske viktigare, skäl för att betrakta rättsreglerna som utsagor är följande. Det är ju i juridiken inte ovanligt att man talar om "oskrivna regler", sedvanor som anses ha rang av gällande rättsregler, ehuru de ej erhållit någon som helst skriftlig formulering i auktoritativ text eller annorledes, eller kanske ens uttalats muntligt. Sådana rättsregler kan vi föreställa oss som ett slags abstrakta entiter av precis samma slag som de rättsregler vilka är uttryckta i språket, eller med andra ord såsom *utsagor*. Och om sådana sedvanerättsliga regler gäller ju också alltid att *det är möjligt att* formulera en mot regeln svarande rättsregelsats. (Om meningsinnehåll, eller föreställningar, som ej är knutna till aktuella skrivna eller muntliga språktyttringar, se vidare den utmärkta framställningen hos Sundby, 1974, s 38 ff.)

Utsagor — och därmed också rättsregler — är ett slags abstrakta entiteter, produkter av det mänskliga tänkandet och samtidigt hjälpmedel för detsamma, liksom matematikens tal, geometrins kuber, cirklar och trianglar, navigationslärans longituder och latituder och mycket annat. Också den juridiska rättens uppsättning av rättigheter och skyldigheter är av detta slag.

Frågan om de abstrakta objektens ontologiska status är ett paradämne i västerländsk filosofi och något som företer ens en avlägsen likhet med en allmänt accepterad teori härom finns ej. Att den mänskliga hjärnans förmåga till abstrakt tänkande är en av människoartens främsta tillgångar i kampen för tillvaron är lika obestriddigt som att abstraktionsraseriet hos enskilda exemplar inom arten ibland kan vara svårt att uthärda. De abstrakta objekt som nyss räknades upp hör dock alla till dem som ej kan undvaras.

Den intellektuella verksamhet som går under benämningen *juridik* hämtar i stor utsträckning sin egenart från två omständigheter. Å ena sidan är juridiken något mycket konkret i den meningen att dess mödor är ägnade starkt "verklighetsnära" fenomen: husköp, slagsmål, bilolyckor, semestrar, besiktning av hingstar, äktenskap, sam-

boende, dödsfall osv. Å andra sidan finns det — vid sidan av de matematiska disciplinerna — få intellektuella verksamheter som så fullständigt rör sig i en värld av abstraktioner: personer levererar *yrkanden* och *svaromål* inför rätta och anger *grunder* för detta, de har *rättigheter* och *skyldigheter* gentemot varandra, juristerna diskuterar *rättsfakta* och *rättsföljder*, det råder *adekvat kausalitet* mellan en skadeorsak och en skada, en man och en kvinna förenar sig i *ett äktenskap*, några personer sluter sig samman och bildar *ett aktiebolag*, varvid en *juridisk person* ser dagens ljus etc. Ingen av de här nämnda storheterna kan iakttagas med våra sinnens hjälp eller medelst instrument. De är skapelser av den mänskliga fantasin, konstuerade för att tillfredsställa behov, som uppstår, när människor lever tillsammans i samhällen. Det var förvisso ett sisyfosarbete Uppsalaskolan åtog sig, när den försökte rensa ut abstraktionerna ur det juridiska tänkandet.

Rättsvetenskapen, och juridiken över huvud taget, bör ej låta ontologiska skrupler lägga hinder i vägen för nybildning av fruktbara begrepp (för att inte tala om den bland en del rättsvetenskapsmän förekommande, en smula sjäpiga fruktan för att deras begreppsbyggnad ej kommer att bli allmänt accepterad). Däremot bör rättsvetenskapsmannen alltid upplåta en vrå av sitt medvetande åt Ockham och hans välsignelsebringande rakkniv. Fler entiteter än nödvändigt bör inte introduceras.

Vi har nu hunnit så långt i vår diskussion av rättsregelbegreppet att vi kan våga oss på en begreppsbestämning.

(B8) *En rättsregel* är en utsaga, som är uttryckt i eller kan uttryckas i en rättsregelsats.

Något mer preciserat eller specificerat rättsregelbegrepp behöver inte juristerna. Tvärtom, mer specificerade rättsregelbegrepp — som ofta är uppställda för helt andra syften än det att konstruera ett begrepp, som kan fungera som *en nyttig tankeenheter* i det juridiska tänkandet — visar sig vanligen vara föga tjänliga för just detta ändamål. Däremot är vårt "minimala" rättsregelbegrepp dels tillräckligt vidsträckt för att ge utrymme åt en stor mängd fruktbara klassifikationer av rättsregler och dels väl ägnat som grundbegrepp och "upphängningsanordning" för accessoriska begrepp, något som vi skall försöka visa i närmast följande avsnitt.

1.7. Till rättsregelbegreppet accessoriska begrepp

1.7.1. Inledning

Med den ovan uttryckta uppfattningen följer emellertid en del problem. Om man dels hävdar att rättsregler är utsagor och dels att det är meningsfullt att tala om att rättsregler tillämpas, efterleves, brytes, gäller osv, måste man kunna ge en tillfredsställande förklaring till det vid första påseendet egendomliga i talet att *utsagor* kan efterlevas eller brytas, tillämpas, gälla osv. Eller mer generellt uttryckt: För varje till rättsregelbegreppet accessoriskt begrepp *a* måste man ha ett svar på frågan

(P5) Hur förhåller sig *a* till rättsregelbegreppet?

Vi skall i det följande diskutera de i 1.1 ställda frågorna P5.1—P5.5 var för sig (P5.6 behandlas separat i kap 5). Som inledningsvis framhållits är avsikten inte att presentera några kompletta explikationer av de här behandlade accessoriska begreppen utan blott att klargöra deras förhållande till rättsregelbegreppet. Den bakomliggande grundtanken är därvidlag, att ovannämnda egendomlighet försvinner, om man betraktar påståenden av typen ”regeln *r* tillämpas vid svenska domstolar” som *ett slags elliptiskt utformade* påståenden om vissa sakförhållanden.

1.7.2. Att efterleva rättsregler. Tillika några reflexioner om tillåtelser, böraregler och legaldefinitioner

Vi angriper först frågan

(P5.1) Vad innebär det att en rättsregel *efterleves*?

Att efterleva en normativ utsaga är att handla såsom man enligt utsagan skall handla. Rättsregler som ej är normativa utsagor (se nedan om legaldefinitioner) kan varken efterlevas eller brytas. (Däremot är sådana rättsregler alltid utbytbara mot normativa utsagor; jfr B1—B5 i avsnitt 1.5.)

Låt *F* vara ett komplex av omständigheter, *a* en person eller ett kollektiv av personer och *h* en handling. Vi uppställer följande begreppsbestämningar:

(B9.1) *Påbudet* ”Om *F*, så skall *a* utföra *h*” efterleves av *a* om och endast om *a* utför *h* därest *F*. Om *a* icke utför *h* därest *F*, så bryter *a* mot regeln.

(B9.2) *Förbudet* "Om F , så får a ej utföra h " efterleves av a om och endast om a ej utför h därest F . Om a utför h därest F , så bryter a mot regeln.

Regeln "Om F , så får a utföra h " efterleves av a vare sig a utför h därest F eller ej. Eller annorlunda uttryckt: Regeln kan ej brytas. (Jag bortser här från i påbud implicerade tillåtelser av innebörd att man får göra det man skall göra — men att man inte får underlåta detta.) Genuina och självständiga *permissiva rättsregler* är redundanta i ett regelsystem. När permissiva regler förekommer i lagen, är de emellertid vanligen antingen icke-genuina eller osjälvständiga permissiver, dvs de tillhör någon av nedanstående kategorier:

(i) Den permissiva regeln "Om F , så får a utföra h " är avsedd att betraktas som ett påbud när F och vissa ytterligare, ej explicit angivna omständigheter, G , föreligger. I detta fall är regeln ett *icke-genuint* permissiv, dvs en regel som är formulerad som ett permissiv, ehuru den i själva verket är en regel av typen "böraregel", till vilken typ vi strax återkommer.

(ii) Den permissiva regeln anger ett undantag från ett påbud eller ett förbud, dvs den har en *osjälvständig* karaktär. Regeln kan i dylikt fall elimineras ur regelsystemet genom ytterligare specificering av ifrågavarande påbud eller förbud (vilket självfallet inte får uppfattas som en lagskrivningsteknisk rekommendation).

Sålunda är regeln

(r_1) Om $F \& G$, så får a underlåta att utföra h
ett undantag från regeln

(r_2) Om F , så skall a utföra h
och regeln

(r_3) Om $F \& G$, så får a utföra h
ett undantag från regeln

(r_4) Om F , så får a ej utföra h .

(Ett undantag från ett påbud kan självfallet också vara ett förbud, t ex undantag från r_2

(r_1') Om $F \& G$, så får a ej utföra h

liksom ett undantag från ett förbud kan vara ett påbud, t ex undantaget från r_4

(r_3') Om $F \& G$, så skall a utföra h .)

En böraregel av typen "Om *F*, så bör *a* utföra *h*" kan ofta betraktas såsom en regel som säger att *a* skall utföra *h* därest *F* och vissa ytterligare, ej explicit angivna omständigheter, *G*, föreligger. Regeln kan i dylika fall särbrytas i två skilda regler

(*r*₅) Om *F* & *G*, så skall *a* utföra *h*
och

(*r*₆) Om *F* & icke-*G*, så får *a* underlåta att utföra *h*

där *r*₆ är vad jag ovan kallat en genuin permissiv regel och således redundant i regelsystemet. "Böraregler" i lagtext kan alltså ibland betraktas som ett slags ofullständigt specificerade påbud. Böraregeln är ett påbud, som uppträder i en några nummer för stor kostym. Ett exempel: I 1964 års lag om behandling i fängsvårdsanstalt (ej längre i kraft) hette det (28 § 2 st): "Om intagens hälsotillstånd påkallar det, bör han få vistas utomhus utöver den tid som i regel medges." Det ligger nära till hands att tolka denna regel (även med beaktande av dess undantagskaraktär) så, att intagen *skall* beredas möjlighet att vistas utomhus, om hans hälsotillstånd påkallar det *samt* vissa ytterligare omständigheter föreligger — vilka omständigheter lagstiftaren utelämnat kanske på grund av den lagskrivningstekniska svårigheten att i ord kortfattat återgiva dem i deras mångfald (eller kanske rentav på grund av att vissa bristfälligheter inom den s k fängelsevården därigenom skulle komma i dagen), såsom tillgången till bevakningsbara utomhusanläggningar, personal, ekonomiska resurser etc.

Det har sitt intresse att notera, att lagstiftaren ofta använder olika lagskrivningssätt för att undgå svårigheter av här återgivet slag. 3 st av samma paragraf lyder sålunda: "Gymnastik- och idrottsövningar böra anordnas för de intagna, om så kan ske." Här föreligger en dubbel reservation, som kan förefalla en aning sjäpig: både i ordet "böra" och i rekvisitet "om så kan ske". Regeln hade likaväl kunnat formuleras antingen "Gymnastik- och idrottsövningar skall anordnas för de intagna, om så kan ske" eller "Gymnastik- och idrottsövningar böra anordnas för de intagna". Det förstnämnda tillvägagångssättet användes f ö i 29 § 2 st av samma lag: "Intagen som så önskar skall, om det kan ske, beredas tillfälle att inom anstalten utöva sin religion." Reglerna i 28 § 2 respektive 3 st samt i 29 § 2 st torde i realiteten ha exakt samma normativa status.

Vad innebär det vidare, att man efterlever en regel av typ *legaldefinition* (och normativfragmentariska utsagor över huvud taget)?

Antag att vi i lagen har en legaldefinition, *d*,

(d) $t =_{\text{def}} \mathcal{U}$

där t är definiendum och u definiens.

Vi har tidigare (avsnitt 1.5. jämfört med 1.6.) karakteriserat legaldefinitionen såsom en utsaga, som kan infogas i en normativ utsaga så att en ny normativ utsaga, mer precis är den förra, uppstår. Legaldefinitionen är med detta synsätt en normativfragmentarisk utsaga.

Ett annat sätt att se på saken är detta. Ehuru d själv ej är en normativ utsaga, är den dock *utbytbar mot* en sådan. Legaldefinitionen är med detta synsätt en förklädd normativ utsaga. (Om utbytbarhet se vidare avsnitt 1.7.3. nedan.)

Först måste emellertid d specificeras något ytterligare. Legaldefinitioner brukar ju, förutom själva definitionen, också innehålla en angivelse om, vilka rättsregler innehållande t som definitionen skall användas för. Sådana angivelser återfinnes i lagtext i uttryck av typen "kallas i denna lag" (3 och 4 §§ köplagen), "I denna kungörelse användes följande beteckningar med nedan angivna betydelse" (2 § vägtrafikkungörelsen), "... enligt brottsbalken är" (KK 1968 om innebörden i rättsligt hänseende av begreppen krigsmakten och krigsman) och liknande. Vi introducerar termen (legaldefinitionens) *revir*.

(B9.3a) *Reviret* för en legaldefinition, l , är klassen av de rättsregler på vilka l är tillämplig.

d kan härefter specificeras sålunda:

(d') För varje t i $r_1, \dots, r_n$: $t =_{\text{def}} \mathcal{U}$

där $r_1, \dots, r_n$ är d' :s *revir*.

d' är utbytbar mot den normativa utsagan

(d*) a skall läsa t såsom u varhelst t förekommer i $r_1, \dots, r_n$.

Vad som efterlevs vid användningen av en legaldefinition är således nog taget inte legaldefinitionen själv (d') utan en mot denna utbytbar normativ utsaga (d*):

(B9.3b) a efterlever den mot legaldefinitionen l utbytbara normativa utsagan l' om och endast om a läser definiendum i l såsom definiens i l varhelst definiendum förekommer inom l :s *revir*. a bryter mot l' om och endast om a icke läser definiendum i l såsom definiens i l varhelst definiendum förekommer inom l :s *revir*

varefter man självfallet på ett indirekt sätt kan säga att

(B9.3c) a efterlever l om och endast om a efterlever l^* . a bryter mot l om och endast om a bryter mot l^* .

1.7.3. Att tillämpa rättsregler. Tillika några reflexioner om transformation av rättsregler och om påbud och förbud.

Vi går vidare till frågan

(P5.2) Vad innebär det att en rättsregel *tillämpas*?

Detta problem har ägnats en hel del tankemöda. Jag kan emellertid inte finna annat än att svaret på P5.2 är mycket enkelt och nära till hands liggande. Rättstillämpningens problematik är inte knuten till innebörden hos begreppet "rättstillämpning" utan till själva tillämpningsverksamheten, dvs till hur man gör när man tillämpar rättsregler.

(Kort notis: Den uppfattning om rättstillämpningens innebörd som här redovisas skiljer sig från den som lancerades i Frändberg (1973, s 85), där jag tilldelade termen en mer speciell betydelse. Vad jag där kallade "tillämpning" bör, anser jag nu, utbytas mot någon annan term.)

I litteraturen tycks råda en betydande enighet om det lämpliga i att lägga restriktioner på den krets av personer som över huvud taget kan tillämpa rättsregler. Man brukar hävda, att endast myndighetspersoner i deras myndighetsutövning kan tillämpa rättsregler. Det är således ingen rättstillämpning när privatpersoner efterlever rättsregler eller på något sätt anpassar sitt handlande efter dem, och inte heller när professionella juriskonsulter (t ex advokater) ger råd till sina klienter. Det finns också goda skäl (varom något nedan) att lägga denna restriktion på tillämpningsbegreppet.

Av det sagda följer, att den vanliga distinktionen mellan myndighetsadresserade och medborgaradresserade rättsregler här måste beaktas.

Vad angår tillämpningen av *myndighetsadresserade rättsregler* kan vi uppställa definitionen (där m är en myndighetsperson eller ett kollektiv av sådana och r är en till m adresserad rättsregel):

(B10) m tillämpar r om och endast om m efterlever r i sin myndighetsutövning

varvid "efterlever" användes just i den betydelse ordet tilldelats i föregående avsnitt. Sålunda tillämpar domaren d regeln "Om någon stulit, skall han dömas till fängelse i högst två år" genom att d dömer tjuven t till fängelse i t ex ett år.

Men hur skall tillämpning av *medborgaradresserade rättsregler* förstås? Också här förefaller mig svaret enkelt: medborgaradresserade rättsregler kan inte tillämpas. Däremot kan medborgaradresserade regler *utbytas mot* myndighetsadresserade regler och det är tillämpningen av dessa man avser, när man säger, att medborgaradresserade regler tillämpas.

Tanken att en viss rättsregel i juridisk argumentation är utbytbar mot en annan har framförts i en skarpsinnig uppsats av Sven Larsson (1975, s 68) och det är denna idé jag här utnyttjar på ett mer generellt sätt (vilket tilltag Larsson kanske inte alls skulle godtaga). Sålunda är regeln (36 § köplagen förkortad)

(r_1) Har i följd av dröjsmål å köparens sida säljaren haft kostnad för godsets vård, njute han av köparen ersättning

utbytbar mot den myndighetsadresserade regeln

(r_2) Har i följd av dröjsmål å köparens sida säljaren haft kostnad för godsets vård och ersätter köparen ej denna kostnad och yrkar säljaren sådan ersättning, skall domaren utdöma denna ersättning.

Att r_1 och r_2 skulle vara identiska kan naturligtvis inte göras gällande. Däremot kan man hävda, att r_2 är en *adekvat myndighetsadresserad motsvarighet* till r_1 . Explikationen av sådana motsvarighetsrelationer är en fruktbar allmänrättslig uppgift, som förmodligen skulle lägga i dagen intressanta drag i det juridiska tänkandet, men en sådan explikation hör inte till vårt ämne. Här skall endast det uppslaget framkastas, att man kan tänka sig att det finns regler för hur adekvata myndighetsadresserade motsvarigheter till medborgaradresserade regler korrekt konstrueras, låt oss kalla dem *transformationsregler*. En preliminär definition av ifrågavarande motsvarighetsrelation kunde då vara (T är mängden av transformationsregler)

(B11) Regel r' är en adekvat myndighetsadresserad motsvarighet till den medborgaradresserade regeln r om och endast om r' konstruerats utifrån r enligt regler i T ,

varefter den närmare analysen av motsvarighetsrelationen skulle bestå i att formulera reglerna i T .

En sådan transformationsregel kunde, antydningssvis, ha följande utseende.

Låt oss skriva om r_1 så här:

(r_1') Om säljaren i följd av dröjsmål å köparens sida haft kostnad för godsets vård, så skall köparen ersätta säljaren för kostnaden.

Strukturen hos r_1 kan, mycket grovt, återges sålunda:

(r_1^*) Om x , så skall: y

I förevarande exempel låter vi " x " stå för "säljaren har i följd av dröjsmål å köparens sida haft kostnad för godsets vård" och " y " för "köparen ersätter säljaren för kostnaden". Låt vidare *Proc* (y) stå för någon processuell spelöppning innefattande krav på y ("säljaren väcker talan mot köparen om att köparen skall ersätta säljaren för kostnaden", i detta exempel). Det låter sig då sägas att r_2 , likaledes mycket grovt, har strukturen

(r_2^*) Om x & icke- y & *Proc* (y), så skall: Domaren dömer: Skall: y

(där rättsföljden i vårt exempel i mer naturligt språk skall läsas: "så skall domaren döma att köparen skall ersätta säljaren för kostnaden").

Den transformationsregel som här använts för att skapa den mot r_1 adekvat svarande myndighetsadresserade regeln r_2 skulle då sägas ha den innebörden att mot en medborgaradresserad regel med en struktur av typen r_1^* svarar adekvat en myndighetsadresserad regel med en struktur av typen r_2^* .

Vi har hittills behandlat det fallet att den medborgaradresserade regeln är ett påbud. Men hur ser motsvarande transformationsregel ut i det fallet att den medborgaradresserade regeln är ett förbud?

I detta fall ställer sig saken annorlunda. Detta beror på det triviala faktum att en handling, som företagits i strid mot ett förbud, inte vare sig med rättsliga eller andra medel kan göras ogjord — medan det vid underlåtelse att utföra ett påbud vanligen (men ej alltid) är möjligt att i efterhand utföra den påbudna handlingen (och uppfyl-

lelsetvång går att realisera). Om sålunda ett medborgaradresserat förbud har grovstrukturen

(r_3^*) Om x , så får icke: y

(t ex "Om bil framföres där hastighetsbegränsning råder, så får denna ej överskridas"), så kan en mot förbudet svarande myndighetsadresserad regel ej konstrueras utifrån förbudet ensamt på det sätt som är möjligt vid påbud, nämligen genom att låta rättsföljden i den myndighetsadresserade regeln avse uppfyllelse av det som underlåtit i strid mot det medborgaradresserade påbudet. Om inte det medborgaradresserade förbudet skall vara en ren *lex imperfecta*, måste det därför redan från början *vara kombinerat med* en sekundär myndighetsadresserad regel, vars rättsföljd *innehåller något mer* än vad som kan utläsas ur det medborgaradresserade förbudet, nämligen, generellt uttryckt, ett slags substitut för den företagna förbjudna handlingen. Strukturen hos en sådan sekundär regel är

(r_4^*) Om x & y , så skall: Domaren dömer: Skall: w

(t ex "Om bil framföres där hastighetsbegränsning råder och denna överskrides, så skall domaren döma att föraren skall utge böter"). "w" är detta "mera", som tillägges ("föraren utger böter").

Normtemat "w" kan karakteriseras som *ett rättsligt substitut*, något som "ersätter" den handling som ej kan göras ogjord, ett slags "näst bästa", som skall minimera skadeverkningarna av en i strid mot ett förbud företagen handling (jfr Frändberg, 1973, s 76 f). Vanligen är det rättsliga substitutet en sanktion. Vid konstruktionen av rättsliga substitut bygger man i regel på en relation av praxeologisk natur mellan w och y , av exempelvis det slag att om w företages (t ex föraren betalar böter), så upprepar lagbrytaren inte handlingar av typen y (t ex att överskrida hastighetsbegränsningar), dvs individualprevention, eller påverkas människor i allmänhet att ej utföra sådana handlingar, dvs allmänprevention, eller åsamkas lagbrytaren ett obehag i proportion till den utförda handlingen, dvs "rättvis" vedergällning, eller åstadkommes kompensation för skada genom y , dvs reparation.

Här har alltså lagts i dagen ett slags inkongruens mellan påbudet och förbudet. Förbuden ensamma kan ej transformeras utan blott kompletteras. Dock kan i vissa fall även vid påbud uppfyllelse i ef-

terhand vara omöjlig (en säljare kan exempelvis ej leverera visst gods, enär något gods av det slaget ej längre går att anskaffa). I sådana fall gäller *mutatis mutandis* vad som sagts om förbudet.

En transformation liknande den som hittills diskuterats kan vidare — inom kategorin myndighetsadresserade regler — utföras för att av vad Ekelöf (1964) kallar domsregler konstruera däremot svarande verkställighetsregler. Mot domsregeln r_2 svarar verkställighetsregeln

- (r_5) Har domaren dömt köparen att till säljaren utge skadestånd enligt regeln i 36 § köplagen *och* utger den förre ej skadestånd till den senare *och* yrkar den senare exekution, så skall exekutionsmyndighet verkställa exekution.

Om vi låter " z " stå för regelkomponenten "Domaren dömer: Skall: y " i r_2^+ och " $Ex(y)$ " stå för någon exekutiv spelöppning avseende y , kan strukturen hos r_5 återges sålunda:

- (r_5^+) Om z & icke- y & $Ex(y)$, så skall exekutor åstadkomma att y

varefter transformationsregeln kan sägas vara av innebörd att mot en domsregel med en struktur av typen r_2^+ svarar en verkställighetsregel med en struktur av typen r_5^+ .

Att notera är att x självt inte utgör rekvisit i r_5^+ utan i stället z (som mycket väl kan föreligga, ehuru x ej föreligger), något som på det regelstrukturella planet återspeglar det förhållandet att den exekutiva myndighetsutövningen är skild från den dömande och därtill i viss mening underordnad denna — ett grundläggande drag hos strukturen i rättsordningens institutionella uppbyggnad i en rättsstat.

Slutligen kan påpekas, att man även kan tänka sig transformationsregler i motsatt riktning, dvs transformation av myndighetsadresserade regler till medborgaradresserade, t ex när en privatperson ur 8:1 brottsbalken utläser ett förbud mot att stjäla. Sådana transformationsregler lämnar vi här åsido.

Att tillämpa en rättsregel är sålunda detsamma som att efterleva en myndighetsadresserad rättsregel. Detta skulle kunna föranleda slutsatsen att tillämpningsbegreppet vore överflödigt. Tre skäl förefaller mig emellertid motivera ifrågasvarande begrepp.

För det första markeras genom en särskild term "rättstillämpning" att det finns regler, som bara kan efterlevas av myndighetspersoner i deras myndighetsutövning.

För det andra kan hävdas, att tillämpning av rättsregler i många fall har en annan social funktion än efterlevande av medborgaradresserade regler. Medan allmänhetens efterlevande av sådana regler är avsett att mera direkt medföra önskvärda samhällstillstånd, är myndigheternas tillämpning av myndighetsadresserade regler i dessa fall avsedd att garantera allmänhetens efterlevande av de medborgaradresserade reglerna. Det är denna iakttagelse som ligger bakom talet om de myndighetsadresserade reglerna såsom *sekundära* regler.

För det tredje, och främst, är det i högsta grad påkallat att ha ett samlande namn på de olika intellektuella operationer som myndigheternas regelefterlevande består uti.

Självfallet kan man på ett indirekt sätt säga att även medborgaradresserade regler kan tillämpas, nämligen enligt schemat

(B12) m tillämpar den medborgaradresserade regeln r om och endast om m tillämpar en mot r adekvat svarande myndighetsadresserad regel r' .

1.7.4. Nästa fråga är

(P5.3) Vad innebär det att en rättsregel är *ändamålsenlig*?

Den första fråga som här inställer sig är naturligen: Hur kan utsagor vara ändamålsenliga? Svaret härpå är, att när det sägs att en rättsregel är ändamålsenlig eller motsatsen, är detta ett elliptiskt sätt att uttala sig om vissa sakförhållanden. Vilka dessa sakförhållanden är skall vi försöka utreda i det följande.

För att över huvud taget tycka det vara av intresse att tala om rättsreglers ändamålsenlighet måste man ha en teleologisk (final, instrumentell) syn på rättsreglerna: dessa är medel för att uppnå vissa önskvärda samhällstillstånd. Med denna inställning är det naturligt att laborera med praxeologiska utsagor av typen (r är en rättsregel och s ett önskvärt samhällstillstånd):

- (i) r är avsedd att medföra s
- (ii) om r efterleves, inträffar s
- (iii) om r tillämpas, inträffar s
- (iv) om r efterleves, inträffar sannolikt s
- (v) om r efterleves i stort sett, inträffar s

och liknande. Utsagor av detta slag handlar om *rättsgrunder*. Rättsgrundbegreppet har jag expliciterat i annat sammanhang (1973, s 75—82 och 143 f) och jag hänvisar den intresserade läsaren dit.

Låt oss uppställa följande begreppsbestämningar:

(B13.1) Regeln "Om F , så skall a utföra h " är ändamålsenlig med avseende på uppnåendet av samhällstillståndet s om och endast om det förhåller sig så att om a utför h därest F , så orsakas med hög grad av sannolikhet s

(B13.2) Regeln "Om F , så får a ej utföra h " är ändamålsenlig med avseende på s om och endast om det förhåller sig så att om a underlåter att utföra h därest F , så orsakas (vidmakthålles) med en hög grad av sannolikhet s

eller, enklare uttryckt

(B13*) Regeln r är ändamålsenlig med avseende på s om och endast om det förhåller sig så att om r efterlevs (tillämpas), så orsakas med en hög grad av sannolikhet s .

Beträffande sådana permissiva regler som utgör undantag från påbud eller förbud (se ovan avsnitt 1.7.2.) kan sägas, att påbudet eller förbudet inte ansetts vara ändamålsenligt (utan kanske rentav motsatsen) med avseende på just det fall som regleras i den permissiva regeln, vilket fall därför undantagits från påbudet eller förbudet.

Beträffande de genuina permissiva reglerna (vilka kan vara osjälvständiga) — dvs regler av typen "Om F , så får a utföra h ", där såväl utförandet som underlåtet av h är tillåtet för a därest F , eller med andra ord, där a har *valfrihet* med avseende på h därest F — gäller att de varken är ändamålsenliga eller motsatsen. Däremot kan man tänka sig att *själva det förhållandet att a har valfrihet* är (ändamålsenligt i förhållande till) ett önskvärt samhällstillstånd.

En regel av typen "Om F , så bör a utföra h " kan, hävdades i avsnitt 1.7.2., sönderbrytas i dels ett påbud och dels en genuin permissiv regel. Låt oss kalla det ur en böraregel utbrutna påbudet *böraregelns substantiella innehåll*. Låt vidare r vara en böraregel och r^* dess substantiella innehåll. Vi kan då säga att

(B13.3) r är ändamålsenlig om och endast om r^* är ändamålsenlig.

Kan, vidare, legaldefinitioner vara ändamålsenliga? Ja, eftersom en legaldefinition är en fragmentarisk regel i förhållande till reglerna inom dess revir, ligger följande bestämmning nära till hands:

(B13.4) Legaldefinitionen ld ($t =_{def} u$) är ändamålsenlig om och endast om reglerna inom ld 's revir är ändamålsenliga, när t utbyts mot u varhelst t förekommer inom reviret.

B13.4 kan lätt relativiseras så att den tillåter att ld är ändamålsenlig med avseende på vissa regler inom reviret men ej på andra.

1.7.5. En icke ointressant fråga är

(P5.4) Vad innebär det att en rättsregel är *effektiv*?

I rättspolitisk argumentation, vare sig den förekommer i lagstiftningsarbete, rättskipning, rättsdogmatik eller allmändebatt, kan det vara fruktbart att diskutera rättsreglers effektivitet (och det vare sig man gillar eller ogillar rättsreglerna i fråga). En rättsregel, r , som visserligen är ändamålsenlig men som i stort sett ej efterlevs (tillämpas) kan inte sägas vara effektiv. (Att r efterlevs eller tillämpas i stort sett innebär här att r efterlevs eller tillämpas i de flesta fall som är hänförliga under r .) Å andra sidan är, synes det mig, en regel som väl i stort sett efterlevs (tillämpas) men som ej är ändamålsenlig inte heller den effektiv. Jag föreslår därför för juridiskt bruk följande användning av begreppet "effektivitet" predicerat på rättsregler:

(B14) r är effektiv om och endast om (i) r efterlevs respektive tillämpas i stort sett och (ii) r är ändamålsenlig.

1.7.6. *Om rättsreglers giltighet; tillika några reflexioner om naturrätten, juridikens väsen och rättsdogmatiken.*

Till sist den verkliga paradfrågan:

(P5.5) Vad innebär det att en rättsregel *gäller*?

Säger någon att en rättsregel gäller på ett obetingat sätt, dvs att den "objektivt" kort och gott gäller, säger vederbörande något om vars innebörd det är mycket svårt att göra sig en föreställning.

Men de giltighetsföreställningar vi knyter till rättsreglerna är praktiskt taget alltid relativiserade sådana, vilka relativiseringar är av exempelvis nedanstående slag (r är någon rättsregel):

- (1) r gäller enligt moralläran M
- (2) r gäller enligt naturrättsläran N
- (3) r gäller enligt rättsskälsläran K
- (4) r gäller enligt rättsskipningspraxis i samhället S .

Flera andra slag av relativiserade giltighetsbegrepp kan självfallet tänkas, liksom att en och samma regel kan gälla i flera olika avseenden. I fallet (1) kan vi tala om *etisk giltighet*, i fallet (2) om *naturrättslig giltighet* och i fallen (3) och (4) om två olika slag av *positivrättslig giltighet*.

Här skall huvudintresset fästas vid den positivrättsliga giltigheten. Men först skall vi något beröra en central fråga av rättsideologisk natur, vilken kan formuleras utifrån ovanstående giltighetsbegrepp. Denna fråga rör varken mer eller mindre än själva livsnerven i vår rättskultur, ty det svar vi tilldelar den avgör hela vår hållning till den juridiska rätten.

Frågan lyder:

(P5.51) Om, beträffande ett givet fall, en gällande moralisk regel kolliderar med en gällande positivrättslig regel eller med en gällande naturrättsregel, eller om en gällande naturrättsregel kolliderar med en gällande positivrättslig regel: vilken regel skall ges prioritet?

Vi säger att

(B15) en person har *en moralistisk attityd*, om han ger regler tillhörande något moralsystem M prioritet över konkurrerande regler i varje naturrättsligt eller positivrättsligt system; en person har *en naturrättslegalistisk attityd*, om han ger regler tillhörande något naturrättsligt system N prioritet över konkurrerande regler i varje moraliskt eller positivrättsligt system; en person har *en positivrättslegalistisk attityd*, om han ger regler tillhörande något positivrättsligt system P prioritet över konkurrerande regler i varje moraliskt eller naturrättsligt system.

En rättspositivist *i vid mening* — dvs en person, som förkastar naturrättsläror (jfr Olivecrona, 1966, s 81) — är självfallet inte alls förpliktad, på grund av denna sin egenskap, att intaga en positivrättslegalistisk attityd: han kan mycket väl ha en moralistisk attityd eller ingen attityd av ovannämnt slag alls. Motsvarande gäller, mutatis mutandis, rent logiskt beträffande en naturrättsanhängare, ehuru man i praktiken aldrig torde få möta en sådan, som intager en positivrättslegalistisk attityd. Däremot finns det bland naturrättens företrädare en stark tendens att (vanligen implicit) förneka, att den företrädade naturrätten över huvud taget kan strida mot en moral av, säg, elementär humanitär natur — en sådan som hävdar vad som brukar kallas fundamentala mänskliga rättigheter. Men en dylik åsikt kan inte utan vidare tagas för god.

För att kvalificeras såsom naturrättsanhängare måste man nämligen rimligtvis omfatta *någon naturrättslig teori* — vilka faktiskt existerande teorier av detta slag inbördes är av så olikartad karaktär att endast den idéhistoriska traditionen att hänföra dem under samma begrepp kan motivera att så sker —, t ex det finns delar av en evig, av Gud given rätt, som människorna kan förstå genom sitt förnuft eller att det finns oföränderliga och allmängiltiga regler, påminnande om matematiska axiom, vilka människorna förstår genom sitt förnuft och vilka regler gäller, även om Gud inte existerar. Upprätthålles inte detta krav på en naturrättsanhängare utan låter man ordet "naturrätt" äga den slappa innebörd det tilldelats i efterkrigstidens Västtyskland, framstår ju varenda moralist som en naturrättens bänérförare, inkluderande såväl Bentham som professorerna Kelsen, Hägerström, Ross, Hedenius och Hart, och termen "naturrättsanhängare" har förvandlats till ett rent honnörsord.

Ingenting alls hindrar nu, att regler av nyss exemplifierat naturrättsligt slag kan strida mot vad som ovan kallats en elementär humanitär moral. Hävdar man därför en överensstämmelse mellan en sådan och innehållet i någon naturrätt, är man *skyldig att visa* att en dylik överensstämmelse föreligger. Och denna skyldighet kan man inte uppfylla, om man inte först lyckas prestera ett godtagbart svar på de tre första av nedanstående frågor, vilka jag skulle vilja kalla *naturrättens fyra grundfrågor* (N är någon naturrättslära):

(P5.52a) Vilken är N:s "källa" (NK)?

(P5.52b) Vilka regler innehåller N (NI)?

(P5.52c) Hur visar man att NI "följer ur" NK?

(P5.52d) Om reglerna i NI alltid har prioritet över kolliderande regler i andra naturrättssystem eller i icke naturrättsliga system: varför är så fallet?

Vad beträffar den klassiska stridsfrågan "naturrätt contra rättspositivism (i vid mening)", kan jag blott konstatera, att det, såvitt jag vet, aldrig har existerat någon naturrättslära, som presterat acceptabla svar på samtliga naturrättens fyra grundfrågor (särskilt problematisk är naturligtvis P5.52c) och därför måste naturretten på dess nuvarande ståndpunkt förkastas. Huruvida en hållbar naturrättslära ändå någon gång i framtiden kan komma att se dagens ljus, det är en öppen fråga.

Tills vidare får jag alltså betrakta mig som rättspositivist i ordets vidare mening. För mig, liksom för så många andra, är det därvid naturligt att kombinera denna rättsteoretiska uppfattning med den rättsideologiska åskådning som jag ovan kallat den moralistiska attityden, när denna grundas på en elementär humanitär moral. Att dennas regler har prioritet över de naturrättsliga vid kollision följer redan trivialt därav, att jag, som sagt, inte blivit övertygad om existensen av sistnämnda slag av regler. Huruvida den elementära humanitära moralens regler bör slå ut positivrättsliga regler vid kollision dem emellan, beror, å sin sida, naturligtvis ytterst på hur de kolliderande reglerna ser ut i det konkreta fallet. På ett allmänt plan kan dock följande sägas. Huvudmotivet för den moralistiska attityden avseende den elementära humanitära moralens dominans är självfallet, att brott mot denna moral normalt innebär ett betydande mått av mänskligt lidande. Huvudmotivet för den positivrättslegalistiska attityden, å andra sidan, är värdet i upprätthållandet av förutsebarhet i rättsliga angelägenheter, dvs rättssäkerhet. Men vad innebär rättssäkerhet i ett samhälle, där elementära mänskliga rättigheter förtrampas, annat än vissheten hos offren om förestående lidande och vissheten hos förtryckarna om att de, vad rätten beträffar, lugnt kan fortsätta sin hantering? På sin höjd har förutsebarheten det värdet att potentiella offer kan hinna sätta sig i säkerhet, men det är ju inte en rättssäkerhet av detta slag som en legalist vanligen har i tankarna. Eljest kan ett inslag av rättsosäkerhet i ett sådant samhälle vara att föredraga, ju större desto bättre; av det slag, nämligen, att myndigheterna inte är konsekventa i sin människokränkande rättstillämpning utan lämnar en del potentiella offer i fred.

Och nu över till de båda positivrättsliga giltighetsbegreppen. Själva definitionerna av giltighetsbegreppen (3) och (4) behöver inte, om

man nu anser det vara mödan värt att uppställa sådana, vålla några större svårigheter. Vad som kan vara problematiskt i detta sammanhang knyter sig inte till definitionerna utan till frågor av typen

(P5.53) Vilka (slag av) rättsregler skall man låta gälla?

(P5.54) Hur tar man reda på huruvida en given rättsregel gäller?

(P5.55) Vilka rättsregler gäller för fallet F?

och liknande. För den konceptuella klarhetens behov är nedanstående definitioner av begreppet "gällande rättsregel" fullt tillräckliga.

Låt K vara någon rättskällelära (till begreppet "rättskällelära" hänför jag, förutom rättskällelära i strikt mening, även fast etablerad juridisk argumentationsteknik, eller tolkningslära), r en myndighetsadresserad regel, m någon myndighet, F ett komplex av omständigheter och t någon tidpunkt. Giltighetsbegreppet (3) kan då definieras på följande sätt:

(B16.1) Enligt K gäller r för m vid t därest F om och endast om r enligt K får tillämpas av m vid t därest F

och (låt r vara en medborgaradresserad regel och r' dess adekvata myndighetsadresserade motsvarighet)

(B16.2) Enligt K gäller r för m vid t därest F om och endast om r' enligt K får tillämpas av m vid t därest F .

Giltighetsbegreppet (4), å sin sida, kan definieras så här (S är något samhälle). (Jfr Hedenius, 1978, s 43 ff.)

(B17.1) r gäller enligt rättskipningspraxis i S vid t därest F om och endast om r tillämpas av myndigheterna i S vid t därest F

och (r' är en adekvat myndighetsadresserad motsvarighet till en medborgaradresserad regel r)

(B17.2) r gäller enligt rättskipningspraxis i S vid t därest F om och endast om r' tillämpas av myndigheterna i S vid t därest F .

Till de båda senaste definitionerna skall följande kommentarer knytas:

(1) Som framgår av dessa definitioner avses med ordet "rättskipningspraxis" inte myndigheternas rättsbildning genom prejudikat, dvs vad som brukar kallas rättspraxis, utan något mycket mer generellt: varje rättsregel r — det må vara en i någon lagbestämmelse eller i något prejudikat uttryckt regel eller något annat slags regel — gäller enligt myndigheternas rättskipningspraxis, såvida myndigheterna faktiskt tillämpar r under adekvata omständigheter. Sålunda gäller exempelvis regeln i 8:1 brottsbalken enligt svensk rättskipningspraxis, medan så ej är fallet beträffande regeln i 10:1 handelsbalken. En lagregel, som, ehuru i kraft, likväl ej gäller enligt rättskipningspraxis är obsolet och ett prejudikat, som ej gäller enligt rättskipningspraxis är t ex "föråldrat". En lagregels "självpåstådda giltighet" — ikraftvarandet — är inte tillräcklig, eller ens nödvändig, för att regeln i fråga skall gälla enligt rättskipningspraxis. Ordet "rättskipningspraxis" betecknar alltså ett socialt fenomen, en faktisk regelbundenhet, och får inte uppfattas som ett namn på en rättskälla.

(2) Definitionerna uttrycker ingen "prognoseori" (jfr Hedenius, 1978, s 41). Däremot kan som grund för en prognos om att regeln r kommer att tillämpas av myndigheterna vid en framtida tidpunkt t' ligga ett konstaterande av att r enligt rättskipningspraxis gäller vid en tidigare tidpunkt t , t ex då prognosen ställes.

(3) Ett påstående om att en regel, r , gäller enligt rättskipningspraxis invalidiseras inte därav, att myndigheterna *i en del fall* icke tillämpar r . Liksom alla andra påståenden om sociala regelbundenheter är nämligen påståenden av detta slag alltid blott approximativt riktiga (se härom vidare Hedenius, 1978, s 44 f).

(4) Moralen och naturrätten gör anspråk på internationell giltighet. Men rättspositivistisk giltighet brukar man, som bekant, relativisera till nationella rättssystem: man talar om "gällande svensk (norsk, fransk osv) rätt". Regeln i 8:1 brottsbalken tillhör gällande svensk rätt. Men även t ex en fransk regel, r , som för ett visst fall utpekas av en gällande svensk internationell kollisionsregel, uppfyller ju, såvida vi låter S vara Sverige, definitionerna 17.1 och 17.2 och r gäller därför enligt rättskipningspraxis i Sverige. Men å andra sidan vore det ju opraktiskt att betrakta r som en gällande svensk rättsregel. En distinktion inom kategorin "regler som gäller enligt rättskipningspraxis i S " är därför erforderlig och dess bättre inte svår att utföra.

Man kan helt enkelt vid behov skilja mellan (a) begreppet "gällande S:isk rättsregel" (t ex "gällande svensk rättsregel") och (b) begreppet "gällande gästregel enligt S:isk rätt" (t ex "gällande gästregel enligt svensk rätt"), där exempelvis en enligt rättskipningspraxis i Sverige gällande regel är en gällande svensk rättsregel, helt enkelt om den är producerad av svenska rättsbildande organ respektive en gällande gästregel enligt svensk rätt, om den utpekas av en gällande svensk kollisionsregel och inte tillhör den förra kategorin.

Definitionerna B16.1—2 och B17.1—2 är, som synes, helt förenliga med tanken att rättsregler är utsagor. Giltigheten hos rättsregler är definierad i termer av rättsreglers tillämpning i den betydelse av "tillämpning" som anges i definitionerna B10 och B12 i avsnitt 1.7.3., vilka definitioner i sin tur är helt förenliga med utsageteorin.

Jämför man nu de båda rättspositivistiska giltighetsbegreppen (3) och (4) med varandra, framträder en, enligt min uppfattning, mycket betydelsefull skillnad mellan dem — en skillnad, som starkt talar för, att man över huvud taget inte bör använda ordet "giltighet" i betydelsen (3) utan reservera denna term för betydelsen (4).

Skillnaden är denna. Det krävs inget mer djupgående studium av olika länders och tiders rättskälreläror för att konstatera, att sådana läror är fundamentalt obestämbara. Är det något som redan blygsamma juridiska studier klart lägger i dagen, så är det att rättskälreläran kan tillhandahålla argument för mycket olikartade, ja inbördes motsägande, "lösningar". Nyblivna juris studerande förvånas ofta över att i något rättsspörsmål exempelvis tingsrätten dömer på ett vis, hovrätten på ett annat, medan högsta domstolen kanske kommer till samma resultat som tingsrätten, men med en annan motivering. Snart nog förflyktigas väl förvåningen häröver och insikten blir en trivialitet, men själva upptäckten därav kan liknas vid pojkens i sagan om kejsarens nya kläder. Iakttagelsen träffar i själva verket något fundamentalt hos den juridiska rätten och måste därför tagas på allvar i analysen av densamma. Redan vad beträffar den mest specificerade och preciserade rättskällan, den skrivna lagen, gäller, att när verkligheten presenterar sina oförutsägbara och förbryllande konstellationer av omständigheter för domstolarna, så är lagen ofta otillräcklig eller otjänlig och den juridiska argumentationsteknik som mobiliseras som ytterligare resurs själv sådan att med dess hjälp regler (lösningar, tolkningar) kan uppställas, vilka inbördes är oförenliga — ehuru de, som sagt, alla är grundade på av rättskälreläran

tillåtna argument och därför, var och en av dem, *gäller* i betydelsen (3). Det är fåfäng tro, att man genom en aldrig så sofistikerad rättskällelära skall kunna kompensera för ofullkomligheten hos de i lagen eller annorstädes fixerade rättsreglerna. På ont och på gott måste vi leva med *den juridiska rättens ofrånkomliga osäkerhet*, och varje rättsteori som bortser från denna förmedlar i själva verket en falsk bild av den juridiska rätten. Denna osäkerhet kan man ej heller trolla bort genom att hävda, att det dock råder consensus inom juristsamhället beträffande rättskällelärans mest grundläggande principer. Ty även om så är fallet, är likväl dessa principer själva ofta inbördes oförenliga, när de appliceras på konkreta fall. Alla torde omfatta principerna om rättssäkerhet, rättvisa och effektivitet. Men rättssäkerheten kan strida mot såväl effektiviteten som rättvisan, och rättvisan mot effektiviteten.

Men motsvarande möjlighet av inkonsistens föreligger ej vad beträffar giltighet i betydelsen (4). Mängden av regler i ett samhälle, vilka gäller i betydelsen (4) är således avsevärt mindre (har ett färre antal medlemmar) än mängden av regler, som gäller i betydelsen (3). Och detta förhållande har sina konsekvenser såväl för det praktiska rättslivets jurister som för den akademiska juridikens företrädare.

Det är ett välkänt förhållande, att juristernas termer (ofta i mer eller mindre förvanskad betydelse) i hög grad ingår i det allmänna språkbruket. Detta gäller också termen "giltighet". För en lekman, t ex en rättssökande klient hos en advokat, torde en upplysning om, att i hans fall *gäller* de eller de reglerna naturligen innebära, att ifrågasvarande regler är de som han skall anpassa sitt handlande efter. Om därvid den jurist som givit upplysningen blott avsett att tala om, vilka regler som är acceptabla argument enligt den etablerade rättskälleläran, kan lekmannen i fråga komma att tillfogas kännbara rättsförluster, om han förlitar sig på upplysningen och handlar därefter. Det samma gäller om rättsvetenskapsmannen, som i konstruktiv stil utlägger något rättsområde och torgför sina utläggningar som gällande rätt. Ett starkt hederlighetskrav talar sålunda för att man använder termen "giltighet" predicerad på rättsregler endast i betydelsen (4). Jag vill därför i all blygsamhet, och utan hopp om framgång, föreslå den enkla språkliga konventionen att juristerna använder uttrycket *juridiskt gällande rättsregler* uteslutande om regler, som faktiskt tillämpas, och i stället talar om *juridiskt möjliga* (tänkbara, acceptabla) *rättsregler*, när blott avses regler, som har stöd i rättskälleläran (varvid självfallet vissa regler kan vara "mer möjliga" än andra).

Men, invänder någon, innebär inte detta att klassen av gällande (t ex svenska) rättsregler blir orimligt liten? Ty ofta kan man ju, som nyss framhållits, inte med någon vidare hög grad av sannolikhet säga att en viss regel faktiskt tillämpas.

Nej, just det. Och det är också detta förhållande som utgör motivet för det här förordade giltighetsbegreppet. Allmänheten, vilken den juridiska rätten skall tjäna, har ett lika vitalt som berättigat intresse av att veta just vilka regler som faktiskt tillämpas. Detta är allmänhetens främsta juridiska informationsintresse. Och för juristen gäller — sedan giltigheten eller bristen på sådan väl konstaterats — att *argumentera för* preciseringar, kompletteringar eller rent av inskränkningar av den gällande rätten. Tillspetsat uttryckt: Den egentliga juridiken tar vid sedan giltigheten väl blivit undersökt. Juridik, utöver den som rör sig på den rena lagkunskapens plan, är argumentation. (Därmed har inte förnekats, att själva regelfinnandet i vår tids genomreglerade samhällen är svårt nog, och ofta ställer höga krav både på lagkunskap och kombinatorisk förmåga.)

Upprätthåller man den av mig föreslagna distinktionen mellan giltighetsbegreppen (3) och (4), dvs mellan juridiskt gällande och juridiskt möjliga rättsregler, rycker man också undan grunden för den klassiska invändningen mot giltighetsbegreppet (4), nämligen att ett sådant giltighetsbegrepp inte hjälper domaren i hans rättstillämpning, eftersom domaren inte skall döma efter hur andra domare dömer utan efter vad som "gäller". Ty den giltighet man då har i tankarna är giltighet i betydelsen (3), vilket är något annat än giltighet i betydelsen (4).

Den här framlagda uppfattningen om juridikens natur och om giltighetsbegreppets innebörd har självfallet sina konsekvenser även för synen på den juridiska rättsvetenskapen, *rättsdogmatiken*, (i motsats till de icke-juridiska rättsvetenskaperna, såsom rättshistoria, rättssociologi, rättsantropologi och rättsekonomi).

Vi kan göra en distinktion mellan (i) *rättsdogmatik i strikt mening*, varmed avses bearbetning och vidareutveckling av rättsstoffet sådant det framträder framför allt i lagar och domstolsavgöranden: systematik av den disparata massan av rättsregler, tolkning av lagbestämmelser och prejudicerande domar, argumentationsanalys och -kritik, begreppsbildning, generalisering och syntetisering av regelmassan för att därav skapa ett sakligt sammanhängande och logiskt motsägelsefritt regelsystem samt formulering av rättsförbättrande rekommendationer ("de lege ferenda") o d och (ii) *rättsdogmatik i*

vid mening, vilken utöver den strikta dogmatiken även innefattar rättshistoriska (idé- och instituthistoriska), rättssociologiska och rättskomparativa undersökningar, när dessa utgör en integrerande del av strikt dogmatiska framställningar.

I det följande diskuteras endast den strikta rättsdogmatiken och vi använder ordet "rättsdogmatik" uteslutande om denna.

Vi kan nu ställa frågan

(P5.56) Hur förhåller sig rättsdogmatiken till den gällande rätten?

Först bör härvid påpekas att den gällande rättens omfång enligt min definition är beroende av hur man bestämmer uttrycket "myndighet". Vad myndigheter är för något måste därvid naturligtvis avgöras för varje enskild rättsordning för sig. — Uttrycket "gällande rätt" användes i det följande i den av mig förordade meningen.

Mitt svar på P5.56 kan nu sammanfattas i följande punkter.

(1) Den gällande rätten (eller, mera exakt, delar av denna) utgör inte "objekt" för rättsdogmatiken i den mening som uttrycket "objekt för en vetenskap" vanligen uppfattas, nämligen som en företeelse vilken vetenskapen söker förklara och vilken vetenskapsmannen i sin undersökning inte får påverka. Att en sådan påverkan sedan i praktiken ibland är svår att undvika kan exempelvis fysiker, psykologer och ekonomer ge åtskilliga exempel på, men denna vetenskapsmannens påverkan på objektet, när han undersöker detsamma, utgör för denne en olägenhet, som han strävar efter att eliminera. Så förhåller det sig inte med rättsdogmatiken. Dogmatikern förhåller sig till sitt föremål, inte som astronomen till himlakropparna utan som keramikern till leran — eller, för att inte göra lagstiftaren eller domaren någon orätt, såsom förädlaren till halvfabrikatet. Den gällande rätten är för dogmatikern inte blott ett objekt för analys utan främst för bearbetning, precisering (tolkning) och kritik. Den är blott en rättsdogmatikens naturliga utgångspunkt. Rättsdogmatiken är, med andra ord, *en konstruktiv* intellektuell verksamhet och påminner i detta avseende t ex om matematik, filosofi och ingenjörsvetenskap. Om man sedan vill beteckna denna verksamhet som "vetenskap" eller ej har jag svårt att uppfatta som någon särskilt intressant fråga. Huvudsaken är att densamma bedrivs på ett rationellt och okorrumpert sätt.

(2) Den gällande rätten behöver inte heller vara rättsdogmatikens enda objekt. Detta kan också utgöras av semi-officiell eller privat rättsbildning, i den mån rättsdogmatikern bedömer en sådan vara av intresse.

(3) Av det nu sagda följer att rättsdogmatikens "slutprodukt" vanligen inte är gällande rätt utan bearbetning och vidareutveckling (precisering, utvidgning, inskränkning) av densamma. Den egentliga rättsdogmatiken tar, liksom rättstillämpningen, vid sedan giltigheten väl blivit undersökt; rättsdogmatik är främst argumentation. En rättsdogmatik, som ålägger sig en strikt trohet mot den gällande rätten i det den blott söker "återge" densamma, måste också, på grund av den juridiska rättens ofrånkomliga osäkerhet, vara av begränsat värde för rättstillämparen, eftersom en sådan dogmatik, om den vill vara trogen sitt ideal, t ex måste avstå från varje tolkning av kontroversiella källställen. Och än mindre värde har den naturligtvis för lagstiftaren. Verksamheten inskränkes till ett slags identitetsbevarande systematik (och att en sådan i och för sig skulle vara utan intresse vill jag självfallet inte göra gällande). I Sverige har en dylik försiktig dogmatik hävdats framför allt av Rodhe (1944, s 4 ff), för övrigt en av vårt lands stora rättssystematiker. I andra ändan av skalan återfinner vi den stora klassiska doktrinen med närmast obefintlig anknytning till gällande lokal rätt: postglossatorernas för framtida rättsutveckling så betydelsefulla begreppsbildning och den rationella naturrättens mäktiga systembyggnad, utan vilken de stora europeiska kodifikationerna knappast varit möjliga att utföra. (Att denna naturrätt är dubiös *som rättsteori* innebär självfallet inte att den behöver vara detsamma som *juridik*.)

Det torde vara förmätet av en rättsteoretiker att uttala sig om hur rättsdogmatikerna bör bedriva sin verksamhet, men jag vill trots detta uttala min sympati för en starkt konstruktiv dogmatik. Huvudskälet härför har träffande formulerats av Ekelöf (1951, s 46 f). Han menar, att en vad jag här kallat försiktig dogmatik leder till "att de mest komplicerade problemen blir föga eller inte alls behandlade" och han tillägger: "Just i sådana fall har doktrinen hitintills ansetts ha en speciellt viktig uppgift att fylla. Om den avstår härifrån, kan man fråga sig om överhuvud någon kommer att befatta sig med att försöka bringa dylika spörsmål till slutgiltig lösning." Också ett uttalande av Hult (1952a, s 580 f) har i detta sammanhang

sitt intresse: ”Härutöver vill jag blott tillägga, att jag personligen skulle hava svårt att finna tillräckligt intresse för min uppgift som rättsvetenskapsman, om jag skulle begränsa mig till att blott registrera vad lagstiftaren uttryckligen och otvetydigt uttalat och vad domstolarna i olika tvistefrågor beslutat, samt därutöver eventuellt påpeka sådant som kan synas dunkelt och till sin innebörd osäkert. Vad som skänker liv åt juridiken är undersökningen av huru rättsreglerna och domstolsavgörandena äro att bedöma ur en allmän social synpunkt och huru olika lösningar av praktiska spörsmål förhålla sig till de särskilda ändamål, som de av lagstiftaren givna (eller oberoende av lagstiftaren utbildade) reglerna hava till uppgift att förverkliga. Att ur dessa synpunkter kritiskt granska såväl lagstadganden som domstolsavgöranden och att efter en dylik undersökning framställa sin egen uppfattning angående de behandlade frågorna, naturligen med klart angivande av att det ytterst är fråga om resultatet av en subjektiv värdering, synes vara det självfallna sätt, på vilket rättsvetenskapsmannen i framtiden liksom hittills har att fylla en av sina viktigaste uppgifter. Hans uppgift bör det sålunda vara att icke allenast bibringa de blivande juristerna insikt i rättsordningen och dess olika sammanhang samt översikt över dess principer utan även att efter förmåga vara till hjälp både för lagstiftaren (!) och för domstolarna.” (Se i denna fråga också framställningen i Sundberg, 1978, s 263—271.)

Att rättsdogmatikens syfte skulle vara begränsat till ett fastställande av gällande rätt skulle, enligt min uppfattning, medföra att universitetsjuridiken avstode från sin viktigaste uppgift: den konstruktiva, nyskapande, till vägledning för lagstiftning och rättskipning. Den självpåtagna begränsning som ligger i att rättsdogmatiken endast bör registrera ”rättsläget” leder till att rättskipningen kommer att vägleda doktrinen i stället för tvärtom, vilket inte kan vara till gagn för en på mer djupgående analys och argumentation grundad rättsutveckling. Rättsdogmatikens huvuduppgift är, som jag ser den, att erbjuda logiskt, teknologiskt och (inte minst) teleologiskt *bättre versioner* av den gällande rättens viktigaste delar (se härom vidare Frändberg, 1973, s 35 ff) och därutöver en egen, självständig rättsbildning (doktrin) på områden, där den gällande rätten är rudimentär eller helt obefintlig men där det föreligger ett starkt samhälleligt behov av rättslig reglering.

1.8. Därmed anser jag mig ha visat, att det begrepp ”rättsregel” som utlagts i detta kapitel uppfyller de villkor V1—V6 som inled-

ningsvis (avsnitt 1.4.) uppställdes för ett juridiskt fruktbart sådant. Begreppsbestämningen fångar den specifikt juridiska användningen av begreppet; detta är tillräckligt omfångsrikt för de mest skilda användningar, dess konnotation är — med resolut bruk av Ockhams rakkniv — minimal, rättsreglerna är så standardiserade att de kan uppfattas som enheter och — av samma skäl — så olikartade att fruktbara relationssystem, och, med deras hjälp, rättssystem, kan konstrueras. Slutligen är begreppet tillräckligt generellt för att, utan att konstigheter infinner sig, kunna fungera som bärare av en betydande uppsättning accessoriska begrepp.

Kap 2. Fragmentariska, molekylära och atomära rättsregler

2.1. Inledning

Som vi försökt visa i föregående kapitel fungerar rättsreglerna som ett slags *för tanken nödvändiga enheter* i det juridiska arbetet. Det juridiska källmaterialet utgör ett slags råvara (eller halvfabrikat), som bearbetas genom juridiska tankeprocesser. Resultatet av sådana processer kan vara olika ting: en klassifikation från någon given utgångspunkt av innehållet i materialet eller ett förslag till tekniska eller teleologiska förbättringar av detta material. Men det kan också vara ett beslut avseende en faktisk situation, vilket beslut i någon mening grundas på materialet och får uttryck t ex i en dom. De företeelser som kallas rättsregler är utomordentligt användbara enheter i nyssnämnda intellektuella processer, vilka utgör kärnan i såväl rättsskipning som systematisk rättsvetenskap.

Jag menar således, att "rättsregler" är det bästa svar på (bl a) nedanstående frågor som den allmänna rättsläran hittills kunnat erbjuda:

- (1) Vad är det som tillämpas, när man utför "rättstillämpning"?
- (2) Vad är det som tolkas, när man utför "lagtolkning"?
- (3) Vad är resultatet av lagtolkning?
- (4) Vad är det som systematiseras, när rättsvetenskapsmän säger sig "systematisera någon del av rättssystemet"?
- (5) Vad är resultatet av s k *de lege ferenda*-resonemang?

Bolding (1975, s 31) har emellertid framfört ytterligare en invändning mot bruket av ordet "rättsregel". Han framhåller, och däri har han rätt, att ordet i juridiken används i olika betydelser — dels i betydelsen "preliminär sats" (en regelformulering, t ex i lag, som kan behöva "tolkas" eller vilken kanske ej bör "tillämpas" enligt sin ordalydelse — med andra ord en regel som kan behöva någon form av juridisk bearbetning för att kunna tillämpas) och dels i betydelsen

”definitiv sats” (vilket, om jag förstått Bolding rätt, är en färdigtolkad, för direkt tillämpning iordningställd regel). Bolding ifrågasätter (1975, s 28) om det är lämpligt att ”utan närmare specifikation” använda ordet ”rättsregel” på detta sätt i olika betydelser.

Nej, det är det, enligt min mening, inte. Men om man lyckas formulera några sådana ”närmare specifikationer”, ser jag intet hinder mot att — i anslutning till rådande språkbruk — tala om rättsregler i bl a de båda nyssnämnda fallen. En sådan specifikation utförs lämpligen genom en klassifikation av olika typer av rättsregler. I det följande presenteras ett förslag till en dylik klassifikation.

Vår analys avser uteslutande den juridiska hanteringen av regler uttryckta i lagtext.

Vi föresätter oss, att rekonstruera det slag av juridisk problemlösning som består i användning av lagen *för att juridiskt kvalificera ett fall*, dvs en situation (tänkt eller verklig, generisk eller individuell) — vare sig kvalificeringen försiggår inom rättskipningen eller inom rättsvetenskapen.

(B18) Med *kvalificering* avses den juridiska etiketteringen av företeelser.

Genom kvalificering besvaras sålunda frågor av typen: Är tillgrepp av oifyllda checkblanketter egenmäktigt förfarande? (NJA 1965, s 58); Är en jaktstudsare ett sådant föremål som utgör beneficium enl 5:1 4 p utsökningsbalken? (NJA 1975, s 8); Är ärvd istadighet hos häst fel i godset enl 42 § köplagen? (NJA 1938, s 273).

Rekonstruktionens syfte är att visa, att — och hur — rättsregler kan spela en fruktbar roll som tankeenheter i denna form av problemlösning. Det allmänrättsliga problem som här föreligger kan formuleras så:

(P6) Hur kan på ett fruktbart sätt kvalificeringsförfarandet beskrivas i termer av rättsregler?

Vi skall i det följande tala om två *regelaspekter* för den juridiska problemlösaren: *ex ante*-aspekten respektive *ex post*-aspekten på rättsreglerna.

(B19) Regeln *r* ligger under en *ex ante*-aspekt för problemlösaren, om *r* utgör *utgångspunkt* för honom vid något givet steg i problem-

lösningsprocessen, medan r ligger under en *ex post*-aspekt för honom, om r är resultatet av något givet steg i denna process. En regel, r , vilken för problemlösaren ligger under en *ex post*-aspekt vid något givet steg i processen, ligger under en *ex ante*-aspekt vid närmast följande steg däri.

(För rättsteoretikern, däremot, föreligger varken *ex ante*- eller *ex post*-aspekten. Hans aspekt kan närmast karakteriseras som en *ex supra*-aspekt.)

Den juridiska kvalificeringen av fall innefattar två viktiga moment, som jag benämner *specificering* respektive *tolkning*.

(Parentetiskt vill jag fästa uppmärksamheten vid det välkända förhållandet att termerna "tillämpning", "tolkning" och "specificering" lider av en tvetydighet: de betecknar dels en relation mellan utsagor (utsagan s' är en tolkning, tillämpning eller specificering av utsagan s) och dels den verksamhet som består i att tolka, tillämpa eller specificera utsagor.)

(B20) Med en *specificering av lagen relative ett fall*, f , menar jag ett sammanställande av sådana lagregler som är av betydelse för den rättsliga kvalificeringen av f .

(B21) Med en *tolkning av lagen relative ett fall*, f , menar jag ett sådant tilldelande av innebörd hos uttryck i lagregler som är av betydelse för den rättsliga kvalificeringen av f .

Vår rekonstruktion av kvalificeringsförfarandet genom användning av en klassifikation av olika rättsregler ser schematiskt ut så här:

(1) Utgångspunkten är dels ett givet fall, f , dels lagen, L . De konventionella enheterna i L (paragrafer, moment, stycken, punkter o d) är *fragmentariska rättsregler*. I kvalificeringens första steg ligger dessa under *ex ante*-aspekt för problemlösaren.

De fragmentariska reglerna behandlas i avsnitt 2.2.

(2) Genom *specificering* av L med avseende på f sammanfogas de fragmentariska rättsregler i L som är av betydelse för kvalificeringen av f . Resultatet av specificeringen är en *välutvecklad rättsregel*. En regel är välutvecklad om och endast om den kan uttryckas i en *standardform* för välutvecklade rättsregler.

En välutvecklad rättsregel kan vara mer eller mindre specificerad. En välutvecklad regel som är *fullständigt specificerad relative f*, dvs en regel, som är sammansatt av alla de fragmentariska regler som är nödvändiga för en kvalificering av *f*, kallar vi *en molekylär rättsregel relative f*.

Under specificeringen ligger de fragmentariska reglerna under *ex ante*-aspekt för problemlösaren och en molekylär regel under *ex post*-aspekt.

Då specificeringen kan försiggå i olika steg, säger vi, att en välutvecklad regel, som ligger under *ex post*-aspekt i steg 1, ligger under *ex ante*-aspekt i steg 2 osv.

De välutvecklade och molekylära reglerna behandlas i avsnitt 2.3.

(3) Genom *tolkning* av uttryck i en molekylär regel relative *f* erhåller vi en mer eller mindre tolkad rättsregel relative *f*. En molekylär regel, som är *fullständigt tolkad relative f*, dvs en molekylär regel, som är så precis som är nödvändigt för en korrekt kvalificering av *f*, kallar vi *en atomär rättsregel relative f*.

Under tolkningen ligger den molekylära regeln relative *f* under *ex ante*-aspekt för problemlösaren och en atomär rättsregel under *ex post*-aspekt.

Då tolkningen kan försiggå i olika steg, säger vi, att en tolkad regel, som ligger under *ex post*-aspekt i steg 1, ligger under *ex ante*-aspekt i steg 2 osv.

De tolkade och atomära reglerna behandlas i avsnitt 2.4.

(4) Resultatet av varje kvalificeringsakt är således *en atomär rättsregel*, dvs en fullständigt specificerad och tolkad regel med avseende på det föreliggande fallet.

Rättsvetenskaplig kvalificering gör vanligtvis halt vid atomära rättsregler, eftersom rättsvetenskapen i regel sysslar, icke med individuella utan generiska fall, dvs arter av fall. Vad beträffar rättskipningen, som ju skall resultera i beslut avseende individuella fall, utgör atomära rättsregler premisser i de slutledningar vars slutsatser skall komma till uttryck i domarna. Dessa slutsatser kallar vi *individuella rättsnormer*. (Om sådana slutledningar samt om relationen mellan individuella rättsnormer och *domsatser*, se Frändberg, 1973, s 83—87.)

Vid detta slag av slutledningar ligger den atomära regeln under *ex ante*-aspekt och den individuella rättsnormen under *ex post*-aspekt.

(5) Det hittills sagda har gällt *en direkt användning* av rättsregler. Sådana kan emellertid också användas på *ett indirekt* sätt: med hjälp av en given rättsregel, *r*, kan en annan rättsregel, *r'*, konstrueras analogivis (med *r* som mönster) eller motsatsvis (genom kontrastering mot *r*). En rekonstruktion av den indirekta användningen av rättsregler (se Frändberg, 1973, kap 3, om normrelationer) sker lämpligen i termer av olika slag av rättsregler. Den regel som används indirekt kan vi kalla *en basregel relative f* och den regel som utgör resultatet av en indirekt regelanvändning kallar vi *en definitiv regel relative f*.

Vid den indirekta regelanvändningen ligger basregler under *ex ante*-aspekt och definitiva regler under *ex post*-aspekt.

Den indirekta regelanvändningen kan försiggå i olika steg. Av en basregel kan konstrueras *en modellregel*, av vilken, i sin tur, en definitiv regel konstrueras. En modellregel, som ligger under *ex post*-aspekt vid ett givet steg, ligger under *ex ante*-aspekt i närmast följande steg osv (se Frändberg, 1973, s 154—158).

Vid indirekt regelanvändning inom rättskipningen utgör definitiva regler premisser vid tillämpningen.

Ett rimligt krav på definitiva rättsregler är att de skall kunna uttryckas i någon standardform för välutvecklade rättsregler.

Man kan nu fråga sig, vilka slag av rättsregler som används indirekt: fragmentariska, molekylära eller atomära? Detta är samma sak som att fråga vid vilket, eller vilka, steg i kvalificeringsprocessen som man så att säga "går över till" indirekt regelanvändning.

Ja, en sådan övergång kan väl ske vid vilka steg som helst. Men den rättsteoretiska rekonstruktionen blir kanske klarast, om man betraktar basreglerna som atomära regler.

2.2. Fragmentariska rättsregler

I Frändberg (1976, s 111) gör jag en skarp distinktion mellan bestämmelser och rättsregler. Medan bestämmelserna är konventionella enheter i lagen (eller vissa sammansättningar av sådana enheter, dvs allt vad som vanligen kallas lagregler) är rättsregler entiteter, som produceras med hjälp av den råvara som lagen utgör.

På bestämmelser predicerade jag *ikraftvarande* (F-kraft och B-kraft, s 113 f) och på rättsregler *giltighet*.

Mina två huvudskäl för distinktionen bestämmelse-rättsregel var följande (s 112):

(1) "För att formulera en välutvecklad rättsregel krävs ofta en mobilisering av flera olika bestämmelser: en bestämmelse påbjuder exempelvis ett visst beteende, en annan anger de sanktioner som följer vid brott mot den förstnämnda bestämmelsen, en tredje innehåller legaldefinitioner av uttryck i de båda förra etc."

(2) "Under det att en bestämmelse, b , har samma språkliga avfattning under, säg, tidrymden t_0 — t_n , kan mycket väl flera på b vilande rättsregler ha avlöst varandra under denna period. Fall, på vilka b tidigare inte ansågs tillämplig, kan analogivis ha inkorporerats i b :s rättsfaktummängd medan fall, som tidigare tillhört denna mängd reduktionsvis utmönstrats därur. Vid varje sådan händelse har den på b vilande rättsregeln utbytt mot en annan."

Dessa skäl har, ansåg jag då och anser jag nu, en sådan tyngd, att någon distinktion som fångar de i (1) och (2) gjorda iakttagelserna är oundgänglig.

Emellertid kan följande, mer filosofiskt betonade invändning resas mot den i uppsatsen redovisade uppfattningen. Om ikraftvarande men icke giltighet prediceras på bestämmelser och giltighet men icke ikraftvarande på rättsregler, måste något skäl härför anföras. Det måste då kunna hävdas, att bestämmelser respektive rättsregler har olika ontologiska status, att de är "typfrämmande". Är så ej fallet, skulle man ju lika väl även kunna predicera giltighet på bestämmelser och ikraftvarande på rättsregler. (Jag riktar ett tack till Lennart Åqvist, som påpekat detta för mig.)

För att kunna tillvarata idén bakom min distinktion utan att tvingas in i nyssnämnda vanskliga filosofiska position, betraktar jag — som utvecklats i kapitel 1 — nu även bestämmelserna som (en klass av) rättsregler. Därefter finns det ingenting som hindrar att giltighet prediceras även på "bestämmelser" och ikraftvarande även på övriga rättsregler.

(B22) Med en *fragmentarisk rättsregel* relative något fall, f , avses en regel, som, tillsammans med andra regler, ingår i en specificering av lagen med avseende på f .

De fragmentariska rättsreglerna ligger under *ex ante*-aspekt för problemlösaren vad avser såväl specificering som tolkning.

Fragmentariska regler kan vara av olika slag. Vi skall underkasta dem följande systematik:

1. Kärnregler
2. Subsidiära regler
 - a. Substitutionsregler
 - b. Kompletterande regler
 - c. Sanktionsregler

Kärnregler är relaterade till fall: *k* är en kärnregel med avseende på fallet *f*.

Subsidiära regler är relaterade till kärnregler och fall: *s* är en subsidiär regel med avseende på *k* och *f*.

f kan vara antingen *ett individuellt fall* (t ex att säljaren Andersson har dröjt med leverans av kon Rosita till köparen Pettersson) eller *ett generiskt fall* (t ex att säljaren — vilken som helst — har dröjt med leverans av godset — vilken lös egendom som helst — till köparen — vilken som helst). Rättskipningen sysslar med individuella fall, rättsvetenskapen vanligen med generiska.

(B23) *En kärnregel, k, relative ett fall, f,* är en fragmentarisk regel, som utgör en naturlig utgångspunkt för lösandet av något problem, som *f* aktualiserar.

(B24) *En subsidiär regel, s, relative k och f* är en fragmentarisk regel, som nödvändigtvis måste beaktas vid användandet av *k* på *f*

- (i) antingen så att *s* fogar ytterligare rekvisit till *k:s* (då är *s* en *kompletterande regel*)
- (ii) eller så att *s* tillordnar en rättslig sanktion till brott mot *k* (då är *s* en *sanktionsregel*)
- (iii) eller så att uttryck i *k* eller i dess kompletterande regler eller sanktionsregler skall ersättas av uttryck i *s* (då är *s* en *substitutionsregel*).

Till substitutionsreglerna hänför jag alla *legaldefinitioner* i vidast möjliga mening av detta ord, dvs såväl explicita sådana som implicita av typen kvalifikationsregler och rättighetsregler (se Frändberg, 1973, s 41—46). Termen "substitutionsregel" anger, att uttryck i någon fragmentarisk regel skall ersättas av uttryck i någon substitutionsregel utan att någon betydelseförändring inträffar men ökad tydlighet ernås.

Det sagda skall belysas med hjälp av ett enkelt exempel.

Fallet: En servitör, anställd vid restaurangbolag med spriträttigheter, serverar mot sedvanlig betalning en kulan torsdagsförmiddag kl 11 en frusen gäst ett stort glas portvin. En övernitisk åklagare överväger rättsliga åtgärder mot restaurangägaren för brott mot Rusdrycksförsäljningsförordningen av år 1954. (Denna förordning är sedan 1 jan 1978 ersatt av ny lagstift-

ning, men för det exemplifierande syfte vari reglerna i fråga här används saknar detta självfallet betydelse.)

Problemet: Har ägaren gjort sig skyldig till brott mot denna förordning?

Reglerna:

- (i) *Kärnregel:* "47 § 1 mom. Rusdrycker må ej utskänkas före klockan 12 å söckendagar samt ej före klockan 13 å sön- och helgdagar."
- (ii) *Kompletterande regel:* "89 §. - - - 3 mom. Husbonde ansvarar för brott som vid detaljhandel begås av hans husfolk eller i hans arbete antagen person, liksom vore brottet begånget av honom själv, såframt ej omständigheterna göra sannolikt, att brottet skett utan hans vetskap och vilja."
- (iii) *Sanktionsregel:* "80 §. 1 mom. Den som till någon säljer rusdrycker utan att äga rätt därtill enligt denna förordning eller som överskrider sådan rätt, dömes för olovlig försäljning till böter eller fängelse i högst sex månader. I ringa fall skall dock ej till straff dömas."

Men för att kunna lösa problemet måste vi veta vad som menas med "rusdrycker", "utskänkning", "detaljhandel", och "försäljning av rusdrycker". Härför mobiliseras följande

- (iv) *Substitutionsregler:* "1 §. Till rusdrycker hänföras i denna förordning spritdrycker, vin och starköl. - - - Med vin förstås varje dryck, som är framställd genom alkoholisk jäsning av saft från druvor, bär, frukt eller andra växtdelar och som håller mer än två och en fjärdedels men ej mer än tjugotvå volymprocent etylalkohol."

"2 §. Med partihandel förstås i denna förordning försäljning till återförsäljare i och för deras rörelse samt försäljning för export. All annan försäljning benämnes detaljhandel.

Detaljhandel sker genom försäljning till avhämtning eller till försändning på rekvisition (utminutering) eller ock genom försäljning till förtäring på stället (utskänkning)."

"3 §. - - - Under försäljning inbegripes allt tillhandahållande som sker mot ersättning."

2.3. Vålutvecklade och molekylära rättsregler

Av de nyss återgivna fragmentariska reglerna i vårt exempel kan vi sätta samman följande rättsregel, som i detta första steg i problemlösningsprocessen ligger under *ex post*-aspekt för problemlösaren:

(*vr*) Om en person, som husbonde antagit i sitt arbete, mot ersättning till förtäring på stället före kl 12 å söckendag tillhandahåller dryck, som är framställd genom alkoholisk jäsning . . . etylalkohol *och* gör omständigheterna ej sannolikt, att detta skett utan husbondens vetskap och vilja, så skall domaren döma denne för olovlig försäljning till böter eller fängelse i högst sex månader.

(B25) En regel, *r*, är *en välutvecklade rättsregel* om och endast om *r* kan uttryckas i *en standardform* för välutvecklade rättsregler.

Denna standardform har följande utseende (jfr Frändberg, 1973, s 60 ff):

om . . . , så skall (får, får inte): funktionären beslutar: skall (får, får inte) . . .

vr är en välutvecklade rättsregel. Översätter vi *vr* till standardform erhåller vi

(*vr*^{*}) Om person . . . vilja, så skall: domaren beslutar: skall: husbonden betalar böter eller undergår fängelse i högst sex månader.

vr^{*} visar att *vr* satisfierar standardformen.

De välutvecklade reglerna utgör, som synes, vad man brukar kalla "sekundära regler".

Medan fragmentariska regler kan vara adresserade till vilka som helst, är de välutvecklade reglerna myndighetsadresserade. Detta beror naturligtvis på, att rättsreglerna i vår analys ingår som tankeenheter i det juridiska beslutsfattandet i dess mest auktoritativa och fullständiga form: rättskipningen. Från rättstillämparens synpunkt är regler, som ej explicit adresserats till honom, ett slags elliptiska regler. (Att det sedan från *andra* synpunkter, t ex rättssociologiska, kan ha större intresse att se reglerna som medborgaradresserade, vill jag självfallet inte bestrida.)

Men låt oss återvända till vårt exempel: *vr* utgör givetvis långt ifrån någon fullständig specificering av den regel som fordras för problemets lösande. Åtskilliga andra kompletterande fragmentariska regler måste beaktas. (I praktiken är deras rekvisit ofta så självklart uppfyllda eller icke uppfyllda att funktionären knappast med-

vetandegör dem för sig. Hans uppmärksamhet är fästad vid de problematiska rekvisiten, på vilka han riktar strålkastarljuset medan resten av scenen får ligga i dunkel.) Husbonden måste sålunda vara underkastad svensk jurisdiktion, han skall vara straffrättsligt myndig, det får inte föreligga några straffrihetsgrunder, brottet får inte vara preskriberat, det skall ha begåtts under den tidrymd då den eller de regler mot vilka brottet skett var i kraft, saken får inte ha prövats tidigare av domstol i samma instans, yrkande av visst slag måste ha framställts och mycket annat. (*vr* kan därför uppfattas som en regel, vilken uppställts som ett steg på vägen mot en fullständigt specificerad rättsregel. I närmast följande steg ligger alltså *vr* under *ex ante*-aspekt för problemlösaren.) Kompletterande regler hämtas, som synes, från olika håll i lagen: från regler om rätts- och rättshandlingskapacitet, från den internationella kollisionsrätten, från processrätten, från övergångsbestämmelser etc.

(B26) En välutvecklad rättsregel, *r*, är *en molekyllär rättsregel* relativt ett fall, *f*, om och endast om *r* är så välspecificerad med beaktande av hela rättssystemet som minimalt nödvändigt erfordras för att *r* skall kunna tillämpas på *f*.

Molekyllära regler ligger således under *ex post*-aspekt för problemlösaren med avseende på regelspecificeringen.

I och med att rättsreglerna framställs som molekyllära förlorar de gängse funktionella klassifikationerna av rättsregler sitt intresse. Dessa avser vad jag här kallat fragmentariska regler. Molekyllära regler kan inte indelas i primära respektive sekundära regler (de är alla sekundära), inte heller i handlings-, kvalifikations- och kompetensregler (de är alla ett slags handlingsregler och kvalifikations- och kompetensreglerna har "förvandlats till" rekvisit däri). Detta gäller också min i kap 5 utförda systematik av rättsreglerna i termer av elementära regler respektive rättsvalsregler (dit bl a internationella kollisionregler och övergångsregler hör). Denna systematik avser alltså fragmentariska regler och kollisionreglerna tillhör typen kompletterande regler. I de molekyllära reglerna är de internationella kollisionreglerna och övergångsreglerna "förvandlade till" rekvisit. Låt mig förtydliga denna tanke vad särskilt *övergångsreglerna* (övergångsbestämmelserna) beträffar, eftersom hela framställningen av övergångsrätten i kap 5 handlar om sådana. (Vad här sägs gäller dock *mutatis mutandis* även för andra kompletterande regler av typen rättsvalsregler.)

Övergångsregler är kompletterande fragmentariska regler, som uttalar sig om andra reglers ikraftvarande. Ett enkelt exempel:

Fallet: En person åtalas för att vid ett tillfälle under 1982 ha deltagit i en tävlingsmatch i professionell boxning i kommunen Uppsala. Målet prövas av domstol samma år.

Reglerna (i 1969 års lag om förbud mot professionell boxning):

Kärnregel (tillika sanktionsregel): ”1 §. Den som här i riket deltagit i tävlings-, uppvisnings- eller träningsmatch i professionell boxning dömes till böter eller fängelse i högst sex månader.”

Kompletterande övergångsregel: ”Denna lag träder i kraft den 1 januari 1970.”

Molekylär regel: Om någon deltagit i . . . professionell boxning och har denna händelse inträffat efter utgången av år 1969 och . . . , så skall han dömas till . . .

På detta sätt förvandlas övergångsregeln till ett rekvisit i den molekylära regeln. Ofta är dock *ikraftrekvisitet* litet mer komplicerat än i exemplet, därför att även en tidpunkt *ad quem* anges eller därför att retroaktivitet eller infraaktivitet föreligger med avseende på fallet i fråga (se härom kap 5).

Vi finner alltså, att vi måste göra en distinktion mellan (i) regler som är fullständigt specificerade vad avser ikraftrekvisit och (ii) regler som inte är det. En regel av det förra slaget (t ex ovanstående molekylära regel) är i kraft med avseende på ett givet fall om och endast om dess ikraftrekvisit är uppfyllt med avseende på detta fall. En regel av det senare slaget, å andra sidan, (t ex ovanstående kärnregel) är i kraft med avseende på ett fall om och endast om de övergångsregler som refererar till ifrågavarande regel säger att denna är i kraft med avseende på fallet.

Man kan då ställa frågan: Skall man i en framställning av t ex svensk övergångs rätt tala om ikraftvarande i termer av rekvisit (i molekylära regler) eller i termer av övergångsregler? Ja, det är väl i viss mån en smaksak. För egen del har jag funnit det senare tillvägagångssättet smidigare. Syftet med en sådan framställning är väl främst att diskutera olika tekniska lösningar av skilda övergångsproblem och legislativt får ju sådana tekniska lösningar sitt uttryck just i övergångsregler (övergångsbestämmelser).

2.4. Tolkade och atomära regler

Ofta är emellertid den rättsliga kvalificeringen av ett fall inte färdig därmed att en fullständigt specificerad regel för fallet i fråga — medvetet eller omedvetet — formulerats. Uttryck i denna regel kan ju vara oklara med avseende på fallet och fordra *tolkning*. Uttryck, som kräver tolkning, kan naturligtvis återfinnas i vilket slag av fragmentariska regler som helst.

Varje tolkning av en rättsregel betraktar vi också som en rättsregel.

Nu förhåller det sig ju, som bekant, inte sällan så, att domstolar, vars domar har prejudicerande verkan, i större eller mindre utsträckning har underkastat fragmentariska rättsregler analog eller reduktiv behandling, vilket innebär, att domstolarna i fortsättningen inte dömer enligt de fragmentariska reglerna utan enligt de fragmentariska reglerna *efter justering med hänsyn till de auktoritativt gjorda avvikelserna* (jfr ovan 2.1.). Detta förhållande måste självfallet beaktas i vår rekonstruktion av det juridiska kvalificeringsförfarandet. Det kan ske så, att den molekylära regeln (under *ex ante*-aspekt) omformuleras med hänsyn till sådana avvikelser, varvid resultatet blir *en justerad molekylär regel* (under *ex post*-aspekt). Denna kan sedan i sin tur kräva ytterligare tolkning.

En justering av detta slag kan vi se som ett första steg i tolkningsprocessen.

I vår rekonstruktion av den juridiska kvalificeringen av fall ligger vid tolkningsmomentet en (ev justerad) molekylär regel under *ex ante*-aspekt för problemlösaren. (Detta innebär självfallet inte att jag påstår, att kvalificeringen i praktiken tillgår så, att man *först* specificerar *och sedan* tolkar. Vår rekonstruktion syftar blott till att urskilja och särskilja dessa båda moment i kvalificeringen. Vi hade lika gärna kunnat tala om fullständigt tolkade fragmentariska regler, av vilka fullständigt specificerade regler konstrueras. Men den preliminära specificering som ligger i att inventera alla de för fallets kvalificering nödvändiga fragmentariska reglerna får väl ändå betraktas som ett rimligt första steg i kvalificeringsprocessen.)

En tolkning kan ske i olika steg, under vilka den tolkade regeln blir mer och mer precis. En tolkad regel, som vid ett givet steg i en tolkningsprocess ligger under *ex post*-aspekt, ligger i närmast följande steg under *ex ante*-aspekt för problemlösaren.

(B27) En molekylär regel, *m*, är en atomär rättsregel relative ett fall, *f*, om och endast om *m* är så precis (vältolkad) som minimalt nödvändigt erfordras för att *m* skall kunna tillämpas på *f*.

Atomära regler ligger under *ex post*-aspekt vad avser såväl specificering som tolkning. I vår rekonstruktion utgör en atomär regel *resultatet* av hela kvalificeringsakten.

Exempel: En person har mottagit inlämningsbevis rörande gods, som stulits och inlämnats till järnvägs effektförvaring. (*NJA 1956 s 119.*)

Molekylär regel: Om någon tager befattning med något, som är fränhänt annan genom brott och är detta ägnat att försvåra godsets återställande och . . . , så (9:6 brottsbalken i förenklad form.)

Atomär regel: Om någon mottar inlämningsbevis rörande gods, som stulits och inlämnats till järnvägs effektförvaring och är detta ägnat att försvåra godsets återställande och . . . , så

Till lagtolkningens principiella grundproblem — liksom rättsskälletolkningens över huvud taget — skall jag återkomma i annat sammanhang.

2.5. Härmed anser jag mig ha åstadkommit en sådan "närmare specifikation" som Bolding efterlyste beträffande rättsreglerna (se ovan 2.1.). Den här föreslagna begreppsbildningen kan, tror jag, vara av viss nytta såväl i det juridiska arbetet med kvalificering av fall som i den metajuridiska analysen av denna intellektuella process.

Vår klassifikation — som alltså avser lagregler och av lagregler konstruerade regler — kan sammanfattas i nedanstående tablå (jag erinrar om, att klassificeringen gäller regler relaterade till fall):

A. *Fragmentariska regler*

1. Kärnregler
2. Subsidiära regler
 - a. Substitutionsregler
 - b. Kompletterande regler
 - c. Sanktionsregler

- B. *Välutvecklade regler* (regler i standardform)
1. Mer eller mindre specificerade regler
 2. Molekylära regler (fullständigt specificerade regler)
 - a. Mer eller mindre tolkade molekylära regler
 - b. Atomära regler (fullständigt tolkade molekylära regler)

Vid indirekt regelanvändning kan atomära regler indelas i basregler, modellregler och definitiva regler (jfr 2.1.).

Som de centrala regeltyperna i ovanstående klassifikation skall ses (i) *de fragmentariska reglerna* — som utgör utgångspunkten för den juridiska problemlösningen, (ii) *de molekylära reglerna* — som är resultat av specificeringen och (iii) *de atomära reglerna* — som är resultatet av såväl specificeringen som tolkningen.

Kap 3. Om regelval

3.1. Rättsval

Såväl rättstillämparen som lagstiftaren, var och en från sina utgångspunkter, står ofta inför problem, vilka på ett teoretiskt plan kan beskrivas såsom *rättsvalssituationer*.

En sådan valsituation möter exempelvis rättstillämparen, när han befinner sig "vid rättssystemets yttergräns": skall det förhandenvärande problemet över huvud taget lösas på rättslig väg, eller skall det avvisas såsom icke-rättsligt? Eller skall det, ehuru "av rättslig karaktär", avvisas såsom i något avseende systemfrämmande från den aktuella rättstillämparens synpunkt? Dylika rättsval kan vi kalla *prövningsval*.

En annan typ av rättsval föreligger vid lösandet av tolkningsproblem. Sådana kan ju beskrivas i termer av val mellan flera olika alternativa tolkningar, dvs rättsregler. Rättsval av detta slag kan benämnas *tolkningsval*. (När vi i det följande talar om "regelval" bortser vi dock från tolkningsvalet.)

Vidare. I ett så omfattande och komplicerat regelsystem som ett modernt statligt rättssystem utgör är det ofrånkomligt att konflikter och spänningar av olika slag uppstår mellan regler däri; spänningar som får sitt mest slående uttryck i kollisions- och konkurrenskonflikter. Sådana skall i detta kapitel behandlas under benämningen *regelval*.

Men även konfrontationer av olika slag *mellan* statliga rättssystem — liksom även mellan statliga och icke-statliga rättssystem — kan förekomma, och detta även om någon regelkonflikt ej föreligger. Ett internationellt privaträttsligt val av tillämpligt rättssystem skall ju i princip företagas, även om regler för det aktuella fallet saknas i *lex causae*, eller även om regeln i *lex causae* och i *lex fori* har exakt samma innehåll, i vilka båda fall ju ingen regelkonflikt föreligger. I kap 4 av förevarande arbete behandlas (bl a) *intersystematiska rättsval*.

En annan typ av konflikter, vilka i och för sig också kan ses som intersystematiska, uppstår vid lagändringar, s k intertemporala problem. Den rättsvetenskapliga disciplin som sysslar med sådana kan kallas *övergångsrätt*. Åt *intertemporala rättsval* ägnas kap 5.

3.2. Allmänt om kollision och konkurrens

Förevarande kapitel behandlar rättsvalssituationer, där val mellan två eller flera regler inom ett och samma statliga rättssystem aktualiseras. Vi skiljer mellan två slag av sådana situationer, nämligen sådana där det mellan de alternativa reglerna råder *regelkollision* och sådana där det råder *regelkonkurrens*.

Dessa båda rättsvalssituationer skall i det följande beskrivas inom ramen för två *huvudtyper för regelval*. För att kunna konstruera dessa båda huvudtyper erfordras en del hjälpbegrepp, nämligen (a) "tillämpningsrelation", (b) "normrelation" och (c) "tillämpnings-situation".

(a) Låt r vara en rättsregel och F mängden av fall, som faller under, eller täcks av, (meningsinnehållet hos) r :s rättsfaktumbeskrivning — eller, helt enkelt, mängden av fall, på vilka r är tillämplig. F kallar vi *en rättsfaktummängd*. Låt vidare f vara ett individuellt (verkligt eller tänkt) fall. Vi säger att *en tillämpningsrelation* föreligger mellan r och f , när f tillhör F , ($f \in F$).

(b) I Frändberg (1973, s 92—105) definieras 32 olika s k *normrelationer*. Teorin om normrelationer, som i nämnda arbete har till syfte att explicera företeelser som analogi-, preciserings-, reduktions-, e contrario- och obsolescensrelationer inom en och samma typologi, synes mig också fruktbar, när det gäller att explicera kollisions- och konkurrensrelationer. Låt mig därför i förenklad form återge teorin om normrelationer här.

Som framgår av dess namn handlar teorin om vissa relationer mellan normer, närmare bestämt rättsnormer, eller rättsregler, och relationerna ifråga avser såväl de däri ingående reglernas "rättsfaktumsida" som deras "rättsföljdssida". I det förra fallet råder vissa mängdteoretiska relationer mellan reglernas rättsfaktummängder — se ovan under (a) — och i det senare fallet mellan vad vi kan kalla reglernas *normfaktummängder*.

Antag att vi har en rättsregel

(r) Om någon vårdslöst skadar annans egendom, skall han ersätta skadan.

Mängden av fall, där någon vårdslöst skadar annans egendom, är r :s rättsfaktummängd. Mängden av situationer, där en person, som skadat annans egendom, ersätter skadan, är r :s normfaktummängd.

Låt rättsregeln r ha rättsfaktummängden R och normfaktummängden N samt regeln r' ha rättsfaktummängden R' och normfaktummängden N' . Av intresse i förevarande sammanhang är nedanstående mängdteoretiska relationer mellan R och R' respektive N och N' :

- I. *Identitet* (id): $R' = R; N' = N$
- II. *Inskränkning* (ins): $R' \subset R; N' \subset N$ (dvs R' är en äkta delmängd av R resp N' av N)
- III. *Disjunktion* (dis): R' och R resp N' och N är disjunkta, dvs de har inget gemensamt element ($R' \cap R = \Lambda; N' \cap N = \Lambda$)

Till dessa tre skall fogas en fjärde, som ej fanns med i den ursprungliga teorin, eftersom den inte hade någon funktion där, men som däremot har betydelse i vissa fall vad angår regelkonkurrens, nämligen

- IV. *Interferens* (int): Det finns (i) fall, som tillhör R' men inte R och (ii) fall, som tillhör R men inte R' och (iii) fall, som tillhör både R' och R (motvarande relationer mellan normfaktummängder saknar intresse i detta sammanhang).

Normrelationerna är uppbyggda medelst kombinationer av dylika relationer mellan rättsfaktum- respektive normfaktummängder. Sålunda beskriver exempelvis relationerna

$R' \text{ ins } R; N' \text{ ins } N$

en preciseringsrelation mellan r' och r (r' är en precisering av r), medan relationerna

$R' \text{ dis } R; N' \text{ id } N$

(under vissa ytterligare villkor) beskriver en analogirelation mellan r' och r .

Vissa slag av normrelationer — och dit hör kollisionsrelationerna — kan emellertid inte expliceras enbart med hjälp av ovanstående mängdrelationer. Detta gäller sådana normrelationer där reglerna står i *ett antitetiskt förhållande* till varandra (se Frändberg, 1973, s 100 ff, om rättsnormers antitetiska spektrum). Tag de två reglerna

(r_1) Om man påträffar en främmande katt i sin trädgård, får man avliva denna

och

(r_2) Om man påträffar en främmande katt i sin trädgård, är det förbjudet att avliva denna.

r_1 och r_2 har identiska såväl rättsfaktum- som normfaktummängder (mängden av fall, där främmande katt påträffas i trädgård respektive mängden av fall av avlivande av katt, som påträffas i trädgård). Men r_1 har en i förhållande till r_2 "motsatt" — antitetisk — rättsföljdsmodalitet (tillåtelse i motsats till förbud). Två regler, r och r' , står i ett antitetiskt förhållande till varandra, när r 's rättsföljdsmodalitet utgörs av en tillåtelse eller ett påbud medan r' 's rättsföljdsmodalitet utgörs av ett förbud (eller vice versa). Ett antitetiskt förhållande råder, som jag visat i Frändberg (1973, s 100—105), vid *e contrario*-, reduktions- och obsolescensrelationerna och det är också karakteristiskt för kollisionsrelationerna. Ett antitetiskt förhållande mellan två regler betecknar vi med symbolen " P/F ".

(c) Ett regelval är något som sker vid ett givet rättstillämpningstillfälle (verkligt eller tänkt), i *en tillämpningssituation*. En tillämpningssituation avseende fallet f är, helt enkelt, ett rättstillämpningstillfälle där f är underkastat prövning. En och samma tillämpningssituation kan, som bekant, avse flera fall: $f_1, f_2, \dots, f_n$, (genom kumulation i processrättslig mening), vilket naturligtvis är av intresse med avseende på konkurrens. Vi symboliserar tillämpningssituationer med uttryck som " $T(f)$ " eller " $T(f_1, f_2, \dots, f_n)$ ".

En regelvalssituation är, kan man säga, en tillämpningssituation, där två eller flera tillämpningsrelationer är aktuella.

Det finns, vidare, en praktiskt viktig typ av tillämpningssituationer, som vi kan kalla *iterativa tillämpningssituationer*. En sådan be-

står däri, att i en given tillämpningssituation *en annan* tillämpningssituation — vid tiden för den förra antingen redan avslutad eller med denna samtidigt pågående —, där något fall har underkastats eller är i färd att underkastas prövning, kommer in i bilden och aktualiseras. En tillämpningssituation kan sålunda — om man tillåter sig en smula generositet beträffande omfånget av begreppet "fall" — förekomma såsom ett särskilt slags fall i en annan tillämpningssituation. Vi låter uttryck av typen " $T^*(f)$ " symbolisera sådana i iterativa tillämpningssituationer ingående tillämpningssituationer. " $T^*(f)$ " läses förslagsvis som " f har rättsligt avgjorts i T^* " respektive " f är föremål för prövning i T^* " ($T^* \neq T$).

Två slag av iterativa tillämpningssituationer skall här nämnas.

(1) $T(f, f', T^*(f'))$

Här "innehåller" T fallen f, f' samt $T^*(f')$. Exempel: I T uppfyller den åtalade personen A:s handling f rekvisiten för stöld och hans handling f' rekvisiten för förskingring. Därjämte förhåller det sig så, att A i en tidigare rättegång, T^* , har dömts för bedrägeri, f' . Om nu bedrägeristrafvet ännu ej avtjänats, eller blott delvis avtjänats, kan det bli aktuellt att i T utdöma ett gemensamt straff för alla tre brotten — en situation, som kriminalisterna också betraktar som en konkurrenssituation (se t ex Strahl, 1955, s 214 ff). Denna konkurrens är av det slag som i avsnitt 3.4.4. nedan går under benämningen "flerfallskonkurrens" (under huvudtyp II).

En annan iterativ tillämpningssituation är denna:

(2) $T(f, T^*(f))$.

Här "innehåller" T fallen f och $T^*(f)$. Denna situation är den som råder vid res judicata och lis pendens. I tillämpningssituationen T , där f skall prövas, har man att ta hänsyn till en tidigare eller samtidig tillämpningssituation, $T^*(f)$, där f pröva(t)s och vilken aktualiseras i T . Res judicata- respektive lis pendens-situationen uppvisar samma strukturella utseende som den nedan (avsnitt 3.4.3.) beskrivna ettfallskonkurrensen (under huvudtyp I). (Önskar man framhäva distinktionen mellan res judicata- och lis pendens-situationerna kan det lämpligen ske genom att berika (2) med index för olika tidpunkter, något som ej skall företas här.)

Iterativa tillämpningssituationer lämnas i det följande åsido.

Konkurrensproblematiken har, som bekant, främst behandlats inom straffrätten. Konkurrensproblem är emellertid inte någon exklusivitet för denna disciplin, det är fullt möjligt att sådana uppträder även på andra rättsområden (se härom mera i avsnitt 3.4. nedan). Av detta skäl har vi undvikit den i straffrätten utvecklade terminologin ("brottskonkurrens" osv), ehuru vi inte helt övergivit den därunder liggande begreppsbyggnaden.

Vi skall göra en distinktion mellan två olika *huvudtyper för regelval*. Den ena utgöres av tillämpningssituationer, vilka "innehåller" endast ett individuellt fall, dvs situationer av typen $T(f)$, medan den andra utgöres av tillämpningssituationer, vilka "innehåller" två eller flera individuella fall: $T(f, f')$ eller $T(f_1, f_2, \dots, f_n)$. Huvudtyperna är konstruerade som kombinationer av tillämpningssituationer och tillämpningsrelationer.

Låt f vara ett individuellt fall, r och r' två rättsregler, R r :s rättsfaktummängd och R' r' :s rättsfaktummängd.

Huvudtyp I har detta utseende:

(H I) $T(f): f \in R \text{ och } f \in R'$

Huvudtyp I innebär alltså att — i en given tillämpningssituation med avseende på f — r och r' båda är tillämpliga på f . Huvudtyp I är huvudtypen såväl för *ettfallskollision* som för *ettfallskonkurrens*.

Här skall ett påpekande göras, som är av betydelse vad angår ettfallskonkurrensen. När vi säger att r och r' är två olika regler utesluter vi inte att de kan ha exakt samma innehåll, dvs vara från meningssynpunkt identiska ($R' = R$, $N' = N$ och de båda reglerna har samma normativa modalitet). Vad det här är fråga om är två skilda *systematiska förekomster* av rättsregler. Det kan t ex förhålla sig så, att en bestämmelse i en viss lag har exakt samma innebörd som en annan bestämmelse i en annan lag. Vad angår ettfallskonkurrensen är det därvid lämpligt att betrakta de två förekomsterna som skilda rättsregler. Här görs således ett undantag från den i kap 1 utvecklade tanken att regelidentiteten bestäms av reglernas tankeinhåll.

Huvudtyp II har nedanstående struktur (f och f' är två skilda individuella fall, $f \neq f'$). Vi laborerar i det följande uteslutande med tillämpningssituationer "innehållande" två fall, men schemat låter sig lätt utvidgas till att omfatta tillämpningssituationer med fler än två fall.

(H II) $T(f, f'): f \in R \text{ och } f' \in R'$

Huvudtyp II innebär alltså att — i en given tillämpningssituation med avseende på f och f' — r är tillämplig på f och r' på f' . Huvudtypen II är huvudtypen såväl för *flerfallskonkurrens* som för *flerfallskollision* (varvid här alltså beaktas endast tvåfallskonkurrens resp -kollision).

Redan inledningsvis bör något sägas om distinktionen mellan konkurrens och kollision. Låt mig för konkretionens skull först ge ett exempel på vardera. (1) Ett tillgrepp utfört av en viss person utgör såväl stöld som snatteri (prima facie enligt rekvisiten, innan någon konkurrensbedömning utförts; här är det fråga om ettfallskonkurrens). (2) En person har avlivat en katt, som han påträffat i sin trädgård. Denna gärning är, säg, tillåten enligt ett stadgande i en riksgiltig lag, men förbjuden enligt en kommunal stadga i den kommun där gärningen företogs (ettfallskollision).

Vari består då skillnaden mellan konkurrens och kollision? Svaret är, att vid konkurrens de alternativa reglerna tillhör varandras normspektrum, medan vid kollision dessa tillhör varandras antitetiska spektrum i den mening som angivits ovan. En konsekvens härav är, att medan vid konkurrens de konkurrerande reglerna logiskt sett är möjliga att tillämpa på ett efterlevbart sätt — det är logiskt möjligt att undergå straff både för stöld och för snatteri —, är det vid kollision logiskt omöjligt att tillämpa de kolliderande reglerna på ett efterlevbart sätt — man kan inte både undergå straff för dödande av en katt och icke undergå straff för dödande av samma katt. Konkurrensproblemen består, i motsats till kollisionsproblemen, således inte i någon logisk konflikt utan i att tillämpning av samtliga konkurrerande regler kan leda till olika slag av olägenheter (varom mera i avsnitt 3.4.2.).

Att vi här talat om ”tillämpning på ett efterlevbart sätt” och inte om ”tillämpning” rätt och slätt har sin betydelse. Tillämpning är en språkhandling, vilken är fullbordad så snart domaren i tal eller skrift officiellt producerat en domsats. Och även i det fallet att domaren tillämpar flera regler under ett rättskipningsförfarande, vilka regler tillsammans det är logiskt omöjligt att åstadkomma efterlevande av, har han likväl tillämpat reglerna i fråga. Att uttala en kontradiktion är också en språkhandling. Kollisionsbegreppet måste därför bestämmas i termer av *efterlevbar* tillämpning.

På frågan: ”Vad är det för storheter som tävlar vid konkurrens och kollision?” svarar vi alltså: ”Rättsregler”. På frågan: ”Vad tävlar rättsreglerna om vid konkurrens och kollision?” svarar vi: ”Om

att kunna tillämpas på ett fullt ut efterlevbart sätt på vilket fall som helst, som regeln är tillämplig på.” Om så kan ske, föreligger varken något kollisions- eller konkurrensproblem. Konkurrensproblem orsakas av omständigheter av faktisk eller rättslig natur, vilka kan ses som ett slags konkurrensbegränsningar. Kollision är, om man så vill, ett slags från början omöjlig konkurrens. Kollision är alltid problematisk, men konkurrens kan vara helt oproblematisk. Konkurrensproblem uppstår, när s k kollektiv olägenhet blir följden av de konkurrerande reglernas tillämpning (se avsnitt 3.4.2. nedan).

Logiskt sett vilar distinktionen konkurrens — kollision liksom distinktionerna precisering—reduktion, analogi—e contrario och extensiv—restriktiv tolkning på den grundläggande distinktionen mellan reglers spektrum respektive antitetiska spektrum (Frändberg, 1973, s 89—105). Denna distinktion synes därför spela en fundamental roll vid studiet av relationer mellan regler i rättsliga regelsystem.

Ovannämnda huvudtyper utgör, som sagt, kombinationer av tillämpningssituationer och tillämpningsrelationer. Normrelationerna, däremot, är utan intresse, när det gäller att konstatera huruvida en konkurrens- eller en kollisionssituation föreligger. Däremot har de, som skall visas i det följande, betydelse vad angår lösningsprinciperna för konkurrens- respektive kollisionsproblem.

I den följande framställningen behandlas regelkollisionen i avsnitt 3.3. och regelkonkurrensen i avsnitt 3.4.

3.3. Regelkollision

Vad som skiljer regelkollisionen från regelkonkurrensen är, som ovan framhållits, att den lösning som består i att alla de i konflikt involverade reglerna tillämpas (i straffrätten: brottskonkurrens) av logiska skäl är utesluten vid regelkollisionen medan så ej är fallet vid regelkonkurrensen. Mellan kolliderande regler *måste* rättstillämparen företaga ett val, medan ett val mellan konkurrerande regler är betingat av praktiska eller principiella lämplighetshänsyn.

Ross uttalar: ”Modsigelse mellem to normer siges at foreligge, dersom de til samme faktiske betingelser knytter uforenelige retsfølger” (Ross, 1953, s 150).

Denna begreppsbestämning är för trång. Som skall visas nedan kan motsägelse (kollision) föreligga också där till *olika* faktiska betingelser (fall, rättsfakta) knyter sig oförenliga rättsföljder.

För att man på ett meningsfullt sätt skall kunna beskriva olika kollisionssituationer, måste man såsom referenspunkt utgå från en viss handling, eller undantagsvis ett visst tillstånd, nämligen en handling (ett tillstånd), som normeras såsom tillåten, påbjuden eller förbjuden genom de involverade reglernas rättsföljder. Om sålunda en given handling, h , är påbjuden enligt en regel, r , under vissa omständigheter och h samtidigt är förbjuden enligt en annan regel, r' , under samma eller andra omständigheter och r och r' båda är aktuella i en given rättstillämpningssituation, föreligger regelkollision mellan r och r' .

Ettfallskollisionen faller under huvudtyp I av regelval:

(H I) $T(f): f \in R$ och $f \in R'$.

Låt h vara en handling, som normeras av de båda kolliderande reglerna r (med rättsfaktummängden R) och r' (med rättsfaktummängden R'). Låt vidare $P//F h$ symbolisera det förhållandet att den ena regeln tillåter eller påbjuder h medan den andra regeln förbjuder h .

Låt oss betrakta följande tre varianter av ettfallskollision under H I (varianten "R' dis R" är, som lätt inses, logiskt omöjlig under H I):

- | | |
|-------------------------|----------|
| (1) $R' \text{ id } R$ | $P//F h$ |
| (2) $R' \text{ ins } R$ | —,,— |
| (3) $R' \text{ int } R$ | —,,— |

Exempel:

På (1). Andersson har skjutit Petterssons katt i sin trädgård.

r : Om någon påträffar katt invid sitt boningshus, får han avliva denna.

r' : Om någon påträffar katt invid sitt boningshus, får han inte avliva denna.

På (2). Andersson har skjutit en vildkatt i sin trädgård.

r : Om någon påträffar vilt djur invid sitt boningshus, får han inte avliva detta.

r' : Om någon påträffar vildkatt invid sitt boningshus, får han avliva denna.

På (3). Andersson har skjutit en vildkatt i sin trädgård.

r: Om någon påträffar vilt djur invid sitt boningshus, får han inte avliva detta.

r': Om någon påträffar katt invid sitt boningshus, får han avliva denna.

Att dessa tre situationer utgör ettfallskollisionssituationer bestäms uteslutande av H I och det antitetiska förhållandet mellan regelmodaliteterna (P//F h). De mängdteoretiska relationerna mellan rättsfaktummängderna (normrelationerna) har intet med detta att göra. Däremot är dessa av intresse, när det gäller att bestämma lösningar för de ifrågavarande kollisionerna. Den kanske vanligaste "kollisionslösningsprincipen", *lex specialis derogat legi generali*, är nämligen av rent logiska skäl applicerbar uteslutande vid situationen (2), där ett äkta delmängdsförhållande råder mellan rättsfaktummängderna för de kolliderande reglerna. I situationerna (1) och (3) kan man inte säga, att den ena regeln är mer "speciell" än den andra: vid (1) är rättsfaktummängderna identiska och vid (3) är de överlappande (i exemplet: det finns vilda djur, som inte är katter, och det finns katter, som inte är vilda).

Flerfallskollisionen faller under huvudtyp II av regelval:

(H II) $T(f, f'): f \in R \text{ och } f' \in R'$.

Av praktiskt intresse är här endast normrelationsvarianten

$R' \text{ dis } R \quad P//F \text{ h.}$

Exempel:

f: I ett köpeförhållande har säljaren dröjt med leverans av godset.

f': I samma köpeförhållande har köparen dröjt med en mindre del av betalningen av köpeskillingen.

r: Om säljaren dröjer med leverans av godset och köparen begär det, skall säljaren omedelbart leverera godset till köparen.

r': Om köparen dröjer med betalning av köpeskillingen, får säljaren underlåta att leverera godset till köparen.

Köparens anspråk på leverans och säljarens på betalning samt den senares vägran att leverera godset intill betalning skett är föremål för prövning i en och samma rättegång.

Det är uppenbart, att ett åläggande för säljaren att omedelbart leverera godset och en samtidig förklaring att säljaren får underlåta detta intill dess betalning sker, innebär att försätta säljaren i ett dilemma, såvida denne önskar utnyttja sin fastslagna rätt att inte leverera omedelbart. Domaren är därför nödsakad att företa ett val mellan de båda konkurrerande reglerna.

Problemet vid flerfallskollision har en annan karaktär än problemet vid ettfallskollision. (Motsvarande skillnad föreligger också mellan flerfalls- och ettfallskonkurrens, se avsnitt 3.4.)

Situationen vid ettfallskollision är i schematisk form denna:

Fallet: f

Reglerna:

(r_1) om f , så tillåtet: h

(r_2) om f , så förbjudet: h

Ettfallskollision föreligger således alltid, när ett rättsfaktum enligt de ifrågavarande reglerna föreligger — kollisionen är så att säga nödvändig eller permanent, den utgör ett konstant systemproblem.

Situationen vid flerfallskollision ser schematiskt ut så här:

Fallen: f, g

Reglerna:

(r_1) om f , så tillåtet: h

(r_2) om g , så förbjudet: h .

Vid flerfallskollision är kollisionen inte nödvändig utan endast möjlig, när rättsfaktum enligt endera regeln föreligger. Flerfallskollision uppträder blott, då ett rättsfaktum (f) enligt endera regeln (r_1) föreligger tillsammans med andra omständigheter (g), vilka är ovidkommande och tillfälliga, när de bedöms uteslutande från nämnda regels rekvisit. Flerfallskollision är inte en kollision, som inträffar varje gång ett rättsfaktum enligt en viss regel är förhanden; den är inte permanent utan tillfällig. Visserligen är det kanske rent faktiskt vanligt att rättsfaktum i fråga och nämnda omständigheter (rättsfaktum enligt den andra regeln) uppträder tillsammans i rättstvister, men sambandet är likväl tillfälligt och den principiella skillnaden mellan ettfalls- och flerfallskollision står fast.

Ettfallskollision mellan två regler är därför ett problem, som endast kan lösas genom att endera regeln *definitivt* antingen helt derogeras — situationen (1) — eller delvis derogeras, dvs reduceras — situationerna (2) och (3). Vid flerfallskollision, däremot, är det inte alls fråga om att definitivt derogera eller reducera tillämpningsområdet (rättsfaktummängden) för endera av de kolliderande reglerna utan blott att uppställa en preferensordning för deras tillämpning. Reglerna i fråga skall ju även i framtiden vara tillämpliga på exakt samma slags fall som tidigare: hade f och f' i köprättsexemplet ovan inte uppträtt i en och samma tillämpningssituation utan blott ettdera, hade självfallet r tillämpats på f eller r' på f' — och r skall också framgent vara tillämplig på fall av typen f och r' på fall av typen f' . Det är bara det att när f och f' båda råkar förekomma i samma tillämpningssituation, domaren för den logiska konsekvensens skull måste underlåta att tillämpa antingen r eller r' . Vid ettfallskollision är det fråga om ett genuint regelval, en *regelinskränkning*, vid flerfallskollision åter om ett regelval, som skulle kunna karakteriseras som en *tillämpningsinskränkning*. Vid flerfallskollision gör sig något som skulle kunna kallas "rättsreglernas elasticitet" gällande.

Idealet om rättssystemets logiska konsistens ställer i praktiken på lagstiftaren det ofta svåra kravet att göra reglerna inbördes disjunkta, dvs att åstadkomma att fall, vilka tillhör rättsfaktummängden för en viss regel, inte samtidigt är hänförliga till en annan regels rättsfaktummängd, såvida reglernas rättsföljder är så utformade, att kollisionsproblem uppstår. (Att däremot till ett och samma rättsfaktum knyta från varandra helt fristående rättsföljder är — såvida inte konkurrensproblem uppstår, förstås — självfallet inte något olämpligt utan ofta högst påkallat, t ex att, om man hyr en lägenhet, man inte får använda denna för annat ändamål än det avsedda, respektive att, om man hyr en lägenhet, man är skyldig att väl vårda denna.) Det kan inte skada att ge ovannämnda princip ett namn, varför inte *unicitetsprincipen*. Att denna är utomordentligt svår att upprätthålla med den abstrakta, generella, "syntetiska" lagskrivningsstil som är vanlig i dagens Sverige ligger i öppen dag. Denna stil bäddar för kollisions- och konkurrensproblem.

För lagstiftaren gäller likväl att söka motverka ettfallskollision genom att i sitt arbete fästa tillbörligt avseende vid unicitetsprincipen, ehuru denna självfallet måste "vägas mot" motstående hänsyn. Uppgiften är krävande, ty den fordrar en säker överblick över regelsystemet i dess helhet. Men uppgiften är samtidigt angelägen, ty fö-

rekomsten av regelkollisioner försvårar allmänhetens och juristernas strävan att avpressa lagtexten klara besked. Saken har med andra ord en högst påtaglig rättssäkerhetsaspekt.

I framtiden kan förmodligen datatekniken erbjuda ett hjälpmedel vid kollisionsanalys av en regelmassa. Ett annat förträffligt instrument utgör, i avvaktan härpå, den av Tore Strömberg konstruerade skilthunden för lagläsare (Strömberg, 1969), av konstruktören själv tillämpad på köplagen men vilken apparat är högst tjänlig för vidare syften, vilket denne själv förmodligen också framhåller (s 202). I detta sammanhang är också anledning att erinra om lagrådets grundlagsstadgande skyldighet att granska lagförslag just från kollisionssynpunkt (8:18 3 st, 1 och 2 punkterna regeringsformen).

Lagskrivningstekniskt gäller till förebyggande av ettfallskollision att strukturera regelstoffet enligt mönstret huvudregel — undantag. Ofta är det naturligtvis helt uppenbart, vilken regel som är mer speciell och som därför skall äga prioritet. Prioritetsförhållandet accentueras ytterligare, om huvudregel och undantag syntaktiskt hopkopplas medelst bindeord av typen ”dock”, ”såvida ej”, ”med mindre”, ”med undantag av” o l, eller om huvudregel och undantag är placerade i omedelbar anslutning till varandra. Som Ross (1953, s 152) framhåller, är det därvid vid tillämpningen en smaksak om man beskriver regelvalet såsom en enkel språklig tolkning, där en syntaktisk koppling betraktas som underförstådd, eller såsom en tillämpning av regelvalsprincipen *lex specialis derogat legi generali*. Är nämnda syntaktiska och dispositionstekniska grepp av någon anledning omöjliga att applicera, återstår för lagstiftaren att konstruera subsidiaritetsklausuler eller fristående kollisionsregler. Återfinns huvudregel och undantag i skilda lagar, kan det vara lämpligt att kombinera en kollisionsregel med en hänvisningsregel. (Som ett exempel på att huvudregel och undantag är placerade i skilda lagar — men där prioritetsordningen är uppenbar — kan nämnas 24:7 2 st rättegångsbalken — rätt att gripa den som begått brott å bar gärning —, vilken regel kan uppfattas som ett undantag från 4:2 brottsbalken — olaga frihetsberövande.)

Vad flerfallskollisionerna angår gäller det för lagstiftaren att försöka göra sig en bild av, vilka sådana som kan tänkas uppträda med en viss frekvens. En flerfallskollision kan tänkas ofta uppstå vid mer sammansatta intressekonflikter (se köprättsexemplet ovan) och en väg, vid sidan av mobiliserande av den egna sociala fantasin, att redan i lagen söka undanröja flerfallskollisioner är att empiriskt un-

dersöka — genom sociologiska undersökningar, genom att studera existerande rättspraxis eller genom att granska remissvar från denna synpunkt — vilka slag av sådana intressekonflikter, som kan tänkas vara vanliga, eller "typiska". I kanske de flesta fall är väl intresseläget sådant, att det inte vållar domaren någon större svårighet att avgöra, vilken regel, som skall ges prioritet, men alltid kan så ej antagas vara fallet. Då bör det finnas en kollisionsregel till hands i lagen (eller åtminstone en fingervisning i motiven). För att lagen därvid inte skall bli överbelastad är det självfallet, att endast högfrekventa och svårlösta flerfallskollisioner regleras på detta sätt.

Låt oss därefter betrakta kollisionsproblematiken från rättstillämparens synpunkt. Där lagstiftaren ej alls upptäcker, eller där han negligerar att lagen ger upphov till ettfallskollisioner, har han övervälrat ett stort ansvar på rättstillämparen: denne är försatt i en situation, där han är skyldig att på egen hand och på eget ansvar helt (desuetudo) eller delvis (reduktion) desavouera lagen genom att försätta någon regel i densamma ur spel — låt vara att denna situation är föranledd av lagstiftarens egen försumlighet. Sistnämnda omdöme inkluderar även den situationen att de kolliderande reglerna emanerar från olika lagstiftare, som t ex är fallet, när en kommunal stadga i något avseende kolliderar med en av riksdagen stiftad lag.

I litteraturen beskrivs ofta de rättstillämpande myndigheternas lösende av kollisionsfall såsom lagtolkning, vilket i förstane kan förefalla lite förbryllande. Emellertid är den argumentationsteknik som mobiliseras i båda fallen densamma, i det att samma typer av argument som förekommer vid "vanlig" lagtolkning också gör sig gällande vid kollisionssupplösning. En kollisionslösning kan således finnas till reds i prejudikat eller förarbeten, systematiska argument kan aktualiseras — t ex att endera av de kolliderande reglerna kan ses som ett utflöde av en generell rättsprincip, vilket motiverar dess prioritet — eller konflikten kan upplösas genom en teleologiskt betoad intresseavvägning.

Vid sidan av dessa, till den allmänna lagtolkningsläran hörande grepp spelar emellertid vid kollisionskonflikter de s k derogationsprinciperna en betydande roll från principiell synpunkt.

Dessa principer är — uttryckta i den sedvanliga latinska formuleringen — som bekant *lex specialis derogat legi generali* (speciell lag slår ut generell), *lex superior derogat legi inferiori* (högre lag slår ut lägre), *lex posterior derogat legi priori* (senare lag slår ur äldre) samt, såsom en kollisionssprincip av andra ordningen (en meta-metaregel,

om man så vill), *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (senare generell lag slår inte ut tidigare speciell). Huruvida och i vilka utsträckning dessa principer verkligen opererar i rättskipningen vet vi föga eller intet om.

Vi skall här inte tränga djupare in i dessa principer — kollisionslösningarna är i betydande utsträckning beroende av synpunkter, vilka är specifika för varje enskilt rättsområde. Det må vara tillräckligt att konstatera, att bakom dessa till formen petrifierade maximer döljer sig levande argument. Det måste därvid kraftigt understrykas, att dessa argument i vanlig ordning måste konfronteras med andra argument. Maximerna i fråga uttrycker riktlinjer i Sundbys mening (Sundby, 1974).

Ett argument bakom *lex posterior-principen* artikuleras lämpligen i termer av tillämparens hållning till den aktuella lagstiftaren. Är tillämparens principiella lojalitet gentemot denne stark och föreligger kollision mellan en nyutfärdad regel och en avsevärt äldre, vill det säkert mycket till för att den aktuella lagstiftaren desavoueras. Det är uppenbart att tidsskillnaden mellan reglerna är betydelsefull: kolliderar två relativt nyutfärdade regler med obetydlig tidsskillnad mellan deras respektive ikraftträdande, torde *lex posterior-principen* vara av ringa vikt. Detsamma kan antagas vara fallet vid kollision mellan två starkt ålderstigna regler, även om tidsavståndet mellan deras ikraftträdande i och för sig inte är obetydligt. Vid sidan av nämnda lojalitetsargument, men nära förbunden därmed, står tanken att den senare regeln bör ha prioritet, såvida den avspeglar förändrade uppfattningar av moralisk eller annan natur på det område av samhällslivet som regleringen gäller. Som ett hjälpmedel för domaren härvidlag kan ett hypotetiskt prov vara till nytta: Är det sannolikt att lagstiftaren, om han varit observant, skulle ha ändrat eller upphävt den äldre regeln vid utfärdandet av den senare? Som Ross (1953, s 153) framhåller, spelar *lex posterior-principen* störst roll vid "total motsägelse" (= kollisionssituation (1) i vår analys).

Den i praktiken förmodligen viktigaste derogationsprincipen torde vara *lex specialis-principen*. Detta sammanhänger med att denna utgör en väsentlig förutsättning för att juristernas *systemideologi* — kravet på logisk konsistens, teleologisk och principiell konsekvens och över huvud taget ordning och reda i regelmassan — skall kunna fungera i praktiken. Som Strömholm (1981, s 169 ff) framhåller, villar ett statligt rättssystem av svensk typ på ett antal, vanligen underförstådda, oskrivna basprinciper, på vilka är staplade alltmer specia-

liserade regler, den ena på den andra varvid *lex specialis*-principen utgör själva uppbyggnadsprincipen. Vad är då naturligare än att samma princip vid behov också ikläder sig rollen som tolkningsprincip, vilken tillåter rättstillämparen att så att säga fullfölja strävandet mot systematisk fulländning och därmed fungera såsom lagstiftarens förlängda arm. Principens dominans kommer också till uttryck i satsen *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* — systemaspekten betraktas som viktigare än tidsaspekten.

Lex superior-principen är intimt förbunden med den konstitutionella ideologin om statsmaktens utövande under lagen ("The Rule of Law", som engelsmännen säger) och den är också en nödvändig förutsättning för att ett system med lagprövningsrätt för domstol skall kunna fungera. En sådan rätt bygger ju på att det finns en klart utformad och både av statsmakterna och domstolarna accepterad hierarki av lagar med olika dignitet, över vilken *lex superior*-principen kan operera. Men även där lagprövningsrätt ej alls, eller blott i ringa omfattning, är tillerkänd domstolarna, kan principen i fråga spela en roll vid lösandet av regelkollisionsproblem. Sådana problem måste ju ändå lösas på något sätt och en aspekt därvidlag är naturligen reglernas proveniens. Skillnaden mellan *lex superior*-principens användning vid lagprövning respektive vid "vanlig" kollisionsupplösning torde närmast ligga däri, att den regel som får vika i det förra fallet på ett mer genomgripande sätt anses *öppet och officiellt förkastad* — skillnaden är alltså snarast av det slag som brukar kallas en gradskillnad (jfr Sundberg, 1980, s 56 f).

När man sedan försöker formulera argumenten bakom *lex superior*-principen tycks dessa vara av något olikartad karaktär vad beträffar laghierarkins olika nivåer. Låt oss betrakta relationerna (1) grundlag — lägre författning än grundlag, respektive (2) lag — lägre författning än lag. Beträffande (1) kan sägas, att, om man betraktar grundlagen inte bara som en intern arbetsordning för lagstiftarna (med eventuellt inbyggda varningssignaler för dessa, när det gäller lagstiftning som inskränker vissa elementära "rättigheter") utan också som en lag, på vilken *allmänheten* skall kunna stödja sig vid rättstvister, det ligger nära till hands att tillmäta *lex superior*-principen vikt åtminstone vid uppenbar kollision mellan grundlag och lägre författning, även om den senare inte explicit "underkännes". Beträffande relationen (2) kommer snarare det förhållandet i förgrunden att de kolliderande reglerna emanerar från olika lagstiftare. Den svenska regeringsformen ger uttryck för principen att lagstiftnings-

makten är riksdagens och att annan lagstiftningsmakt är, på ett eller annat sätt, "delegerad från" denna. Denna princip bygger i sin tur på idén om den demokratiska legitimationen. Ett naturligt korollarium till denna åskådning utgör onekligen en lex superior-princip, som vid kollision ger av riksdagen stiftade regler företräde framför regler i regerings-, verks- och, med de inskränkningar som betingas av den s k kommunala självstyrelsen, kommunal lagstiftning. En viktig aspekt vid regelkollision på dessa nivåer utgör, vid sidan av den nyssnämnda, även intresset av rättslikhet inom hela riket.

Å andra sidan kan naturligtvis hävdas, att, om inte lagstiftarna själva respekterar läran om lagarnas hierarki genom att de stiftar lag, som strider mot högre lag, inte heller domstolarna behöver känna sig bundna av detta synsätt (jfr Peczenik, 1974, s 105). Häremot kan dock i sin tur göras gällande, att domstolarna har en kontrollfunktion vad avser dylika "olycksfall i lagstiftningsarbetet".

Prioritetsförhållandet mellan lex specialis- och lex posterior-principerna har tidigare berörts. Även prioritetsförhållandet mellan lex superior- och lex specialis-principerna kan ha sitt intresse. Det kan inte antas att den förra i alla lägen ges prioritet över den senare. Att mer speciella tillämpningsföreskrifter till en lag av högre dignitet än föreskrifterna själva i myndighetspraxis ibland ges företräde framför lagen själv är exempelvis något som inte kan uteslutas som osannolikt. Att lex posterior-principen skulle slå ut lex superior-principen är däremot, ehuru inte uteslutet, dock föga sannolikt. Ty är lex posterior samtidigt lex specialis torde vanligen lex specialis-principen äga större vikt än lex posterior-principen och är lex posterior samtidigt lex generalis kommer ju i detta fall lex superior- och lex specialis-principerna att samverka. Endast i den situationen att de kolliderande reglerna inte står i ett generalis-specialisförhållande till varandra torde lex posterior-principen äga självständig betydelse och då sannolikt endast, när lex superior är kraftigt ålderstigen. Denna situation påminner starkt om den situation i vilken försättande i obsolescens aktualiseras. Kan domstolarna utan stöd i senare lag i vissa fall åstadkomma obsolescens, bör de också rimligen i liknande fall kunna desavouera äldre lag, när de kan stödja sig på nyare lag, ehuru av lägre dignitet.

Obsolescensförklaring, desuetudo, och s k reduktionsslut från domstolarnas sida kunde tyckas på visst sätt strida mot den s k formella lagkraftens princip, uttryckt i 8:17 regeringsformen: "Lag får ej ändras eller upphävas annat än genom lag". Så är dock naturligt-

vis inte fallet: domstolarna kan ju inte stifta lag och därför ej heller ändra eller upphäva sådan. Emellertid kunde desuetudo och reduktion tänkas strida mot "en följdprincip" till den formella lagkraftens princip av innebörd att, om lagstiftaren inte får åsidosätta en lag genom en annan författning av lägre dignitet än lag, inte heller domstolarna får åsidosätta lag genom dom (prejudikat). En sådan idé förutsätter då, att prejudikat har en lägre dignitet än lag. Att hävda en dylik följdprincip vore dock, enligt min mening, olyckligt. Den formella lagkraftens princip hindrar ju inte lagstiftaren att ändra lagen, bara detta sker på samma hierarkiska nivå. Men nämnda följdprincip skulle effektivt omintetgöra domstolarnas möjlighet att utöva sin rättsmodifierande funktion. Legalitetsidealet måste tillgodoses med betydligt mer nyanserade medel.

Vid lösandet av flerfallskollisionsproblem i rättstillämpningen förefaller derogationsprinciperna vara föga tjänliga. Varför, kan man fråga sig, skall högre lag slå ut lägre eller senare lag slå ut äldre, när de båda kolliderande lagreglerna handlar om helt olika saker (det delmängdsförhållande som *lex specialis-principens* tillämpning förutsätter torde knappast någonsin i praktiken förekomma vid flerfallskollision)? Vid flerfallskollision måste synpunkter specifika för de aktuella rättsområdena vara avgörande. För få domaren falla tillbaka på allmänna lagtolkningsgrepp, varvid en avvägning mellan motstående intressen torde vara ofrånkomlig.

Kollisionsproblematiken är inte särdeles ingående behandlad i nordisk doktrin. En mycket givande framställning i uppsatsform är dock Eckhoff (1969).

3.4. Regelkonkurrens

3.4.1. Inledning

I detta avsnitt skall jag först anställa några reflexioner om vad det är som konstituerar konkurrens genom att ange några, låt oss kalla dem, allmänna konkurrensförutsättningar (3.4.2.). Därefter behandlas ettfallskonkurrensen (3.4.3.) och flerfallskonkurrensen (3.4.4.). Avsnittet avslutas med en del synpunkter på lösningar av konkurrensproblem (3.4.5.).

3.4.2. Några allmänna konkurrensförutsättningar

Hur, kan man fråga, ser de intressanta regelkonkurrenssituationerna ut, dvs de situationer av detta slag som är juridiskt problematis-

ka? Det kan ha sitt intresse att, på ett allmänt plan, försöka karaktärisera vissa typiska konkurrensförutsättningar. Jag skall inleda detta huvudavsnitt med några reflexioner härom, vilka reflexioner — det är jag angelägen att understryka — har en starkt tentativ karaktär.

Man skulle kunna tala om defekter hos rättsregler i olika avseenden. En sådan defekt är att en regel är mer eller mindre *otjänlig* såsom medel: det samhällstillstånd som dess efterlevande är tänkt att åstadkomma, eller i vart fall bidra till, infinner sig sällan eller aldrig, när regeln efterlevs. En annan defekt är att en regel är mer eller mindre *olämplig*: det tillstånd som dess efterlevande åstadkommer är inget önskvärt samhällstillstånd.

En regel kan nu vara såväl tjänlig som lämplig i isolat, men likväl otjänlig eller olämplig när dess tillämpning på ett eller annat sätt aktualiseras i samband med tillämpningen av en eller flera andra regler. Med tanke härpå kan vi tala om kollektiv otjänlighet respektive kollektiv olämplighet, eller, med en gemensam beteckning, *kollektiv olägenhet*.

Vid kollektiv olämplighet är det samhällstillstånd som uppnås, då flera regler samtidigt tillämpas, inget önskvärt sådant, t ex det att en person för en och samma gärning undergår straff både för grov stöld och för stöld. Vid kollektiv otjänlighet — eller kanske riktigare: kollektiv motverkan — beträffande två regler förhåller det sig så, att åtminstone endera regelns efterlevande i något avseende motverkar den andra regelns efterlevande, såsom exempelvis är fallet, när det är fysiskt svårt, eller rent av omöjligt, att samtidigt efterleva de båda reglerna (vad Peczenik, 1974, s 102, kallar "fysisk oförenlighet"). Ett exempel härpå utgör den situationen att en person dömes till fängelse för misshandel och samtidigt till att utge skadestånd till den misshandlade, varvid det inkomstbortfall fängelsestraffet medför försvårar för den dömda att utge skadeståndet. Ingenting hindrar självfallet att både kollektiv otjänlighet och kollektiv olämplighet är för handen samtidigt (vilket i så fall inte förvärrar läget, utan snarare tvärtom, eftersom otjänligheten då kanske får till följd att olämpligheten s a s ej förverkligas).

Det är just vid kollektiv olägenhet av dessa slag som frågor om regelval i en eller annan form aktualiseras.

Om man så vill, kan man naturligtvis betrakta varje situation där kollektiv olägenhet råder och där därför någon form av regelval aktualiseras, såsom en konkurrenssituation. Vi skulle då erhålla ett mycket vidsträckt konkurrensbegrepp. Men kanske förefaller ett så-

dant juristerna en smula främmande. Å andra sidan finns det ingen anledning att uppfatta konkurrensbegreppet såsom uteslutande hänförligt till ett enda rättsområde, ehuru detsamma väl ofta kommit att betraktas som ett specifikt straffrättsligt begrepp. Konkurrensbegreppet kan lika väl som kollisionsbegreppet tjänstgöra som ett allmänjuridiskt begrepp.

Likväl är det självfallet ingen slump att konkurrensproblemet främst artikulerats inom straffrättsdogmatiken och vill man försöka inringa vissa "typiska" konkurrensförutsättningar, kan det vara klokt att utgå från straffrättens konkurrensbegrepp såsom ett slags typmodell. Låt oss, helt kort, betrakta tre sådana tänkbara konkurrensförutsättningar, uppställda just med straffrättens konkurrensbegrepp för ögonen.

(1) En första, tämligen självklar konkurrensförutsättning synes vara att ett eller flera fall föreligger till bedömning i *en och samma tillämpningssituation*. Att en person står inför rätta åtalad för rattfylleri vid domstolen D_1 och samtidigt för skattebedrägeri vid domstolen D_2 konstituerar således ingen konkurrenssituation. Först om det vid någon av domstolarna i samband med straffmätningen blir aktuellt att beakta domen från den andra domstolen kan en konkurrensfråga aktualiseras. Men då sker detta i en och samma tillämpningssituation (jfr ovan om s k iterativa tillämpningssituationer, avsnitt 3.2.).

(2) När man inom straffrätten talar om det slag av konkurrens som involverar flera fall (realkonkurrens), torde man tyst förutsätta, att partsställningen i samtliga fall är densamma, dvs att *objektiv kumulation* i processrättslig mening är förhanden. (I brottmål uppträder ju också en "konstant", städse förhandenvarande part: mot den åtalade står alltid "staten" eller "samhället", eller vad man nu vill kalla parten ifråga. Likartat är förhållandet inom skatterätten, där "fiscus" spelar denna roll.) Det kunde då ligga nära till hands, att uppställa objektiv kumulation som en konkurrensförutsättning, i vart fall om man önskar ett mer precist, straffrättsbetonat konkurrensbegrepp. Men man bör då ha klart för sig, att man därvid lämnar vissa förekommande slag av kollektiv olägenhet utanför konkurrensbegreppet, vilka olägenheter kan vara sådana att de föranleder någon form av regelval från rättstillämparens sida. Regelval kan aktualiseras också i tillämpningssituationer, där subjektiv kumulation föreligger.

I en analys av det juridiska beslutsfattandets karakteristiska särdrag nämner Strömholm (1975, s 596 ff — omtryckt i 1979, s 123 f — och 1981, s 279 ff) såsom ett sådant något som han träffande kallar "isoleringseffekten". Strömholm menar, att "'juridiken' — i betydelsen 'beslutsfattningsteknik' — upprätthåller eller åtminstone bidrager till att upprätthålla samhällsfriden genom att *isolera* vissa bland de konflikter som ständigt dyker upp i samhället och underkasta dessa konflikter en särskild, formaliserad och högt utvecklad utrednings- och beslutsprocedur, som är det allmänna eller administrativa rättegångsförfarandet. Juridiken skapar, om man så vill, ett slags *cordon sanitaire* omkring vissa härdar av konflikt och oenighet". Denna isolering består främst däri, att de konflikter som är föremål för prövning så att säga koncentreras, eller förenklas, t ex därigenom att konfliktfallens såväl orsaks- som verkningskedjor vid den rättsliga bedömningen klipps av vid en viss punkt "bakåt och framåt". Vissa omständigheter i kausalförloppet lägges åt sidan såsom irrelevanta. Härigenom möjliggöres en hantering av kanske starkt inflammerade samhällsproblem på ett kallt och lidelsefritt sätt. Rättskipningen tar hand om akutfallen, medan den mer djupgående behandlingen av svåra samhällsproblem får ombesörjas på annat håll i samhället.

Strömholms iakttagelse träffar, synes det mig, något fundamentalt hos det juridiska tänkandet inom rättskipningens ram. Studerar man detta tänkande närmare, finner man också åtskilliga utslag av isoleringseffekten. I de välkända stadgandena 17:3 och 30:3 rättegångsbalken kommer denna sålunda klart till uttryck. Strävan mot isolering av konfliktfall visar sig också i något som skulle kunna kallas "partsanspråkets isolering": i extrem form innebär denna att vid den rättsliga bedömningen parts anspråk betraktas isolerat på det sättet att, om hans yrkande vilar på styrkta omständigheter och har stöd i gällande rätt, yrkandet skall bifallas utan hänsynstagande till att tredje män utanför partsförhållandet i fråga kan bli lidande härav. En borgenär skall således ha betalt för sin fordran, även om det leder till att gäldenären tvingas försätta sig i konkurs och ett fängelsestraff skall utdömas, även om den dömde därvid inte kan försörja sin familj eller betala skadestånd till den av brottet drabbade. I satsen *Fiat justitia, pereat mundus* ligger i detta perspektiv onekligen en viss sanning vad beträffar rättskipningens karaktär.

Till viss del är sistnämnda slag av isolering säkerligen betingat av kravet på likhet inför lagen. En part, som utanför processen har att tävla med andra personers, t ex andra borgenärers, krav på motpar-

ten blir sålunda, om isoleringsprincipen strikt upprätthålles, *inom processens ram* ej sämre ställd än en part med likadant anspråk i en annan process, vilken part inte har några dylika konkurrenter.

Om principen om partsanspråkets isolering upprätthölles helt undantagslöst, vore det naturligt att begränsa konkurrensbegreppet till sådana situationer, där partsställningen är av typen objektiv kumulation. Eventuella återverkningar av domen på tredje man skulle då ej behöva beaktas. Men principen ifråga gäller ju, vad svensk rätt angår, inte undantagslöst. Lagen, eller ibland lagmotiven, anvisar inte sällan domaren att vid bedömningen av ett partsanspråk ta i beaktande hur detta förhåller sig till någon tredje mans anspråk.

Låt mig ge ett par exempel härpå. I 6:2 skadeståndslagen finns en generell jämningsregel av innebörd att skadestånd kan jämkas, om detsamma skulle vara "oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden". Därvid skall även beaktas "den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter". I förarbetena till denna bestämmelse (se NJA II, 1975, s 566 och 570) ger departementschefen en fingervisning om att skadestånd på grund av brott kan jämkas, om utgivande av det fulla skadeståndet skulle motverka den skadeståndsskyldiges sociala rehabilitering. Här föreligger, om brottmålet och skadeståndsmålet prövas i samma process, inte objektiv utan subjektiv kumulation. Likväl föreligger ett slags konkurrens mellan den regel varpå skadeståndsanspråket grundas och den regel varpå anspråket på straffrättslig påföljd grundas. Och i motiven anvisas alltså lösningen att låta för den skadelidande ovidkommande rehabiliteringshänsyn så att säga gå ut över densamme. Han blir i likhet inför lagen-principens perspektiv sämre ställd än en skadelidande, som drabbats av en likadan skada men där rehabiliteringshänsyn i påföljdsfrågan ej gör sig gällande. Ett kuriöst exempel är vidare följande. Enligt 8 § 2 st, lagen 1979 om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, kan arbetstagare, som missgynnats i lagens mening på grund av sitt kön, erhålla skadestånd av arbetsgivaren "för den kränkning som missgynnandet innebär". Vidare heter det: "Begär i ett sådant fall flera missgynnade skadestånd, skall skadeståndet bestämmas som om bara en hade blivit missgynnad och delas lika mellan dem". Två likvärdiga skador skall således bedömas olika, inte av några socialt betonade skäl, utan uteslutande på grund av att i ena fallet också andra personer samtidigt drabbats av skada av ifrågavarande slag — en från synpunkten om likhet inför lagen en smula märklig konstruktion (som

väl visar att det här inte är fråga om skadestånd i vanlig mening utan ett slags straffbetonat sådant). Denna situation utgör ett slags likartad konkurrens — samtliga skador bedöms enligt samma regel — men med subjektivt kumulerade fall involverade.

(3) En tredje konkurrensförutsättning kunde vara att de alternativa reglernas rättsföljder — eller, mer exakt, rättsföljdernas normtemata — är *kommensurabla*; ett villkor som säkrast är uppfyllt när dessa är mätbara och därtill mätbara med samma mått eller med mått, som kan översättas till varandra enligt något av lagstiftaren konstruerat schema. I straffrätten mätes sålunda fängelsestraffet med tidsmått och bötesstraffet med penningmått eller med dagsbotsenheter. Det senare straffet kan vidare, som bekant, översättas till det förra med hjälp av bötesverkställighetslagens tabellkonstruktion, vilken entydigt bestämmer förhållandet mellan böter och fängelse.

Att konkurrensproblematiken särskilt kommit att uppmärksammas inom ett rättsområde där "rättsföljderna" på detta sätt låter sig adderas med respektive subtraheras från varandra är naturligtvis ingen slump: här erbjuder sig ju problemlösningar i form av jämkning på ett rent kvantitativt plan (subtraktion).

Låt oss från denna utgångspunkt betrakta några andra rättsområden, där "rättsföljderna" är på detta sätt kommensurabla och där således konkurrensproblem liknande straffrättens kan tänkas uppträda. Det kan därvid självfallet vara fråga såväl om fördelning av obehag, såsom inom straffrätten, som av förmåner.

Ett område av sistnämnda slag är socialförsäkringsrätten. Här kan det ju inträffa, att en person samtidigt är berättigad till flera olika försäkringsförmåner, av vilka det inte vore rimligt att tilldela honom samtliga. Studerar vi 1962 års lag om allmän försäkring från denna synpunkt finner vi också en rik uppsättning av konkurrensregler (se t ex 4:19, 8:6, 10:4 samt kap 17).

Ytterligare kan nämnas skatterätten, där en ren kumulation av olika slag av skatter kan leda till orimliga resultat. Vidare de familjerättsliga underhållsbidragen samt skadeståndsrätten. Vi skall senare återkomma till en del av dessa rättsområden i samband med diskussionen av olika lösningar av konkurrensproblem (avsnitt 3.4.5.).

3.4.3. Ettfallskonkurrens

Ettfallskonkurrensen mellan rättsregler har det gemensamt med ettfallskollisionen att båda kan återföras på huvudtyp I för regelval:

(H I) $T(f)$: $f \in R$ och $f \in R'$.

Ettfallskonkurrens uppträder i någon av nedanstående varianter (varianten "R' dis R" är, som tidigare påpekats, logiskt omöjlig under H I och varianten "N' int N" kan lämpligen splittras upp i sina "beståndsdelar" identitet respektive disjunktion):

- | | |
|--------------|----------|
| (1) R' id R | N' id N |
| (2) R' id R | N' ins N |
| (3) R' id R | N' dis N |
| (4) R' ins R | N' id N |
| (5) R' ins R | N' ins N |
| (6) R' ins R | N' dis N |
| (7) R' int R | N' id N |
| (8) R' int R | N' ins N |
| (9) R' int R | N' dis N |

Kommentar:

Till (1)—(3). Situationen (1) utgör ett marginalfall av ettfallskonkurrens, som skulle kunna kallas "total regelredundans" (överflödighet; jfr Ross, 1953, s 155 f). Två olika rättsregler — i betydelsen skilda förekomster — utgör en rättsregel — i betydelsen att de båda förekomsterna har samma meningsinnehåll. Denna situation utgör en ettfallskonkurrenssituation därför att det är logiskt möjligt — ehuru praktiskt absurt — att addera normtemata (rättsföljdstemata) hos de båda reglerna. Från materiell synpunkt är det oväsentligt vilkendera regeln som tillämpas, men detta hindrar inte att domaren av sådana principiella skäl som gör sig gällande vid andra former av konkurrens också här kan finna sig föranlåten att motivera ett val mellan de båda reglerna. Situationen (2) torde vara sällsynt i samhällen, där lagstiftaren ägnar tankemöda åt sina produkter. I situationen (3) föreligger väl identitet "på rättsfaktumsidan", medan rättsföljdernas temata är av skilda slag. När man knyter olikartade rättsföljder till ett och samma rättsfaktum är det vanligen inte fråga om något olycksfall i lagstiftningsarbetet utan i stället har man att göra med en välmotiverad lagstiftningsteknik, och några beaktansvärda konkurrensproblem behöver ej uppstå (jfr ovan 3.3.). Ett exempel på ett dylikt problem kunde vara, att till ett och samma brott en regel knyter påföljden fängelse och en annan regel påföljden böter.

Till (4)—(6). Skillnaden mellan denna grupp av situationer och gruppen (1)—(3) ligger däri, att här den ena regelns rättsfaktummängd är en äkta delmängd av den andra regelns, dvs den förra är mer specialiserad, eller preciserad, än den senare. I samtliga dessa situationer aktualiseras därför lex specialis-principen.

Situationen (4) kan uppkomma, då lagstiftaren i en särskild regel önskar framhäva ett visst fall, som i och för sig faller under en annan regel med samma rättsföljder som den förra. Situationen (5) är den där ett specialfall är "utbrutet ur" en annan regels rättsfaktummängd och försett med en rättsföljd, som innebär en begränsning av den generellare regelns rättsföljdstema i något avseende (ett brott är exempelvis "utbrutet ur" ett annat brott, varvid straffskalan i den nybildade regeln inskränkes i förhållande till den generella regelns, antingen genom att straffmaximum sänkes eller genom att straffminimum höjes). Beträffande (6) gäller mutatis mutandis vad som ovan sagts angående situationen (3). I situationerna (4) och (5) föreligger partiell regelredundans.

Inte sällan uttrycker ett lagbud en regel med alternativa rättsföljder, vilka står i olika konkurrensrelationer till en annan regel. Sålunda står snatteriregeln i 8:2 brottsbalken till stöldregeln i 8:1 vad avser fängelsepåföljden i relationen (5) och vad avser bötespåföljden i relationen (6).

Till (7)—(9). Av H I och definitionen av "interferens" (avsnitt 3.2 ovan) följer självfallet att f alltid tillhör intersektionen av R och R' , dvs att f tillhör båda dessa rättsfaktummängder.

Den avgörande skillnaden mellan situationer av detta slag och situationer tillhörande gruppen (4)—(6) är att lex specialis-principen här inte är användbar: eftersom de båda konkurrerande reglernas rättsfaktummängder bara har vissa fall gemensamma men å andra sidan vardera rättsfaktummängden inkluderar fall, som ej inkluderas av den andra mängden, låter det sig inte sägas, att den ena regeln är mer "speciell" än den andra. Inom svensk straffrätt laborerar man vid interferens såsom huvudregel med principen att de konkurrerande reglerna samtliga är tillämpliga (s k brottskonkurrens), ehuru med vidsträckta undantag, t ex om det gemensamma området för reglernas rättsfaktummängder är stort (se Löfmarck, 1974, s 81 ff och Jareborg, 1975, s 317 ff). I situationerna (8) och (9), där rättsföljdstemata hos de båda reglerna skiljer sig från varandra, kan, vad straffrätten angår, stor skillnad beträffande straffets stränghet med-

föra, att regeln med det strängare straffet slår ut regeln med det mildare (se Löfmarck, 1974, s 88 ff). I situationerna (7) och (8) föreligger partiell regelredundans.

3.4.4. Flerfallskonkurrens

Flerfallskonkurrensen mellan rättsregler har det gemensamt med flerfallskollisionen att båda kan återföras på huvudtyp II för regelval:

(H II) $T(f, f')$: $f \in R$ och $f' \in R'$

varvid vi, som inledningsvis framhållits, stipulerar att f och f' är skilda (olika) fall, ($f \neq f'$)

Som exempel på flerfallskonkurrens kan anföras att en person i en och samma rättegång står under åtal för en stöld, ett bedrägeri och en skadegörelse eller att en tjänsteman har att pröva huruvida en person, som prima facie är berättigad till flera olika socialförsäkringsförmåner, skall erhålla samtliga.

Att beträffande flerfallskonkurrensen uppställa ett schema för de normrelationer som kan råda mellan r och r' har inget praktiskt intresse. Emellertid förtjänar ett marginalfall av flerfallskonkurrens särskilt att omnämnas, nämligen

$R' \text{ id } R \quad N' \text{ id } N,$

dvs att $r=r'$, varvid det självfallet i praktiken är fråga om en och samma regelförekomst. Denna konkurrenssituation går i straffrätten under beteckningen *likartad konkurrens* och som exempel på en sådan kan nämnas att en person begått flera olika stölder.

Det kan kanske förefalla en smula egendomligt att betrakta den likartade konkurrensen såsom en regelkonkurrens: är det verkligen meningsfullt att säga, att en regel konkurrerar med sig själv? Är det inte snarare flera olika fall, vart och ett stående i tillämpningsrelation till r , vilka konkurrerar om att r faktiskt tillämpas på dem i en given tillämpningssituation? Ja, det må så vara, men å andra sidan finns det ingen större anledning att komplicera begreppsbyggnaden av detta skäl; man kan ju, om man så vill, säga att regeln konkurrerar med sig själv om att fullt ut kunna tillämpas på flera fall samtidigt. Frågan är, med andra ord: Hur många tillämpningsrelationer "orkar regeln med" i en och samma tillämpningssituation?

Den principiella skillnad som vi berörde i föregående avsnitt mellan ettfalls- respektive flerfallskollision — att i det förra fallet är fråga om en regelinskränkning, men i det senare fallet blott en tillämpningsinskränkning — föreligger också mellan ettfallskonkurrens och flerfallskonkurrens; låt vara att tillämpningsinskränkningen vid konkurrensproblem blott är en möjlig, inte som vid kollision nödvändig, lösning. Som läsaren säkert noterat, motsvarar huvudtyp I (ettfallskonkurrens) vad kriminalisterna kallar idealkonkurrens och huvudtyp II (flerfallskonkurrens) s k realkonkurrens. Det finns inom straffrätten en benägenhet att betrakta denna distinktion såsom mindre väsentlig (se Löfmarck, 1974, s 26 ff och Jareborg, 1975, s 320 f). Och klart är väl, att distinktionen har föga betydelse från straffmätningssynpunkt. Men den är viktig såtillvida som resultatet av konkurrensproblemlösningen vid ettfallskonkurrens innebär ett mer avgörande ingrepp i regelsystemet än vid flerfallskonkurrens. Blott vid ettfallskonkurrens föreligger (total eller partiell) regelredundans.

3.4.5. Lösningar av konkurrensproblem

Avslutningsvis skall en del mer principiella aspekter anläggas på frågan om olika lösningar av konkurrensproblem (helt kort; den intresserade hänvisas för en mer ingående diskussion till den straffrättsliga litteraturen i ämnet). Vad ettfallskonkurrensen angår, gäller i stor utsträckning samma argument som i avsnitt 3.3 redovisas beträffande ettfallskollisionen.

Inom straffrätten krävs lösningar i här diskuterat avseende så som på två plan: påföljdsplanet och rubriceringsplanet. För den som befunnits skyldig till brotten X och Y kan det vara skäligen likgiltigt om han döms för X och Y till fängelse i två år, för enbart X till fängelse i två år eller för X medelst Y till fängelse i två år. Men i straffrätten är ju, i rättsklarhetens intresse, själva namnen på brotten, rubriceringarna, viktiga (vilket också framhävs genom att dessa namn återges med kursiverad stil i brottsbalkens brottskatalog). Även där ett brott "konsumerar" ett annat, anses det att domaren, åtminstone i vissa fall, bör omnämna, citera, det senare i sin dom (se Jareborg, 1975, s 332 ff). Från lösningar på rubriceringsplanet bortses i det följande.

Jag skall i det följande diskutera konkurrensproblematiken utslutande från lagstiftarens synpunkt. (För rättstillämpningens vidkommande gäller i stort sett vad ovan anförts beträffande kollision.)

Analysen härav kan företas i tre steg. Den första avser *lösningsmöjligheterna*, dvs de möjliga lösningar av konkurrensproblem som står lagstiftaren till buds. Det andra avser *lösningssprinciperna*, dvs de principiella argument varmed val av någon viss lösning bland de möjliga motiveras. Det tredje avser *lösningssanvisningarna*, dvs den lagkonstruktionsteknik medelst vilken de valda lösningarna kommer till uttryck i lagtext.

Lösningsmöjligheterna kan rationellt rekonstrueras i form av en strategi. Denna har, schematiskt uttryckt, följande utseende:

I. Lagstiftarens första val består i (1) huruvida han över huvud taget skall lagstiftningsvis lösa eventuellt förefintliga konkurrensproblem eller (2) om han skall avstå därifrån — och därmed överlåta problemen till de rättstillämpande myndigheterna. Att avstå från att lösa ett problem är ju också ett slags ”lösning” därav, om ordet ”lösning” därvid tas i den vida meningen av varje förhållningssätt till ett problem. (Problem kan ju ”lösas” genom att ignoreras, genom att förebyggas eller genom att lösas i mer egentlig mening.)

II. Väljer lagstiftaren att själv ta ställning till förefintliga konkurrensproblem, har han två möjligheter: (1) att konstruera lagen så att konkurrens ej föreligger, dvs att förebygga konkurrensproblem, eller (2) att låta regler i lagen konkurrera men samtidigt i lagen ge anvisningar om hur konkurrensproblemen skall lösas.

III. Väljer lagstiftaren alternativet II (2) — att i mer egentlig mening lösa konkurrensproblem — har han tre möjligheter: (1) att låta samtliga konkurrerande regler vara fullt ut tillämpliga, (2) att låta en regel, eller några men ej alla, vara fullt ut tillämpliga eller (3) att underkasta samtliga konkurrerande regler någon form av modifikation vad avser deras tillämpningsomfång eller faktiska tillämpning. ”Lösning” innebär därvid, att lagstiftaren explicit i någon lösningsanvisning anger vilketdera alternativ som gäller.

Skäl som motiverar att lagstiftaren avstår från att ta ställning till eventuella konkurrensproblem kan vara att ett ställningstagande skulle leda till en alltför komplicerad reglering — vare sig lagstiftaren försöker förebygga eller själv lösa sådana problem —, att dylika problem sannolikt inte blir särskilt vanligt förekommande, att de inte är särdeles allvarliga, att deras lösning är självklar (t ex vid upp-

enbart *lex specialis*-förhållande) eller att det finns etablerade oskrivna principer i domstolspraxis att falla tillbaka på. Tystnad från lagstiftarens sida kan väl ibland vara en indikation på att denne föredrar lösning III (1) — i vilket fall något regelvalsproblem ej uppstår.

Långt ifrån att undvika konkurrens i lagen tillskapar lagstiftaren inte sällan sådan. Det finns t o m en lagkonstruktionsteknik, som just går ut på att formulera regler, mellan vilka råder ettfallskonkurrens av typen inskränkning (dvs ett äkta delmängdsförhållande mellan rättsfaktummängderna). Därvid är *lex specialis*-principen tyst förutsatt som operativ princip. Tekniken ifråga, som man skulle kunna kalla "precisering genom utbrytning", innebär att man konstruerar en rättsfaktummängd täckande något typfall, ur vilken utbryts en äkta delmängd, som i en annan regel tilldelas en för denna mängd avpassad rättsföljd. Preciseringen består däri, att varje förhållande som faller under den senare regeln också faller under den förra, medan det finns förhållanden, som faller under den förra regeln men ej den senare. Lagskrivningstekniskt åstadkommes detta genom att till den förra regelns rekvisit fogas ytterligare, preciserande, rekvisit. Tekniken är välkänd framför allt från straffrätten (stöld — snatteri, stöld — grov stöld). *Lex specialis*-principens stora betydelse som tekniskt grepp inom såväl lagstiftning som rättstillämpning har tidigare berörts (avsnitt 3.3.).

Låt oss därefter säga något om förebyggande av konkurrensproblem.

Ett första grepp härvidlag är av det gordiska slaget: att förebygga konkurrens genom att över huvud taget inte lagstifta — varvid då inte avses det ovan berörda greppet att negligera eventuella konkurrensfrågor i lagprodukten, utan att inte alls lagstifta i "den materiella" frågan. Ett exempel härpå kan vara, att man, för att undgå besvärliga konkurrensproblem, avstår från att tillskapa specialstraffrättsliga regler på något område och i stället förlitar sig på allmänna straffrättsliga regler (jfr Löfmarck, 1974, s 132 f).

Vad flerfallskonkurrensen beträffar, ligger i sakens natur att det, generellt sett, varken är lämpligt, eller ens praktiskt möjligt, att förebygga sådan. Hithörande problem måste lösas, i ordets mer egentliga bemärkelse.

Det gäller dock ej förbehållslöst. En icke ovanlig typ av situationer, där det kan finnas skäl för lagstiftaren att ingripa förebyggande utgör vad vi kan kalla *beroende flerfallskonkurrens*.

Ofta är de fall som aktualiseras vid flerfallskonkurrens helt oberoende av varandra, t ex en stöld och en trafikförseelse. Men det förhållandet att två fall tillhör var sin mängd, vilka båda mängder är disjunkta, innebär inte alls att de båda fallen nödvändigtvis är oberoende av varandra. De kan t ex ingå som komponenter i en och samma affärstransaktion eller i en och samma brottsplan (i straffrätten talar man om för- respektive efterhandlingar, jfr Jareborg, 1975, s 328 ff), de kan ha anknytning till någon gemensam "utanförstående" företeelse, t ex ett objekt, en handling kan vara ett medel vid genomförandet av en annan handling, eller de kan stå i någon annan relation till varandra. Om dylika situationer kan vi använda beteckningen "beroende flerfallskonkurrens".

I vissa fall kan en beroende flerfallskonkurrens vara så vanlig, att den påkallar legislativ behandling. Ett tekniskt grepp till förebyggande av konkurrensproblem är därvid att tillskapa en särskild regel, som ersätter, konsumerar, de båda konkurrerande reglerna vid något visst slag av beroendeförhållande mellan fall, på vilka dessa enligt rekvisiten är tillämplbara (man låter exempelvis misshandel + stöld = rån, bedrägeri + förfalskning = grovt bedrägeri). En sådan regel utgör vanligen ett slags mixtum compositum av de båda konkurrerande reglerna.

Tekniken är, schematiskt uttryckt, följande (r_1 och r_2 är två konkurrerande regler, r_3 den konkurrensförebyggande regeln och a , b , c , ... är rekvisit).

r_1 : ab

r_2 : cd

r_3 : $abcde$

Rekvisitet e i r_3 (kopplingsrekvisitet) får symbolisera den relevanta beroenderelationen mellan ab å ena sidan och cd å den andra (i språket uttryckt med lokutioner av typen "medelst" eller "den som, sedan han utfört ... , utför ...", t ex. "Den som stjäl medelst våld å person ...", 8:5 brottsbalken).

Emellertid är det inte heller alltid lätt att förebygga ettfallskonkurrens i lagen. Ett totalt undvikande härav kräver ju, att alla regler har inbördes disjunkta rättsfaktummängder: det får inte finnas något förhållande som faller under mer än en regel. Denna princip har ovan benämnts *unicitetsprincipen*. Men en radikal användning av denna princip skulle, som Löfmarck (1974, s 12) uttalar för straff-

lagstiftningens vidkommande, medföra extremt kasuistiska bestämmelser och därmed göra lagens textmässiga omfång oerhört stort.

Unicitetsprincipen är en idealtyp, som kan approximeras i olika hög grad: även om fullständig unicitet ej kan uppnås, kan lagstiftaren likväl eftersträva att, där två reglers rättsfaktummängder interfererar ("överlappar" varandra), göra den snittmängd på vilken båda reglerna är tillämplig så liten som möjligt. (Storleken hos denna snittmängd får i straffrätten ibland utgöra en omständighet att beakta vid val av konkurrensproblemlösning: se Löfmarck, 1974, s 85 ff.)

Vi övergår därmed till frågan om legislativa lösningar i mer egentlig bemärkelse av konkurrensproblem. Låt oss därvid först göra en grovt schematisk inventering av de olika tekniska grepp som står till buds vad avser lösningsanvisningarna.

Man skulle härvidlag kunna skilja mellan "implicita" och "explicita lösningsanvisningar". De förra är sådana som anger preferensförhållandet mellan konkurrerande regler genom själva dispositionen hos lagen (jfr ovan 3.3.). Explicita lösningsanvisningar är sådana, där preferensförhållandet anges i separata lagbestämmelser eller i särskilda rekvisit hos regler, som kan konkurrera med andra regler. Närmare bestämt kan vi skilja mellan tre slag av explicita lösningsanvisningar: (1) lösningsanvisningar i form av rekvisit eller annan anvisning i en regel, som själv konkurrerar med någon annan regel, (2) lösningsanvisningar i form av en fristående regel, vilken löser konkurrens inom ett eller flera uttryckligt angivna regelpar skilda från konkurrenslösningensregeln själv samt (3) lösningsanvisningar i form av generella, principiellt avfattade regler i en särskild del av lagen. Exempel på (1) utgör 14:5 sista stycket i 1980 års sekretesslag ("Första stycket tillämpas inte, om avvikande bestämmelser har meddelats i lag"), på (2) 4:19 i 1962 års lag om allmän försäkring och på (3) 4 kap i 1864 års strafflag (med generella regler rörande s k brottskonkurrens) samt 17 kap i lagen om allmän försäkring ("Om sammanträffande av förmåner m m"). Vilken teknik man väljer hänger självfallet ihop med om man önskar, och kan åstadkomma, generella, principiella lösningar eller om man nöjer sig med partikulära ad hoc-lösningar.

Som ovan framhållits har lagstiftaren principiellt tre möjligheter, om han väljer att lösa konkurrensproblem: (1) att låta samtliga konkurrerande regler vara fullt ut tillämpliga, (2) att låta en regel, eller några men ej alla, vara fullt ut tillämpliga eller (3) att företa någon form av "regelmodifikation".

Den förstnämnda lösningsprincipen — kumulation — är huvudsakligen av intresse endast vid flerfallskonkurrens. Ettfallskonkurrens är ju i de flesta fall antingen en systemdefekt (total eller partiell regelredundans) eller ett uppenbart *lex specialis*-förhållande.

Vad gäller ren kumulation av individualiserade rättsföljder borde, tycker man, den yttersta gränsen inte vara vidare än gränsen för vad som är faktiskt möjligt — i enlighet med principen *Impossibilium nulla est obligatio*. Men så är ju inte alltid fallet; det finns som bekant länder, där en person kan dömas till 200 års fängelse.

Av en god lagstiftare kan begäras, att han noga överväger, huruvida kollektiva olägenheter av något slag kan uppkomma vid kumulation. Ju mer rättstillämparen kan lita på lagstiftaren i detta avseende, desto större skäl har han att företa kumulation, om konkurrensanvisningar saknas i lagen — något som ju egentligen är det naturligaste, om man tar lagstiftaren på allvar.

Det kan naturligtvis inte uteslutas, att kumulation i vissa fall kan leda, inte till kollektiv olägenhet, utan till dess motsats: kollektiv, eller kumulativ, fördel. När man talar om olägenhet respektive fördel i detta sammanhang måste man emellertid hålla i minnet, att det alltid är flera parter i en process och att vad som gagnar den ena ofta missgynnar den andra. Och en ren kumulation kan ha till effekt att ekvivalensförhållandet mellan parterna rubbas i så hög grad, att endera parten otillbörligt gynnas på den andras bekostnad. Härtill kan komma ogynnsamma effekter för samhället i stort.

Den andra lösningsprincipen — urvalsprincipen — har också den sin främsta betydelse vid flerfallskonkurrens. Man kunde visserligen tycka, att den borde vara än viktigare vid ettfallskonkurrens: föreligger en systemdefekt av typ redundans, måste ju någon av de konkurrerande reglerna få företräde. Emellertid förhåller det sig väl sannolikt så, att, om lagstiftaren över huvud taget upptäcker redundansen, han antingen förebygger denna genom att omformulera de konkurrerande reglerna eller förlitar sig på en oskriven *lex specialis*-princip.

Urvalsprincipen bygger på den högeligen sunda idén, att man skall hålla sig till det väsentliga och lägga det mindre väsentliga åsido. Är effekten av tillämpningen av en viss regel så genomgripande, att effekterna av tillämpningen av de med denna regel konkurrerande reglerna i jämförelse därmed saknar större betydelse, räcker det med att tillämpa den förra regeln — så kan tanken formuleras. Man skall inte i onödan förfalla till krångel och småplock; det mindre väsentliga

ga låter man konsumeras, för att använda juridikens utmärkta term härför.

Urvalsprincipen kommer således främst till sin rätt i de situationer där det inte vållar några större svårigheter att skilja väsentligt från oväsentligt. Vad som därvid skall betraktas som väsentligt respektive oväsentligt är i huvudsak ämnesspecifika ting: i straffrätten t ex påföljdens stränghet, i socialförsäkringsrätten t ex förmånens storlek. I 10:4 2 st 1 p lagen 1962 om allmän försäkring finner vi ett exempel på urvalsprincipen: "Föreligger för samma månad rätt till två eller flera av förmånerna barnpension, förtidspension, änkepension eller hustrutillägg utgives endast en av förmånerna"; se även 4:19 samma lag.

Liksom beträffande kumulation och urval är regelmodifikationen, eller regeljämkningen, främst av intresse vid flerfallskonkurrens. Modifikationen innebär nämligen ingen regelinskränkning, utan enbart en tillämpningsinskränkning (jfr ovan 3.3.); det är rättsreglernas elasticitet som utnyttjas.

Schematiskt innebär modifikationen (1) att de individualiserade rättsföljderna kumuleras och (2) att därefter en större eller mindre subtraktion (jämkning) av totalsumman företas. Att det härvidlag måste vara fråga om kommensurabla och mätbara storheter (tid, pengar) ligger i öppen dag. Hur denna "rabatt" närmare bestämt fastställs i olika situationer beror på ämnesspecifika omständigheter.

Icke ovanligt är, att lagstiftaren vid modifikation laborerar (i) med en maximispärr, som inte får överskridas eller (ii) med en minimispärr, som inte får underskridas.

En sådan, vagt formulerad, maximispärr kan i straffrätten vara att de kumulerade påföljderna ej får överstiga vad som är kriminalpolitiskt motiverat, eller i socialförsäkringsrätten att de kumulerade förmånerna ej får överstiga vad som är socialpolitiskt motiverat. Ej sällan återfinns emellertid mer preciserade maximispärrar i lagen. Som exempel härpå från svensk rätt kan nämnas 17:1 lagen om allmän försäkring ("minskning" av viss förmån), 25:5 2 st brottsbalken (180 dagsböter maximum såsom gemensamt straff; jfr 26:2 2 st beträffande fängelse) samt lagen 1970 om begränsning av skatt i vissa fall (där ett s k spärrbelopp får utgöra maximispärr för kumulation av vissa skatter).

En minimispärr kan ha till syfte, i straffrätten att brottslingen ej skall komma för lindrigt undan vid brottsflerhet, i socialförsäkrings-

rätten att ett visst minimiskydd garanteras. Exempel: 25:5 3 st brottsbalken (”Är för något av brotten stadgat ett visst lägsta bötesstraff, får det straffet ej underskridas”; jfr 26:2 3 st beträffande fängelse) samt 8:6 lagen om allmän försäkring (en utpräglad garanti-regel rörande barnpension).

Kap 4. Om förhållandet mellan rättssystem

4.1. Inledning

Föregående kapitel handlade om konflikter mellan enskilda regler inom ett och samma rättssystem. I detta kapitel skall vi studera olika förhållanden som kan råda *mellan rättssystem* — statliga sådana, temporalt momentana system inom ett och samma icke-momentana statliga system samt extranationella system.

I avsnitt 4.2. genomförs en principiell undersökning av vilka anspråk statliga rättssystem — vilka ju är de utan jämförelse mest dominanta i vår tid — kan hävda i fråga om omfånget av deras tillämplighet i olika avseenden — deras s k *operationsområde*. Detta sker genom en idealtypskonstruktion (det maximala operationsområdet).

Därefter behandlas olika förbindelseproblem mellan rättssystem och anges fyra olika principiella lösningar av sådana (avsnitt 4.3.).

Avsnittet 4.4. innehåller en analys av det för alla intersystematiska problem relevanta begreppet "anknytning": vari består relationer av typen "fallet f har anknytning till rättssystemet R "?

I avsnitt 4.5., slutligen, definieras fyra olika "samlevnadsattityder", vilka präglar statliga rättssystemens förhållande till varandra.

4.2. Om statliga rättssystemens operationsområde

4.2.1. Inledning

Som utgångspunkt för en analys av olika relevanta relationer mellan rättssystem, dvs system av rättsregler, är det, tror jag, av visst intresse att först undersöka, vilka anspråk moderna statliga rättssystem hävdar i fråga om omfånget av deras tillämplighet i olika avseenden; låt oss tala om *operationsområden* för rättssystem.

En sådan undersökning visar mycket snart att ett rättssystemens operationsområde inte är någon entydig, utan en högst sofistikerad,

”flerdimensionell” företeelse. Nedanstående analys är avsedd att säga något om, vari denna komplikation består.

Först en begreppsbestämning: Ett rättssystem, S , är *ett momentant rättssystem* mellan tidpunkterna t_0 och t_i ($t_0 < t_i$) om och endast om en regelförändring (ett regeltillägg, en regeländring eller en regeleliminering) sker i S vid t_0 och vid t_i men ej mellan dessa tidpunkter. Ett *icke-momentant rättssystem* är en sekvens av momentana sådana. (Begreppen preciseras ytterligare i kap 5.)

Vår utredning gäller vilka anspråk momentana statliga rättssystem uppträder med i fråga om omfånget av det sakområde över vilket de själva hävdar sig äga tillämpning. Det handlar bl a om statliga rättssystemers förhållande till andra statliga rättssystem, till icke-statlig rättsbildning och till äldre rätt, om statliga rättssystemers anpassning till andra system och om begränsningar, som statliga rättssystem ålägger sig själva i förhållande till andra rättssystem. Teorin om statliga rättssystemers operationsområde är dels ett bidrag till den generella rättsmorfologiska teorin om rättssystemers uppbyggnad och dels avsedd att ligga till grund för analyser av olika slag av konfliktförhållanden mellan rättssystem.

Till grund för vår analys ligger tanken att rättssystem — eller, mer exakt, reglerna i ett rättssystem — är tillämpliga på *fall* (sakförhållanden, tillstånd, ”händelser”; se Frändberg, 1973, s 65—75). I och för sig kunde man välja att i stället betrakta rättssystem såsom tillämpliga på subjekt (personer, människor) eller på objekt (saker, fastigheter etc). En sådan analys blir emellertid mycket komplicerad, eftersom den kräver att man anger den oerhört varierande uppsättning av omständigheter under vilka reglerna i ett rättssystem är tillämpliga på subjekt eller objekt.

4.2.2. *Det maximala operationsområdet*

Som utgångspunkt för analysen skall vi betrakta ett tänkt, idealtypiskt rättssystem (av ett ytterligt motbjudande slag). Det är ett rättssystem, som lider av megalomani och hävdar de mest vittgående totalitära anspråk och ett ohämmat suveränitetskrav — en Leviathan, som inte känner några gränser för sin självhävdelse utan tillerkänner sig själv ett helt obegränsat operationsområde. Sålunda anser sig detta rättssystem äga jurisdiktion beträffande vilka fall som helst, även helt ”interna” fall utspelade i något land på andra sidan jordklotet, och självfallet accepterar systemet ej någon derogation av domsrätten för dess organ. Rättssystemet i fråga respekterar heller

inte på minsta sätt lagakraftvunna beslut och det känner inga gränser för vilka slag av fall, som kan avgöras av dess organ: domstolarna kan förklara varje slag av abort illegal; man kan få fastställelse på att det är förbjudet att ha bruna skor till frack likaväl som på att Gud existerar. Systemet tar ingen som helst hänsyn till andra rättssystem, i fall med internationell anknytning hävdas i alla lägen en *lex fori*-princip och systemets regler är hämningslöst retroaktivt tillämpliga på fall, som helt eller delvis utspelats före systemets tillkomst. Vid folkrätten fästs inget avseende. Några eftergifter till förmån för sedvänjor, handelsbruk eller andra kutymmer är heller inte tal om och alla regler i systemet är tvingade: den mest blygsamma form av partsautonomi är utesluten.

Vi säger att ett sådant rättssystem har *ett maximalt operationsområde* — och det har det naturligtvis oavsett om systemet är effektivt eller inte (det kanske bara är ett uttryck för en storhetsdröm i en galen diktators hjärna).

I ett sådant system finns ingen plats för kollisionsregler ”öppna mot” system utanför detsamma.

I samtliga ovannämnda avseenden brukar faktiskt existerande statliga rättssystem — i högre eller lägre grad — ålägga sig inskränkningar, exempelvis så att

- (1) anspråken på domsrätt (jurisdiktion) begränsas
- (2) tidigare lagakraftvunna beslut av systemets organ står fast
- (3) vissa (”icke-rättsliga”) problem prövas ej av systemets organ
- (4) systemet tillåter sina organ att tillämpa regler i andra statliga rättssystem eller i folkrätten
- (5) systemet tillåter sina organ att tillämpa regler i äldre system inom samma icke-momentana rättssystem
- (6) systemet tillåter sina organ att tillämpa regler i icke-statliga, extranationella, system (sedvänjor, religiösa rättssystem, kutymmer)
- (7) systemet tillåter sina organ att tillämpa regler, som enskilda rättssubjekt kommit överens om (avtal)
- (8) vissa regler i systemet är anpassade till regler i andra rättssystem av det slag som nämns i (4)—(7).

Var och en av (1)—(8) kan ses som ”en dimension”, vars ena extrempunkt ligger i den (monstruösa) idealtyp som vi kallat ett statligt rättssystems maximala operationsområde. Dimensionerna är ett

slags skalor, på vilka kan anges hur långt från idealtypen ett givet, existerande rättssystem befinner sig med avseende på just den aspekt som en dimension "uttrycker", och med hjälp av dessa "skalor" kan olika faktiskt existerande rättssystem jämföras i var och en av de olika dimensionerna.

Inskränkningar av nämnt slag är, kan vi säga, ett uttryck för statliga rättssystemens *monopolavstående* (varvid begreppet självfallet inte får uppfattas såsom normativt i den meningen att ett statligt rättssystem på något sätt skulle ha berättigade monopolanspråk, som det ibland välvilligt avstår från). Monopolavstående kan ske till förmån för exempelvis

- (a) andra statliga rättssystem eller folkrätten
- (b) äldre rättssystem i samma icke-momentana rättssystem
- (c) icke-statliga rättssystem
- (d) personers egna överenskommelser
- (e) "det rättstomma rummet"
- (f) rättslig status quo (på grund av rättskraft).

4.2.3. Begreppet "operationsområde"

Det sålunda introducerade begreppet "operationsområde" kan expliceras på följande sätt.

Låt R vara något statligt rättssystem. Relative R kan vi definiera något som vi kallar R :s jurisdiktionsområde samt R :s materiella respektive formella prövningsområde. Med hjälp av dessa begrepp skall sedan begreppet "operationsområde" fastställas.

R :s *jurisdiktionsområde*, J_R , utgörs av mängden av fall sådana att, för ett vart fall, f_i , i J_R finns något organ enligt R , som, med uteslutande beaktande av R :s internationella jurisdiktionsregler, är kompetent att avgöra f_i .

R :s *jurisdiktionsområde* utgörs, med andra ord, av mängden av fall, med avseende på vilka det finns organ enligt R , som har domsrätt (jurisdiktionskompetens, internationell processrättslig behörighet; se Dennemark, 1961, s 48 f n 1).

Observera klausulen "med uteslutande beaktande av R :s internationella jurisdiktionsregler" i definitionen ovan. Det är ett tillräckligt villkor för att ett fall, f_i , tillhör J_R att något organ enligt R har domsrätt med avseende på f_i uteslutande enligt R :s internationella jurisdiktionsregler — dvs även om sakprövning på grund av *andra regler* i R är utesluten (t ex därför att rättskraft föreligger med avseende på f_i).

Till J_R hör, enligt ovanstående definition, också sådana fall som prorogeras till R :s organ, i den mån R :s internationella prorogationsregler tillåter prövning.

För att kunna definiera begreppsparet "materiellt" respektive "formellt prövningsområde" måste vi först definiera ett begreppspar "materiell" respektive "formell avvisningsregel".

En materiell avvisningsregel i R är en regel i R , som säger att något fall, f_i , skall avvisas av varje organ enligt R på grund av den sakliga karaktären hos det problem som f_i aktualiserar.

En formell avvisningsregel i R är en regel i R , som säger att något fall, f_i , skall avvisas av varje organ enligt R och vilken regel inte är en internationell jurisdiktionsregel eller en materiell avvisningsregel.

Exempel: Antag att en person vid något organ enligt R begär fastställelse på att Gud existerar. Om en sådan talan skall avvisas enligt en regel r_1 i R , på grund av problemets art, så är r_1 en materiell avvisningsregel. Eller antag att anspråk på grund av pacta turpia enligt en regel r_2 i R icke skall ogillas utan avvisas — ja, i så fall är också r_2 en materiell avvisningsregel.

Men antag, å andra sidan, att en säljare vid något organ enligt R yrkar fullgörelse av ett köpeavtal, där köparen ej erlagt köpeskillingen. Om denna talan enligt en regel r_3 i R skall avvisas på grund av att fallet tidigare avgjorts av något organ enligt R (res judicata), så är r_3 en formell avvisningsregel — ty problem rörande fullgörelse av köpeavtal, där köparen ej erlagt köpeskillingen, är *i och för sig* av det slag, att de prövas av organ enligt R . Formella avvisningsregler är således också den avvisningsregel, r_4 , som säger, att talan skall avvisas därför att köpeskillingen understiger en daler (de minimis non curat lex) och regeln r_5 , som säger, att talan skall avvisas därför att säljaren tillhör viss ras. (I sistnämnda fall utgör R :s monopolavstående ej något uttryck för sund självbesinning hos R utan fastmer ett uttryck för en institutionaliserad diskriminering: säljaren är förvägrad en rättslig service, som står andra människor till buds.)

Begreppen "materiellt" respektive "formellt prövningsområde" kan nu definieras så här:

R :s materiella prövningsområde, M_R , utgörs av mängden av fall sådana att, för ettvar fall, f_i , i M_R finns något organ enligt R , som, med uteslutande beaktande av R :s materiella avvisningsregler, är kompetent att avgöra f_i .

R :s formella prövningsområde, F_R , utgörs av mängden av fall sådana att, för ettvar fall, f_i , i F_R , finns något organ enligt R , som,

med uteslutande beaktande av R :s formella avvisningsregler, är kompetent att avgöra f_i .

Det materiella prövningsområdet för ett statligt rättssystem av t ex svensk typ kan också beskrivas som mängden av fall, på vilka *non liquet*-förbudet är tillämpligt — eller, med andra ord, området för otillåten rättsvägran (déni de justice). Vad som ligger utanför det materiella prövningsområdet är området för tillåten rättsvägran.

Av definitionerna av J_R , M_R och F_R följer, att ett fall, f_i , får upptas till saklig prövning av något organ enligt R om och endast om f_i tillhör vart och ett av J_R , M_R och F_R . Vi kan därför definiera R :s operationsområde, O_R , som skärningen (intersektionen) av J_R , M_R och F_R :

$$O_R = J_R \cap M_R \cap F_R.$$

Grafiskt kan operationsområdet återges så

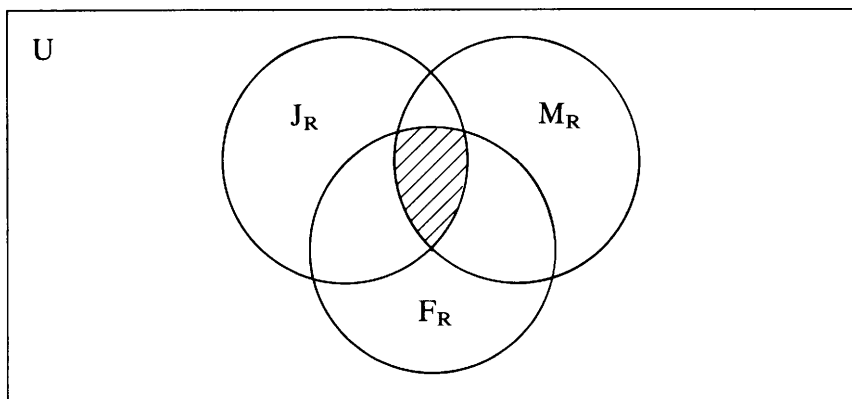


Fig 1

där O_R är det streckade område och U (Universe of Discourse) utgörs av mängden av fall över huvud taget.

O_R :s yttergräns är *avvisningsgränsen*: varje fall utanför O_R skall enligt R avvisas av R :s organ.

4.3. Om förbindelseproblem mellan rättssystem

Det välkända förhållandet att det existerar en mångfald olika statliga respektive extranationella rättssystem (religiösa rättssystem, mer

eller mindre omfattande regelsystem grundade på sedvänjor, kutymer, avtal etc) samt att olika momentana rättssystem efterträder varandra i tiden inom icke-momentana statliga rättssystem utgör den enkla förklaringen till att lagstiftare och domare och andra jurister ständigt konfronteras med problem, som har att göra med *förbindelser* av skilda slag rättssystem emellan. Låt oss i det följande tala om (1) *internationella*, (2) *intertemporala* och (3) *extranationella förbindelseproblem rättssystem emellan* för problem rörande respektive förbindelser statliga rättssystem emellan, förbindelser mellan olika momentana rättssystem inom ett och samma icke-momentana statliga rättssystem samt förbindelser mellan statliga och icke-statliga rättssystem.

Det finns fyra vanliga slag av lösningar av — eller lösningstekniker för — förbindelseproblem rättssystem emellan, vilka vi kan kalla (a) *kompetensregleringslösningar*, (b) *harmoniseringslösningar*, (c) *prestationsfördelningslösningar* samt (d) *systemvalslösningar*. Kompetensregleringslösningarna består däri, att man, på ett eller annat sätt, reglerar (den externa) kompetensen för organ enligt något rättssystem. Harmoniseringslösningarna består däri, att man likriktar innehållet i regler tillhörande skilda rättssystem. Prestationsfördelningslösningarna består däri, att prestationer, på vilka skilda stater "gör anspråk", delas upp i delprestationer, vilka "fördelas på" de ifrågavarande staterna. Systemvalslösningarna, slutligen, består däri, att man möjliggör för organ enligt något statligt rättssystem att tillämpa regler i andra rättssystem genom konstruerande av s k kollisionssnormer. Dessa lösningstekniker kan — och måste ibland — kombineras på olika sätt, och det kan självfallet finnas andra tekniker vid sidan av dessa. Ofta presenterar sig ett förbindelseproblem naturligen såsom ett kompetensreglerings-, ett harmoniserings-, ett prestationsfördelnings-, eller ett systemvalsproblem, och lösningstekniken är då ofta given. Men inte sällan kan lagstiftaren — och ibland domaren — *välja* lösningsteknik för något givet förbindelseproblem.

A. *Kompetensreglering* utgör en vanlig metod för att angripa internationella förbindelseproblem. Kompetensregleringen kan vara unilateral eller multilateral. I det senare fallet kan man tala om *kompetensfördelning* rättssystem (eller rättsordningar) emellan. En sådan åstadkommes främst genom biträdande av internationella konventioner. Denna form av reglering utgör ett väsentligt inslag i vad Eek

(1975, s 497 ff) benämner "samarbetsrätt". Samarbetsrättens regler har till sin viktigaste uppgift just att samordna (hanteringen av) skilda rättssystem. Men vid kompetensreglering är det inte fråga om att likrikta *innehållet* i rättsregler, eller att *fördela prestationer* och inte heller fråga om tillämpning av regler tillhörande andra rättssystem.

Kompetensregleringen kan vara *positiv*, dvs att organ enligt något rättssystem tilldelas kompetens i visst avseende, eller *negativ*, dvs att sådana organ berövas kompetens ("till förmån för" organ enligt något annat system).

Den viktigaste formen av kompetensreglering är den som aktualiseras i samband med frågor om internationell jurisdiktionskompetens. De förbindelseproblem som uppstår i detta sammanhang är principiellt av två slag: positiva respektive negativa kompetenskonflikter (se Dennemark, 1961, kap I). De förra uppstår därför att det "ingalunda är uteslutet, att rättegång rörande samma sak mellan samma parter samtidigt föres i två (eller kanske flera) stater, med påföljd att mer än en laga kraftvunnen dom kommer att föreligga i saken" (Dennemark, 1961, s 13, fotnot utlämnad). Motsatsen — att inget forum alls står den rättssökande till buds — utgör en negativ jurisdiktionskonflikt.

Ett remedium mot uppkomsten av positiva kompetenskonflikter är negativ kompetensreglering, dvs att domstolarna tillhörande en viss rättsordning avvisar fall ("till förmån för" någon annan rättsordning). En kompetensfördelning av detta slag kan åstadkommas genom internationella överenskommelser, men tanken att man skulle kunna få till stånd mer omfattande sådana är inte särskilt realistisk (Dennemark, 1961, s 24, betraktar tanken såsom utopisk) och ett företag som har till syfte att tilldela varje uppdykande fall (ett och) endast ett forum kan heller knappast betraktas som något önskvärt. En svagare lösningsvariant är att främmande rätt respekteras i så måtto att rättegång i viss stat verkar litis pendens-grundande i andra stater (jfr Dennemark, 1961, s 24).

Remediet mot uppkomsten av negativa kompetenskonflikter är positiv kompetensreglering — något som i praktiken kan åstadkommas genom tillskapandet av subsidiära forumregler (se Dennemark, 1961, s 21 f).

Andra exempel på kompetensreglering från den internationella process- och straffrättens område är regler av innebörd att stater tillerkänner varandras domar rättskraft, att de verkställer varandras domar (Dennemark, 1961, s 24) och att de tillåter derogation av sin

egen domsrätt till domstolar i andra rättsordningar på grund av pro-rogationsavtal (se härom Dennemark, 1961, s 307 ff). Vidare kan nämnas regler om utlämning för brott, om internationell rättshjälp i brottmål, om verkställighet av utländsk dom i brottmål, om överförande av lagföring i brottmål m m. Som ett utslag av kompetensreglering kan kanske också ses kravet på dubbel straffbarhet i vissa straffrättssystem, dvs kravet att en gärning begången utomlands av, säg, en svensk medborgare måste utgöra brott såväl i det land där gärningen företagits som i Sverige för att gärningsmannen skall kunna dömas till straff av svensk domstol (om regler av ovannämnt slag från den svenska internationella straffrättens område se vidare Falk, 1976).

Kompetensregleringsproblem utgör självfallet främst internationella förbindelseproblem. Kan man över huvud taget tänka sig kompetensregleringsproblem i andra sammanhang, t ex i förhållandet mellan ett statligt och ett extranationellt rättssystem (om vi bortser från folkrättsliga organ eller organ för organisationer av stater)? Ja, att privata organ fullgör domstolsliknande funktioner, t ex inom näringslivet, är inget okänt fenomen. Kompetensfördelning mellan statliga domstolar och domstolsliknande organ konstituerade enligt icke-statliga religiösa rättssystem torde rättshistorien också erbjuda exempel på.

B. Beträffande *harmoniseringslösningarna* skulle man kunna ange de båda extrempunkterna på en skala för ett rättssystems harmonisering med ett eller flera andra rättssystem. Den ena, *minimal harmonisering*, ligger i den ovan (avsnitt 4.2.2.) beskrivna idealtypen ”det maximala operationsområdet”, eller, med andra ord, det föreligger ingen harmonisering alls. Den motsatta extrempunkten, *maximal harmonisering*, utgörs av det läget att två statliga rättssystem, eller två delsystem av var sitt statligt rättssystem, är identiskt lika, dvs att de innehåller identiskt lika (samma) regler. Så är fallet vid *reception* (inkorporering) — som t ex när Turkiet år 1929 gjorde Schweizerisches Zivilgesetzbuch i dess helhet till sin — eller vid *unifikation*. (Här måste dock alltid fenomenet *rättsglidning* observeras: ehuru två lagar är identiskt lika, kan de båda på dessa lagar vilande regelsystemen vara olika på grund av att lagreglerna undergått betydelseförskjutningar i praxis; se Frändberg, 1973, s 72 ff.) Mellan de båda extrempunkterna föreligger olika grader av harmonisering, eller harmonisation (se Malmström, 1959, s 288).

I intertemporalt perspektiv kan motsvarande extrempunkter anges: å ena sidan att man ändrar lagen utan att i den nya lagen ta någon som helst hänsyn till den äldre och, å andra sidan, att man över huvud taget inte ändrar lagen eller att man blott redigerar om den. Däremellan förekommer olika slag av harmonisering, där en rationell lagstiftare väger fördelen med den nya lagen mot den eventuella nackdelen av en abrupt och vittgående rättsändring. (Om olika tekniska grepp samt ideologiska föreställningar i detta sammanhang, se kapitlen 5 och 6.)

Vad gäller anpassning av statliga rättssystem till extranationella regelsystem (t ex sedvänjor, handelsbruk, avtal) kan också här analoga extrempunkter anges. Harmonisering aktualiseras självfallet främst i förhållande till mer allmänna bruk inom yrkesbranscher och liknande eller till allmänt använda standardavtal (såvida man ej med lagstiftningen just avser att oskadliggöra sådana). Legalisering av utomrättslig praxis är inget okänt fenomen. Ren reception torde vara en sällsynthet, men harmonisering är inte ovanlig. Från svensk rätt kan som exempel nämnas det inflytande affärslivets praxis utövade vid tillkomsten av köplagen (se Hellner, 1974, s 14); respekten för privat rättsbildning var alltså vid lagens tillkomst så betydande, att lagen dels starkt harmoniserades med privat praxis och dels förhöll sig dispositiv till förmån för privata avtal och handelsbruk.

För den lagtekniska konstruktionen av harmoniseringen av ett statligt rättssystem med någon extranationell rättsbildning står en del typiska paradgrepp till buds. Som ett slags "slussar" mellan det statliga och det icke-statliga systemet konstruerar lagstiftaren ibland så kallade *standarder*. Dessa är en typ av blankettstadganden, vilkas blankettanvisning refererar just till icke-statlig rättsbildning (t ex "god affärssed" i 2 § marknadsföringslagen). En standardregel är ett slags tom form, en maskin, som ständigt kan omprogrammeras (t ex alltefter förändringar i den goda affärsseden), utan att själva apparaten därför behöver byggas om. Genom standarder (standardrekvisit) tillåts i viss mening den privata rättsbildningen att "tränga djupare in i" det statliga rättssystemet än vad dispositiviteten tillåter, nämligen så att den extranationella rättsbildningen kommer att bestämma det närmare innehållet i standardrekvisit, vilka ingår i *tvingande* regler i det statliga systemet.

C. *Prestationsfördelningslösningarna* består däri, att prestationer, på vilka skilda stater "gör anspråk", dels upp i delprestationer,

vilka "fördelas på" de involverade staterna. Ordet "prestation" används därvid i den mycket vida meningen av skyldigheter eller underkastelser (t ex fängelsestraff) i allmänhet. Som exempel på detta slag av lösningar på internationella förbindelseproblem kan från den svenska internationella skatterättens område anföras reglerna om avdragsrätt för utländsk skatt vid inkomstberäkningen, om avräkning av viss utländsk skatt mot svensk statlig inkomstskatt samt reglerna i de svenska dubbelbeskattningsavtalen med främmande stater (se härom Mattsson, 1978, kap III och IV). Från den internationella straffrättens område kan nämnas regler om hänsynstagande vid påföljdsbestämningen till straff, som avtjänats utomlands för det ifrågavarande brottet (jfr 2:6 brottsbalken).

D. Beträffande *systemvalslösningarna* hänvisas till den internationellt privaträttsliga litteraturen. Emellertid skall vi (i avsnitt 4.4.) närmare analysera det vid internationella systemval centrala begreppet "anknytning". Förr skall endast det påpekandet göras, att även kollisionsnormer kan harmoniseras, så att samma *lex causae* utpekas, oavsett enligt vilken rättsordning sakprövning sker (om dylik harmonisering på arvsrättens område, se Grahl-Madsen, 1979).

4.4. Om anknytning

Systemvalsproblem rättssystem emellan uppstår därför att fall uppträder, vilka på ett eller annat sätt "har anknytning till" minst två olika rättssystem. Rättssystem kan, liksom i den tidigare framställningen, vara olika statliga rättssystem, momentana rättssystem inom ett och samma icke-momentana rättssystem eller extranationella rättssystem. Vårt anknytningsbegrepp blir följaktligen vidare än den internationella privaträttens. Sådana "anknytningar", eller "anknytningsfakta", kan naturligtvis vara av de mest skiftande slag, men vissa typiska sådana kan ändå urskiljas. Det är bland sådana typiska anknytningsfakta man vid konstruerandet av såväl internationella jurisdiktionsregler som internationella kollisionregler utväljer dem vilka skall vara avgörande vid prövning av internationell processrättslig behörighet respektive val av *lex causae*. Sådana i regler fastlagda relevanta anknytningsfakta har i litteraturen kallats *anknytningsmoment*, eller *lokalisatorer* (se Eek, 1967, s 138).

En undersökning av intersystematiska regelval förutsätter därför att man gör klart för sig, åtminstone i grova drag, vad det innebär att ett fall har anknytning till ett rättssystem. Hur skall man förstå relationer av typen (f är något fall och R något rättssystem):

(A) f har anknytning till R ?

Låt $k(f)$ vara någon komponent i f . Ordet "komponent" uppfattar vi i dess vidaste betydelse: komponenter kan vara handlingar (t ex en skadegörande handling), andra sakförhållanden (t ex en storm på havet), personer (t ex avtalsslutande parter, äkta makar, ett aktiebolag), föremål (t ex en maskin) eller fastigheter. Låt vidare L vara en lag, vars regler ingår i R .

Relationen A kan nu preciseras i olika riktningar, exempelvis följande:

(A₁) L är lagen på platsen för $k(f)$.

Exempel: L är lagen på platsen där ett delikt begåtts (*lex loci delicti commissi*), där ett avtal ingåtts (*lex loci contractus*), där en förpliktelse skall fullgöras (*lex loci solutionis*), där en person har hemvist (*lex domicilii*), där ett föremål eller en fastighet befinner sig (*lex rei sitae*) eller där en vigsel skett (*lex loci celebrationis*).

(A₂) L är den statusbestämmande lagen för $k(f)$.

Exempel: Två makar är gifta enligt L , L bestämmer en persons nationalitet (*lex patriae*), ett bolag är bildat enligt L , en adoption är tillkommen enligt L .

(A₃) L är lagen vid tiden för $k(f)$.

Denna anknytningsrelation tänker vi oss råda för momentana system inom ett och samma icke-momentana rättssystem (samma "kontinuerliga tradition", som Ross säger; 1953, s 154, n 1).

Exempel: När ett visst brott begås, är L den ikraftvarande och icke-obsoleta lagen för detta *slag av* brott; när ett visst avtal sluts, är L den ikraftvarande, icke-obsoleta lagen för detta *slag av* avtal; när ett visst kontraktsbrott sker, är L den ikraftvarande icke-obsoleta lagen för detta *slag av* kontraktsbrott.

Relationerna A_1 — A_3 är exempel på vad vi skulle kunna kalla *materiell anknytning*: f har materiell anknytning till R . Därmed menar jag, grovt uttryckt, att anknytningen är en relation mellan någon komponent, $k(f)$, i f och någon komponent, L , i R . Men det finns också ett annat slag av anknytning, som vi kan kalla *formell* (eller processuell) *anknytning* mellan f och R , och vilken skissartat skulle kunna expliceras på följande sätt.

Låt oss med *en aktualisator* avse en processuell rättshandling, varigenom en rättslig prövning (domstolsprövning) kan igångsättas, t ex en stämningsansökan — en korrekt processuell spelöppning, med andra ord. Låt vidare $(a_d)f$ vara en sådan aktualisator för f vid domstolen d . Relationen A kan nu ytterligare preciseras i exempelvis följande två riktningar.

(A_4) L är lagen på platsen för $(a_d)f$

eller, med andra ord, L är *lex fori* för d .

(A_5) L är lagen vid tiden för $(a_d)f$.

A_5 tänker vi oss underkastad samma restriktion som A_3 .

Exempel: När ett visst brott åtalas, är L den ikraftvarande, icke-obsoleta lagen för detta *slag av* brott; när stämning sker beträffande något kontraktsbrott, är L den ikraftvarande, icke-obsoleta lagen för detta *slag av* kontraktsbrott.

Man kan i dessa fall säga, att L är *lex nunc* med avseende på f .

Självfallet förhåller det sig i regel så, att f har både materiell och formell anknytning till R . Men det är såväl teoretiskt som praktiskt möjligt att uteslutande formell anknytning till R föreligger. Ett exempel härpå är den situationen att fallet visserligen helt saknar materiell anknytning till R men att prövningen av detsamma prorogerats till R och att talan också väcks vid domstol enligt R (varvid fallet erhåller formell anknytning till R). Ett annat exempel utgör det förhållandet att fallet i sin helhet "utspelats under" äldre rätt men att detsamma aktualiseras genom åtal eller stämning först då denna rätt efterträtts av ny sådan. Härav följer att någon distinktion i stil med den här gjorda mellan materiell och formell anknytning är oundgänglig.

Som ett tredje slag av anknytning, vid sidan av den materiella och formella, kan betraktas *partsviljeanknytningen*. Denna innebär att

parterna i ett rättsförhållande själva utpekar antingen (i) den materiella rätt som de önskar tillämpad i händelse av tvist (materiell partsviljeanknytning; vanligen uttryckt i s k partshänvisningsklausuler; se Eek, 1967, s 251) eller (ii) det rättsforum som de önskar skall pröva sådan tvist (formell partsviljeanknytning; vanligen uttryckt i prorogationsklausuler).

Det är självfallet att den materiella anknytningen till *lex fori* i internationella sammanhang respektive till *lex nunc* i intertemporala sammanhang kan omfatta flera eller färre komponenter av ett fall, liksom också att dessa kan vara mer eller mindre väsentliga. (I en arvstvist är t ex arvlåtaren bosatt och medborgare i forumlandet och egendomen befinner sig där, medan arvingarna är utländska medborgare i förhållande till forumlandet. I en tvist rörande säljarmora avseende lös egendom är avtalet slutet under *lex tunc* och leveransen borde också ha skett under *lex tunc* men den sker faktiskt under *lex nunc*.)

Vad som hittills sagts om anknytning har utarbetats främst med de internationella respektive intertemporala systemvalsproblemen för ögonen. Men hur förhåller det sig med ett falls anknytning till extranationell rätt? Kan man över huvud taget meningsfullt säga att ett givet fall har anknytning till exempelvis ett avtalsinnehåll?

Vad som givetvis härvidlag måste beaktas är att extranationell rättsbildning kan förekomma i många olika former, mer eller mindre lika statliga rättssystem. Ett religiöst rättssystem kan äga såväl en rättsordning (dvs vara institutionaliserat, ha domstolsliknande organ) som ett jurisdiktionsområde. Förbindelseproblem mellan sådana system och statliga rättssystem kan i mycket vara desamma som mellan statliga rättssystem inbördes, låt vara att religiösa rättssystem, som bygger på en livskraftig, kanske fanatiskt omfattad religion, väl ofta hävdar något som närmar sig vad som tidigare i detta kapitel kallats ett maximalt operationsområde. I tidsperspektivet ”betraktar sig”, förefaller det, religiösa rättssystem, t ex islamisk rätt, vanligen såsom oföränderliga, evigt momentana, däri påminnande om klassisk naturrätt; intertemporala systemvalsproblem blir därför ej aktuella.

Momentana statliga rättssystem utmärks av tre egenskaper: (1) De är förbundna med en rättsordning (domstolar, lagstiftare, poliser, utmätningsmän etc), (2) de är lokalt begränsade (de har ett jurisdiktionsområde, förvisso icke nödvändigtvis identiskt med statsterritoriet) och (3) de är temporalt begränsade (de kan upphöra och övergå

till ett nytt momentant system och har därtill vanligen regler för hur detta får ske). Och det är just dessa egenskaper som gör, att man över huvud taget med mening kan tala om att fall ibland har och ibland saknar anknytning till ett eller flera rättssystem. Egenskapen (1) gör den formella anknytningen relevant, (2) gör materiell anknytning av typen A_1 ("lagen på platsen för . . .") relevant och (3) gör materiell anknytning av typen A_3 ("lagen vid tiden för . . .") relevant.

Det är möjligt att det finns rättssystem, som saknar samtliga nyssnämnda tre egenskaper. Kanske hör den klassiska naturrätten och vissa religiösa rättssystem hit, låt vara att man möjligen kan uppfatta den förstnämnda såsom förbunden med, säg, de europeiska rättsordningarna under 1600- och 1700-talen — ungefär som man kan uppfatta folkrätten såsom förbunden med de nationella rättsordningarna. Om sådana system existerar, har deras regler ett i rummet obegränsat och i tiden evigt existerande operationsområde, ehuru systemet för sitt rättsförverkligande helt måste parasitera på andra systems rättsordningar: den formella anknytningen saknas och den materiella föreligger alltid.

Frågar man sig vidare vad det innebär att ett fall har anknytning till en lokal sedvana, ligger svaret nära till hands: det är naturligtvis fråga om en anknytning i stil med A_1 . Formell anknytning förekommer väl i regel inte, ehuru man teoretiskt kan tänka sig lokala domstolsliknande organ.

Att ett fall har anknytning till kutymer (handelsbruk o a) är väl närmast att analysera i termer av A_2 : det finns mer eller mindre explicita regler för vilka personer som skall räknas som (ha status som) "adressater för" kutymsreglerna, t ex företrädare för en viss yrkeskår. Här kan också formell anknytning tänkas, nämligen till privata organ av typen opinionsnämnder och liknande. (Parentetiskt kan här inskjutas att domstolsformen utövat en icke obetydlig lockelse såsom mönster för olika självutnämnda "rättskipares" verksamhet; som exempel kan — utan jämförelser i övrigt! — nämnas de s k femdomstolarna i Weimar-republikens Tyskland och den s k Russelltribunalen under Vietnam-kriget, liksom hela provkartan på olika opinions- och skiljenämnder.) Kutymer kan också vara mer eller mindre lokalt begränsade; som exempel på det förra slaget kan nämnas de s k hamnkutymer (se härom Tiberg, 1971).

Avtal kan betraktas som — mer eller mindre omfattande — regelsystem och denna aspekt på avtalet är regelmässigt domarens. Tre

karaktäristiska drag utmärker, ehuru i olika grader och icke undantagslöst, denna typ av rättsbildning:

(1) Den har karaktären av *ad hoc-rättsbildning*, dvs den tjänar syftet att genomföra ett visst projekt genom att organisera formerna därför. Avtalet "är förbrukat" när det är uppfyllt. Ibland är dylika projekt ett ögonblicks verk men inte sällan är det fråga om mycket långvariga projekt, som innebär en stadigvarande rättslig förbindelse mellan parterna.

(2) Den har typiskt sett karaktären av *egen-rättsbildning*, dvs regelsystemet gäller för just den som *ingått* avtalet, avtalsparterna (avtalsparterna och systemets "adressater" är regelmässigt samma personer). Detta gäller dock, som bekant, inte undantagslöst. Typexempel på avtalsbaserade regelsystem, vilka binder inte blott avtalsparterna utan även andra, utgör kollektivavtalen. I Sverige binder dessa sålunda inte bara de avtalsslutande organisationerna utan även dess medlemmar och t o m förutvarande medlemmar (26 §, 1976 års lag om medbestämmande i arbetslivet). I detta fall råder dock vissa bestämda relationer mellan avtalsparterna och övriga avtalsbundna.

(3) Den har likaledes typiskt sett karaktären av *själv-rättsbildning*, dvs regelsystemet gäller för just dem som *tillskapat* detsamma (avtalsparterna och systemets "lagstiftare" är regelmässigt samma personer). Men detta gäller ju långt ifrån undantagslöst — en hänvisning till standardavtalen må vara nog som bekräftelse härpå.

Avtal kan naturligtvis vara såväl lokalt som temporalt begränsade. Kollektivavtalen är vanligen tidsbegränsade och genom regelbundet återkommande avtalsförhandlingar efterträder momentana kollektivavtalsbaserade regelsystem varandra i tiden på ett sätt som påminner om statliga momentana rättssystem, något som kan ge upphov till intertemporala (övergångsrättsliga) systemvalsproblem dem emellan. Avtal kan också vara förbundna med "en rättsordning", t ex genom klausuler om privat (konventionellt) skiljeförfarande.

Anknytningen till ett avtalsbaserat regelsystem är dock självfallet främst av statuskaraktär, i stil med A_2 . Personer har anknytning till sådana system genom att antingen vara avtalsparter eller därigenom att de står i vissa bestämda relationer till sådana.

4.5. Om samlevnadsattityder statliga rättssystem emellan

Detta avsnitt behandlar uteslutande skilda statliga rättssystemens förhållande till varandra.

Först måste det nödvändiga påpekandet göras, att när vi här talar om "attityder" hos rättssystem, detta självfallet noga taget är oegentligt: människor kan ha attityder, men ej rättssystem. Emellertid kan man, när missförstånd är uteslutet, i förenklande syfte mycket väl tillåta sig att använda ordet "attityd" i en avledd betydelse också om mänskliga kulturprodukter, t ex rättssystem, och så sker alltså här.

Att ett rättssystem intar en monopolattityd innebär i idealtypisk form att det inte tar någon som helst hänsyn till främmande rätt. Ju mindre ett system präglas av en monopolattityd, i desto högre grad präglas det, säger vi, av en öppen attityd. Öppenheten kan därvid föreligga i två avseenden: (a) man låter främmande regler, utpekade av kollisionsnormer i systemet, gästspela inom detsamma och (b) man är öppen för anpassning, t ex harmonisering, av det egna systemets regler till främmande regler.

Det är ett välkänt förhållande att somliga rättsområden uppvisar en förhållandevis stark monopolattityd och andra en förhållandevis stark öppen attityd. Jord- och fastighetsrätten är väl ofta av det förra slaget, patent-, frakt-, växel- och checkrätten av det senare.

Monopolattityden kan uppträda i en hårdare och en mildare variant. Enligt den förra är *lex causae* alltid *lex fori*. Enligt den senare ställs visserligen ett gästområde till förfogande medelst kollisionsnormer, men "systemet förbehåller sig rätten till" selektion (reprobation) med avseende på vilka gäster man vill släppa in: som Cerberus fungerar därvid främst den s k *ordre public*-mekanismen.

Låt oss med hjälp av ovanstående enkla begreppsbildning i schematisk form karakterisera fyra olika *samlevnadsattityder*, som kan präglade faktiskt existerande statliga rättssystem. Kanske kan schemat ha ett visst värde som modell vid komparativa undersökningar.

Det är givet att ett system kan inta en viss attityd gentemot vissa främmande system och en annan attityd gentemot andra sådana. Orsaken härtill kan vara att staten ifråga tillhör någon överstatlig organisation, t ex av typ EG, eller att en särskild samhörighet föreligger mellan en grupp stater, som mellan de nordiska.

Samlevnadsattityderna är följande:

1. *Självhävdelseattityden*. Denna karakteriseras av (a) ett vidsträckt jurisdiktionsområde (i den mening som angivits ovan, 4.2.3.) och (b) en stark monopolattityd (ringa öppen attityd).

Exempel: I flera avseenden tycks fransk rätt ha självhävdande böjelser. Inte heller svensk rätt är främmande härför, t ex på familjerättens område.

2. *Den självtillräckliga attityden*. Denna karakteriseras av (a) ett inskränkt jurisdiktionsområde och (b) en stark monopolattityd (ringa öppen attityd).

Exempel: Svensk rätt fram till, säg, sekelskiftet 1800.

I förhållandet mellan två system, vilka båda präglas av självtillräcklighet, föreligger risk för s k negativa jurisdiktionskonflikter (se Dennemark, 1961, s 21), dvs att ingetdera systemet blir tillämpligt på ett fall med anknytning till båda systemen, varför de rättssökande lämnas rättslösa.

3. *Den undergivna attityden*. Denna karakteriseras av (a) ett inskränkt jurisdiktionsområde och (b) en starkt öppen attityd (svag monopolattityd).

Exempel: De sovjetiska delrepublikernas rätt tycks karakteriseras av ett icke obetydligt mått av undergivenhet gentemot den federala sovjetiska rätten — något som inte är ägnat att förvåna, när det gäller en starkt centraliserad statsmakt, som opererar i en federalt uppbyggd stat.

4. *Serviceattityden*. Denna karakteriseras av (a) ett vidsträckt jurisdiktionsområde och (b) en starkt öppen attityd (svag monopolattityd).

Exempel: De nordiska länderna intar i flera avseenden en serviceattityd gentemot varandra.

Kap 5. Prolegomena till övergångsrätten

”Tempus fuit, est et erit.”
(The Times’ devis)

5.1. Inledning

Något för juridiken, liksom för en hel del andra vetenskaper, utmärkande är, att namn, som betecknar vissa specialvetenskaper, samtidigt är namn på dessa vetenskapers ”objekt”. Ordet ”civilrätt” betecknar sålunda dels en viss del av ett rättssystem och dels den vetenskap som sysslar med denna del av rätten. Säger vi ”Enligt svensk civilrätt saknar legotagare sakrättsligt skydd”, använder vi ordet i den förra meningen. Men säger vi ”Institutet köp är väl analyserat i svensk civilrätt”, avser vi civilrättsvetenskapen.

På samma sätt kan man om den del av ett rättssystem som reglerar vissa förhållanden i samband med rättsändringar (”övergångsproblem”) använda ordet ”övergångsrätt”. Och en rättsvetenskaplig disciplin, som har till uppgift att studera övergångsrätten i denna mening, kallar vi likaså ”övergångsrätt”.

Som huvuduppgiften för en sådan rättsdogmatisk bransch *övergångsrätt* betraktar jag analysen av problem rörande den rättsliga regleringen av rättsreglers tillämplighet i tiden, problem som främst orsakas av rättsändringar.

Sådana problem kan återföras på två, principiellt skilda frågor:

- (1) frågan om under vilken tid en given rättsregel skall tillämpas och
- (2) frågan om under vilken tid fall hänförliga till en given rättsregel skall ha utspelats för att regeln skall tillämpas på dem.

Som framgår av uttrycket ”problem rörande den rättsliga regleringen av rättsreglers tillämplighet i tiden” i föregående stycke är det inom övergångsrätten fråga om att studera rättsregler av andra ordningen (eller metaregler), dvs rättsregler, som i något avseende handlar om andra rättsregler. Sådana övergångsrättsliga regler kallas, om de uppträder i lag, *övergångsbestämmelser* och återfinns an-

tingen i den lag vars övergångsproblem de reglerar (i Sverige regelmässigt avslutande denna) eller i en särskild lag (en s k promulgationslag). Som en generell term för dylika regler, vare sig de är uttryckta i lag eller ej, använder vi ordet *övergångsregler*. Dessa utgör på principiellt samma sätt som den internationella privaträttens s k kollisionsnormer rättsregler av andra ordningen — ett förhållande, som frestat doktrinen att även i fråga om problemlösningarna utveckla mer eller mindre djärva analogier från det ena området till det andra (varom mera nedan).

I Tyskland är också själva beteckningen för ämnet bildat i analogi med termen ”internationales (Privat) recht”: man talar om ”inter-temporales Recht” (Level, 1959, s 9). Termen i fråga användes först av Affolter i hans *Geschichte des intertemporalen Privatrechts* (Affolter, 1902; jfr Roubier, 1960, s 4, n 3). I Frankrike och Italien används vanligen termerna ”droit transitoire” respektive ”diritto transitorio” (Level a st); den sistnämnda termen ingår i titeln på ett arbete av Cavaglieri, *Diritto internazionale privato e diritto transitorio* (Cavaglieri, 1904). I Tyskland används emellertid också beteckningen ”Übergangsrecht”; ett arbete av Affolter (Affolter, 1903) bär titeln ”System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts”.

Övergångsrätten är ett ämne med gamla anor (om dess historia se Roubier, 1960, s 30 ff, från vilken nedanstående notiser hämtas) och dess diskussion har, föga förvånande, främst gällt retroaktivitetsproblematiken. Hos Cicero (i *Contra Verres*) finner vi ett kraftfullt angrepp på nämnde koryfé för att han genom ett retroaktivt edikt upphävt verkan av tidigare upprättade testamenten. Övergångsrättsliga problem artikuleras ytterligare av jurister som Paulus och Ulpianus och behandlas ingående i *Corpus Juris*. Den romerskrättsliga traditionen förmedlas också vad övergångsrätten beträffar av glossatorer och postglossatorer. I flera av 1700-talets och det tidiga 1800-talets stora lagverk inflyter, som en följd av upplysningstidens strävan att motverka de styrandes maktmissbruk, retroaktivitetsförbud; så i USA:s författning 1787, i den deklaration om de mänskliga rättigheterna som inleder den franska författningen av 1793 (”la loi qui punirait des délits commis avant qu’elle existât, serait une tyrannie; l’effet rétroactif donné à la loi serait un crime”), i *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* 1794, i *Code Civil* 1804 (art 2), i Norges Grundlov 1814 (§ 97). (Däremot införs ej något generellt sådant i den ett sekel senare tillkomna *Bürgerliches Gesetzbuch*.) För den franska revolutionens män var dock bekännelsen till

retroaktivitetsförbudet i hög grad en läpparnas bekännelse, i själva verket stiftades under revolutionstiden en rad lagar med utomordentligt genomgripande retroaktiv effekt (varom mera senare). 1800-talet medför ett kraftigt uppsving för den övergångsrättsliga doktrinen i alla de stora västerländska kulturländerna. Ett viktigt inslag i denna är läran om s k välförvärvade rättigheter, vilka som sådana anses vara immuna mot lagändringar (se härom kap 6).

Analogier mellan den internationella privaträtten och övergångsrätten spelar en stor roll i 1800-talsdoktrinen. Övergångsproblemen betraktas som problem rörande konflikter mellan rättssystem (se den översiktliga framställningen hos Roubier, s 3 ff). En sådan konflikt föreligger, då ett givet fall har anknytning till två eller flera skilda nationella rättssystem. Men mer eller mindre analoga problem uppstår, menar man, då situationen i stället är den, att ett givet fall har anknytning till två skilda regelsystem, R_1 och R_2 , inom samma nationella rättssystem och där R_2 efterträder R_1 i tiden (R_1 är exempelvis reglerna i 1864 års strafflag och R_2 reglerna i 1962 års brottsbalk; tanken får en mer precis formulering i slutet av denna kapitelinledning). I det förra fallet löses konflikten av den internationella privaträttens (kollisionsrättens) regler, i det senare fallet av övergångsrättens. Båda situationerna är således fall av system- eller regelkonflikt ("conflit de lois") — den förra en "conflit de lois dans l'espace", den senare en "conflit de lois dans le temps". I båda fallen löses konflikten av någon "jus supra jura". Det kan därvid bli fallet att domstolens "egen rätt" får vika för främmande rätt respektive att ny rätt får vika för äldre.

Man kan betrakta det förhållandet att *lex fori* ibland får vika för främmande rätt liksom att *lex nunc* stundom får vika för *lex tunc* såsom ett slags respekt, som lagstiftaren visar gentemot andra rättssystem än det som för honom vid ett givet tillfälle är "det aktuella" — en respekt som lagstiftaren kan besjålas av i högre eller lägre grad och av mer eller mindre nobla motiv, och som därtill varierar från rättsområde till rättsområde. (En respekt av motsvarande slag visar lagstiftaren genom dispositiv lagstiftning gentemot olika slag av privat rättsbildning.) Inom den internationella privaträtten sätter ordre public en yttersta gräns för detta slag av respekt.

Men — som Roubier (1960, s 9) riktigt framhåller — är typiskt sett motiven för att ge främmande rätt företräde framför den egna rätten av ett helt annat slag än motiven för att ge äldre rätt försteg framför den aktuella. I det förra fallet har motiven en utrikespolitisk

karaktär och sammanhänger med hur man vill förhålla sig till omvärlden, medan i det senare fallet motiven är av mer renodlat inrikespolitisk natur, t ex att den sociala ordningen skulle i alltför hög grad störas av legislativa ingrepp i etablerade rättsförhållanden. Härtill kommer övergångsreglernas karaktär av tillfällighetsregler; efter en viss, längre eller kortare tid, uppstår inte längre några övergångsproblem och övergångsreglernas giltighet självutplånas.

Dessa avgörande skillnader vad avser rättsgrunderna låter oss inse, att analogin mellan den internationella och den intertemporala rätten inte får pressas därhän att man uppställer likartade principer för problemlösningen inom de båda rättsområdena. Roubier (som framför allt uppehåller sig vid civilrättens övergångsproblem) anser det exempelvis vara förfelat att uppställa en mot principen *locus regit actum* svarande princip *tempus regit actum*. Man kan vidare peka på områden utanför civilrätten, där sådana analogier framstår som ohållbara, t ex straffrätten, processrätten och skatterätten. Att uppställa en mot principen att främmande straff-, process- och skattelag i regel ej skall ges tillämpning svarande princip att äldre straff-, process- eller skattelag ej skall ges tillämpning i övergångssituationer vore således självfallet orimligt. Vad gäller principiella lösningar bör, enligt min mening, den internationella kollisionsrätten och övergångsrätten ex hypothesi betraktas som från varandra helt oavhängiga (vilket inte hindrar att de kan hämta viss inspiration från varandra).

Det kan inledningsvis vidare vara befogat att — helt kort — säga något om de faktorer vilka inom skilda rättsområden orsakar principiella övergångsrättsliga problem.

Inom förmögenhetsrätten möter oss de utomordentligt viktiga problemen rörande legislativa ingrepp i redan bestående rättsförhållanden, icke minst sådana som tillkommit genom avtal. Särskilt långvariga förhållanden och sådana som råder i institutionaliserade former (bolag etc) vållar ofta svåra övergångsproblem. I andra situationer åter gäller det att, som Rodhe (1943, s 52) uttrycker det, "avhjälpa ett akut socialt ont".

Också familjerätten handlar om långvariga förbindelser mellan människor. Här möter även frågor som rör rent personliga förhållanden. Detta område berörs vidare i hög grad av förändringar i rådande moraluppfattningar, något som ofta får övergångsrättslig relevans.

Straffrätten ingriper som bekant på ett högst drastiskt sätt i åtskilliga människors liv och här kommer därför övergångsfrågornas

rättssäkerhetsaspekt på ett alldeles särskilt sätt i förgrunden. Så är också fallet på andra områden där staten har makt att frånta människor frihet eller egendom, nämligen skatterätten och den del av förvaltningsrätten som handlar om sk administrativa frihetsberövanden.

Men inom skatterätten liksom i fråga om finanspolitisk lagstiftning (valutareglering, prisstopp etc) förhåller det sig å andra sidan inte sällan så, att de ekonomiska konsekvenser som lagstiftaren önskar uppnå inte kan förverkligas, om inte lagen snabbt, kanske rentav överrumplande, sätts i funktion. Här ställs avvägningen mellan effektivitet och rättssäkerhet på sin spets.

Avvägningar av likartat slag måste göras inom den centrala offentliga rätten. Snabba och genomgripande förändringar i myndigheternas verksamhet kan skapa en osäkerhet, som drabbar både funktionärerna och allmänheten, men å andra sidan måste ju den byråkratiska apparaten användas med smidighet och anpassas efter vad som vid varje tillfälle kan krävas av den.

Vad processrätten angår är det först viktigt att konstatera, att processuella händelser ofta måste beaktas vid lösandet av övergångsproblem utanför processrättens område. Övergångsbestämmelser innehåller också inte sällan referenser till sådana händelser. (Exempel: I 53 §, Lag 1970 om införande av nya jordabalken stadgas: "Bestämmelserna i 4 § andra stycket samt 5—8 §§ lagen - - om servitut äger tillämpning endast i fall då mål om begränsning, förflyttning, förändring eller upphörande av servitut är anhängigt hos domstol vid nya balkens ikraftträdande".)

Vid genomgripande förändringar i processordningen — såsom var fallet då den nu gällande svenska rättegångsbalken infördes — uppstår problem som har att göra med den nya lagens effektivitet: domare och andra adressater måste få god tid på sig att sätta sig in i den nya ordningen, innan den sätts i funktion.

En process eller, vid överklagande, en sekvens av sådana är ett förlopp, som ofta kan omspänna en lång tidsrymd och när som helst under denna kan processuella rättsändringar ske. Som Ekelöf (1974, s 50) påpekat är det därvid väsentligt att beakta "att det råder ett organiskt sammanhang mellan de olika delarna i en process".

Inom den internationella privaträtten, slutligen, möter övergångsrättsliga problem på två skilda plan. Det första avser kollisionsbestämmelsernas eget ikraftvarande. Det andra avser rättsändringar i *lex causae* (se Eek, 1967, s 161 ff). Eek nämner som exempel på den-

na problematik ett fall där fråga är huruvida viss gåva skall betraktas såsom förskott på arv, varvid tysk lag utpekats som *lex causae*. Skall därvid tysk lag vid tidpunkten för gåvan eller vid tidpunkten för domstolens prövning tillämpas, därest ändring av tysk lag i frågan skett mellan dessa båda händelser? Det principiella problem som här inställer sig är huruvida hänsyn skall tas till det främmande rättssystemets övergångsregler.

Hur skall då den allmänna rättsläran förhålla sig till övergångsrätten?

Att göra övergångsrätten till en angelägenhet för den allmänna rättsläran ligger nära till hands redan på grund av övergångsrättens interdisciplinära karaktär i förening med det förhållandet att ämnet i fråga inte utgör någon självständig akademisk disciplin.

Detta innebär självfallet inte, att den allmänna rättsläran med hull och hår i sig skulle inkorporera ett helt nytt ämnesområde. Dess omfattning med övergångsrättsliga frågor måste uteslutande avse sådana av allmänjuridisk karaktär. Lösandet av övergångsproblem måste i de flesta fall ta hänsyn till omständigheter, vilka är ämnesspecifika för de olika juridiska specialbranscherna, och hanteringen av sådana problem hör inte hemma inom den allmänna rättsläran.

Från den allmänna rättslärans synpunkt är det, som jag ser det, särskilt två perspektiv som är av intresse att anlägga på övergångsrätten.

1. En huvuduppgift för den allmänna rättsläran är analysen av hur rättssystem är uppbyggda. Välutvecklade rättssystem innehåller som en väsentlig komponent mekanismer avsedda att skapa logisk och materiell koherens inom systemet likaväl som mekanismer för hanteringen av olika slag av konfrontationer mellan det egna systemet och andra sådana — dvs *rättsvalsmekanismer*. Konfrontationer av detta slag kan ha en intertemporal karaktär och för den allmänna rättsläran blir därför studiet av övergångsrätten ett led i studiet av rättssystemets rättsvalsmekanismer.

2. Övergångsrätten är, trots sina gamla anor, förhållandevis outvecklad från konceptuell och systematisk synpunkt. Roubier (1960, s 165) karakteriserar densamma på följande uppriktiga sätt: "Au droit transitoire manquent encore certains des éléments indispensables à une science bien faite: il n'a pas une terminologie assez riche pour fixer toutes les idées; le sujet n'a pas été ordonné sur un plan ri-

goureux; les distinctions élémentaires ont été à peine entrevues". En uppgift av första ordningen är därför att försöka åstadkomma ett system av övergångsrättsliga grundbegrepp som sätter oss i stånd att klart formulera ämnets generella problem och deras principiella lösningar. Denna uppgift är uppenbart av interdisciplinär natur och hör därför naturligen hemma inom den allmänna rättsläran, som därvid bör eftersträva att förankra de övergångsrättsliga begreppen i systemet av juridikens mest allmänna och grundläggande begrepp. Förevarande prolegomena till övergångsrätten utgör en ansats i denna riktning.

En principiell svårighet, som möter den som vill definiera ett begrepp som t ex "retroaktivt verkande lag" har påpekats av Rodhe (1943, s 45). Denne uttalar: "Situationen kompliceras därav, att den som ställer upp en definition gärna vill såsom icke retroaktiva beteckna sådana lagbestämmelser, som enligt hans egen eller eljest vedertagen åsikt äro tillbörliga".

Här fäster Rodhe uppmärksamheten vid ett fenomen, som efter vad jag tyckt mig förstå, är vanligt i juridisk begreppsbildning och orsak till mycken onödig tankeförvirring i juridiken. Fenomenet består, allmänt uttryckt, däri, att man låter problemlösningarna influera själva problemformuleringen därigenom att begrepp, som används för problemformuleringen, definieras på ett normativt sätt. (Jag gjorde samma iakttagelse som Rodhe, när jag sysslade med analys av analogibegreppet: litteraturen var rik på normativt färgade definitioner, där t ex motviljan mot analog användning av straffrättsliga regler ledde till från saklig synpunkt ohållbara distinktioner mellan analogi och extensiv lagtolkning.) Begrepp, vilka framstår som grundade på objektiv analys, är i själva verket kryptonormativa. Ett paradexempel i genren är givetvis naturrättsanhängarnas användning av begreppet "rättsregel" i betydelsen "etiskt godtagbar rättsregel". Faran med detta är självfallet att problemanalysen blir skev från början och att vissa lösningsalternativ ej kommer att framträda. En intellektuellt acceptabel problemanalys måste motverka dylika tendenser. Begrepp som "retroaktivitet", "analogi" och "rättsregel" bör av rättsvetenskapen definieras på ett värderingsfritt sätt och först sedan detta gjorts kan man från värdesynpunkter klassificera vissa slag av retroaktivitet, analogi eller rättsregler som godtagbara eller förkastliga. I förevarande arbete är det min ambition att hålla värderingsfrågan skild från definitionsfrågan.

De övergångsrättsliga problem som behandlas här avser uteslutande sådana som hänför sig till *lagändringar*. Detta betyder inte att jag

vill förlägga studiet av reglerna eller principerna om ändringar i rättspraxis (i den mån sådana existerar) utanför övergångsrätten. Men den problematik som rör sistnämnda område skiljer sig i så väsentliga avseenden från problemen avseende lagändringar att jag valt att lämna dem utanför denna framställning. Redan studiet av lagändringar — vilket ju från svensk synpunkt är det praktiskt sett ojämförligt viktigaste — är en tillräckligt stor beställning på övergångsrättens jungfruliga område.

Övergångsrättsliga problem rörande lagändringar uppställer sig både för lagstiftaren och för rättstillämparen, ehuru i högre grad för den förre. Här ses problematiken främst från lagstiftarens synpunkt, men de begrepp och principer som behandlas är, vad jag tror, också till nytta för rättstillämparen, när han har att avgöra huruvida ny eller äldre lag skall tillämpas på ett fall, som han har för handen.

Enligt ett naturligt sätt att se på övergångsrätten opererar dess regler (övergångsreglerna) helt *inom* ett givet rättssystem: en övergångsregel kan aldrig som t ex en internationellt privaträttslig kollisionsnorm utpeka ett annat rättssystem än det som övergångsregeln själv tillhör såsom tillämpligt. Men å andra sidan är övergångsregeln en rättsvalsregel och rättsvalet avser just utpekandet av något system av rättsregler bland två (eller flera) sådana. Dessa system står därvid inte i juxtaposition till varandra genom att utgöra skilda rättsområden utan de är tvärtom alla enligt sitt sakinnehåll tillämpliga på ett och samma givet fall och fallet i fråga *har anknytning till* samtliga. Detta förhållande framhäver en oklarhet hos begreppet "rättssystem" i det intertemporala perspektivet och vid konstruktionen av övergångsrättens grunder måste denna oklarhet avlägsnas.

En användning av termen "rättssystem" är sådan att vi kan tala om t ex "svensk rätt 1983" och "svensk rätt 1883" och därvid föreställa oss att vi talar om ett och samma rättssystem, "svensk rätt", ehuru mycket få av de regler som tillhörde systemet 1883 tillhör det samma 1983. Ett sådant rättssystem kan alltså förändras utan att dess identitet upphör. Och när vi säger, att övergångsreglerna opererar inom ett rättssystem, avser vi ett rättssystem av detta slag, för vilket vi kan använda beteckningen *intertemporal rättssystem*.

Men i övergångsrättsliga sammanhang är det befogat att också laborera med ett annat begrepp "rättssystem" som är sådant att ett givet system, S_1 , ej bevarar sin identitet utan i stället övergår till ett an-

nat system, S_2 , när helst någon regel tillkommer eller försvinner. Att S_1 "ändras" betyder alltså att det ersätts av S_2 (se Alchourrón & Bulygin, 1971, s 88). Raz (1970, s 34 f och 184 f) använder om sådana system beteckningen "momentary legal systems"; låt oss här tala om *momentana rättssystem*. Och när vi säger, att övergångsreglerna är rättsvalsregler menar vi, att de handlar om rättsval mellan olika sådana momentana rättssystem.

Hur skall man då se på förhållandet mellan dessa båda slag av rättssystem? Det förefaller mig rimligt att — i anslutning till Raz och Alchourrón & Bulygin — beskriva detta på följande sätt:

(1) Ett momentant rättssystem är ett system av regler, vilka existerar vid en given tidpunkt (Raz, 1970, s 34 och Alchourrón & Bulygin, 1971, s 89).

(2) Ett intertemporalt rättssystem är en succession i tiden av momentana rättssystem ("a temporary and discrete succession of /momentary/ legal orders", Alchourrón & Bulygin, 1971, s 89).

Vilka villkor som kan uppställas för att ett intertemporalt rättssystem uppkommer respektive upphör skall vi här inte gå in på. Den frågan har att göra med vad man inlägger i uttrycket "rättskontinuitet" och leder oss rätt in i kelseniansk problematik av betydande svårighetsgrad (jfr Lagerroth, 1955, s 204 ff och Finnis, 1973, s 44 ff). När det gäller svensk rätt har vi ju fördelen att kunna uppfatta denna som ett och samma rättssystem genom tiderna, vars rötter förlovar sig ner i forntidshistoriens dunkel. (Var den som önskar använda begreppet i fråga vill låta en sådan rättskontinuitet börja respektive sluta får han, om han nu alls behöver ta ställning därtill, själv avgöra efter vad han finner lämpligt för sina syften.)

Låt oss lite närmare undersöka strukturen hos intertemporala nationella rättssystem, där lagen är den dominerande rättskällan.

Låt *en lagsekvens* vara en serie lagar, vilka handlar om samma ämne och vilka efterträder varandra i tiden. Exempel: 1938, 1945, 1963 och 1977 års semesterlagar utgör tillsammans en lagsekvens. En sådan föreligger också då en lag infogas i en mer omfattande lag (t ex infogandet av Lag 1966 om vad som är fast egendom i 1:1 och 2 kap jordabalken) eller, tvärtom, då en ny lag är en utbrytning ur en äldre, mer omfattande lag. Schematiskt kan begreppet åskådliggöras så:

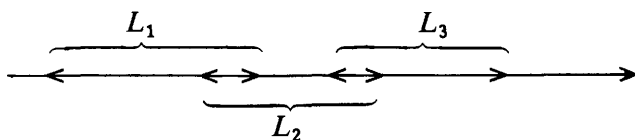


Fig 2

L_1 , L_2 och L_3 är lagar, som successivt avlöser varandra i tiden enligt ordningen $L_1 \rightarrow L_2 \rightarrow L_3$. Den så ordnade mängden $\langle L_1, L_2, L_3 \rangle$ är en lagsekvens.

Låt S_1 vara det regelsystem som återfinns i L_1 , S_2 i L_2 och S_3 i L_3 . Den ordnade mängden $\langle S_1, S_2, S_3 \rangle$ är en systemsekvens.

Mellan S_1 , S_2 och S_3 råder rättskontinuitet.

Ett intertemporalt nationellt rättssystem, R , kan ses som en mängd av systemsekvenser:

$$SS = \langle S_1, S_2, \dots, S_k \rangle \in R$$

$$SS' = \langle S'_1, S'_2, \dots, S'_m \rangle \in R$$

$$SS'' = \langle S''_1, S''_2, \dots, S''_n \rangle \in R$$

etc, där SS , SS' , och SS'' är systemsekvenser, dvs:

$$R = \{SS, SS', SS'', \dots\}.$$

Genom ett intertemporalt rättssystem kan man göra "ett tvärsnitt" vid en given tidpunkt. Ett dylikt tvärsnitt genom R vid tidpunkten t är mängden, M , av alla regler i R vid t . M är alltså ett momentant rättssystem i den succession av sådana vilka tillsammans utgör R , och M är " R :s uppenbarelseform" vid t . Vidare kan man ur ett intertemporalt system "skära ut" delsekvenser, som begränsas av två skilda tidpunkter (säg t_0 och t_n) enligt följande (S_1 — S_6 är systemsekvenser och pilen symboliserar liksom ovan tidsflödet):

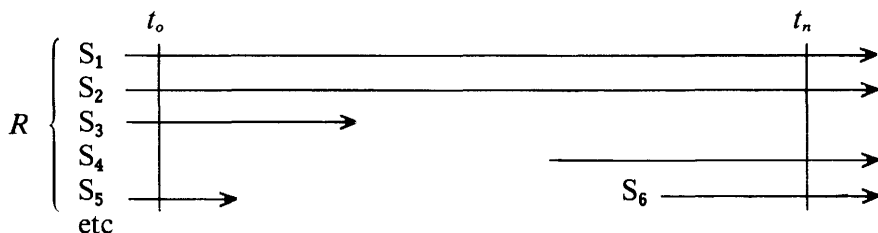


Fig 3

S_1 och S_2 är systemsekvenser, som löper genom hela den iakttagna tidsperioden, S_3 är en sekvens, som upphör under perioden och S_4 en sekvens, som påbörjas under perioden. S_5 och S_6 illustrerar förhållandet att en sekvens, S_5 , upphör under perioden varefter en ny sekvens, S_6 , i samma ämne påbörjas efter en tid av "rättsvila".

Antag att vi har ett system S_1 och ett system S_2 inom samma systemsekvens SS och att S_2 efterträder S_1 i tiden. Vi säger då att S_2 är *successor till* S_1 och, omvänt, att S_1 är *antecessor till* S_2 . S_1 är t ex det system som återfinns i 1864 års strafflag och S_2 det system som återfinns i 1962 års brottsbalk.

Till sist skall vi i denna inledning i schematisk form sammanfatta de olika slag av *rättsvalsregler* som reglerar rättsval av de typer vi behandlat i denna bok.

Vi tänker oss att moderna nationella rättssystem av svensk typ består av två klasser av regler, *elementära regler* och *rättsvalsregler*. Rättsvalsregler är regler av andra ordningen eller högre, som antingen anger vilken regel som skall användas i regelvalssituationer eller anger vilket system som är tillämpligt i systemvalssituationer. Rättsregler, som ej är rättsvalsregler, är elementära regler.

Vi kan då uppställa följande schema:

I. Elementära regler

II. Rättsvalsregler:

1. Internationella rättsvalsregler (kollisionsnormer)
2. Extranationella rättsvalsregler
3. Koherensregler
4. Övergångsregler

Extranationella rättsvalsregler är regler, som mobiliseras, när ett givet fall har anknytning både till ett statligt rättssystem och ett icke-statligt sådant. Exempel från svensk rätt: 1 § 2 st avtalslagen, 1 § köplagen, 2 § 2 st konsumentköplagen, 10:16 rättegångsbalken.

Koherensregler är regler, som löser regelvalsproblem inom ett (momentant) statligt rättssystem, dvs regler, som löser kollisions- och konkurrensproblem.

Vad internationella rättsvalsregler är torde inte behöva någon närmare förklaring och vad som avses med övergångsregler har angivits tidigare i detta avsnitt.

I den följande framställningen behandlas i avsnitt 5.2. övergångsrättens grundbegrepp och i avsnitt 5.3. övergångsrättens problem och deras principiella lösningar.

5.2. Övergångsrättens grundbegrepp

I Frändberg (1976) ges en presentation av en rad övergångsrättsliga grundbegrepp. Framställningen där skiljer sig i flera avseenden från den som utförs här och de företagna ändringarna är, vad jag tror, till det bättre.

All övergångsrättslig problematik involverar tre slag av komponenter och handlar om relationer mellan sådana, nämligen

- (i) tidskomponenter: tidpunkter och tidsrymder (tidsintervaller mellan händelser)
- (ii) sakförhållanden (faktiska eller tänkta; individuella eller generiska): fall, händelser, situationer, handlingar etc.
- (iii) normativa rättsliga komponenter: rättsregler.

De övergångsrättsliga grundbegreppen anknyter till samtliga dessa tre slag av komponenter.

Frågan om "tidens natur" är en klassisk filosofisk fråga och teorierna härom är många. Vårt system av övergångsrättsliga grundbegrepp vilar inte på någon speciell elaborerad tidsteori, ehuru det förutsätter vissa tidsteoretiska ställningstaganden. Ur dessa framträder bilden av ett vanligt, konventionellt tidsbegrepp. Ifrågavarande ställningstaganden är gjorda uteslutande med den övergångsrättsliga problematiken för ögonen och de kommer till uttryck för detta syfte i den enkla temporala representationsmodell som presenteras nedan.

Våra tidsfilosofiska förutsättningar kan sammanfattas i fyra punkter.

(1) Vi laborerar med ett objektivt tidsbegrepp, tiden omfattar skedanden. Om subjektivt upplevd tid är här inte fråga. Vår första tidsfilosofiska förutsättning är således, att distinktionen mellan "objektiv" och "subjektiv tid" är hållbar. I vår representationsmodell omfattas av tiden bl a handlingar utförda av civilpersoner, lagstiftare och domare.

(2) Tiden är en lineär ordning av diskreta tidpunkter (inte en kontinuerlig utsträckning). Sådana tidpunkter fungerar i vår representationsmodell som "upphängningsanordningar", när övergångsrättsligt relevanta händelser skall relateras till tidsförloppet.

(3) Tiden har en riktning, den går från det förflutna till det framtida.

En vanlig indelning av tiden är den som skiljer mellan det förflutna, nuet och framtiden, varvid nuet ständigt förflyttar sig i framtidens riktning och därmed också förlänger det förflutna. Det förflutna betraktas ofta såsom fullständigt determinerat — det är oåtkomligt för påverkan — medan framtiden ses som en alternativitet av möjligheter:

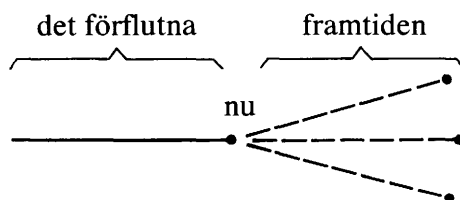


Fig 4

Nuet kan liknas vid ett framsusande jaktplan, lämnande det förflutna efter sig som ett vitt streck på himlen.

Föreställningen om tidens riktning möjliggör också ett mer abstrakt sätt att tala om tidsrelationer än det som använder tanke-mönstret det förflutna — nuet — det framtida, nämligen det i termer av "före", "samtidigt med" och "efter". Det senare tankemönstret är mer abstrakt än det förra därför att det kan användas oberoende av om de jämförda händelserna ligger i det förflutna, utspelas just nu eller tillhör framtiden. Och detta tankemönster är av uppenbara skäl oundgängligt inom övergångsrätten.

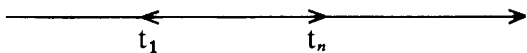
(4) Tiden är mätbar. Ett skeende föreligger under si eller så lång tid. Ett skeende är längre än, kortare än eller lika långt som ett annat. Påståenden av denna art kan artikuleras med användning av måttenheter. Dylika jämförelser behöver ibland anställas inom övergångsrätten, som därför måste arbeta med tanken om tidens mätbarhet som en förutsättning.

Vår enkla temporala representationsmodell, vilken alltså bygger på ovanstående tidsfilosofiska antaganden, har följande utseende:

- (i) Vi låter t , t' eller t_0 , t_1 , $\dots$, t_n vara variabler för tidpunkter.
- (ii) Vi låter $\rightarrow$ beteckna en lineär ordning av diskreta tidpunkter

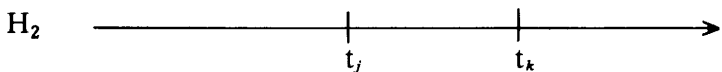
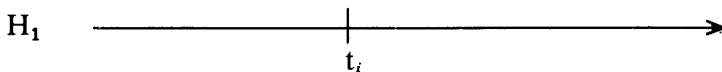
Tidsriktningen är pilens riktning.

terminus a quo (en tidpunkt, då något förlopp börjar) och *>* beteckna en tidpunkt, som i något avseende utgör en *terminus ad quem* (en tidpunkt, då något förlopp upphör). Övriga tidpunkter betecknas med |. Dessa beteckningar placeras på pilen, t ex så här



för att markera något förlopp, som börjar vid t_1 och upphör vid t_n .

(iv) Representationsmodellen konstrueras nu så, att vi parallellställer två eller flera pilar enligt följande



för att beteckna att en händelse av typen H_1 inträffar före, samtidigt med eller efter en händelse av typen H_2 . En händelse av typen H_1 , som inträffar vid t_i , är således samtidig med en händelse av typen H_2 , som inträffar vid t_j ($t_i = t_j$). En händelse av typ H_2 , som inträffar vid t_k , inträffar senare än en händelse av typ H_1 , som inträffar vid t_i .

Vi stipulerar vidare följande förkortningar:

- (i) $t = t'$ för: t inträffar samtidigt med t'
- (ii) $t < t'$ " " " före t'
- (iii) $t \leq t'$ " " " senast samtidigt med t'
- (iv) $t > t'$ " " " efter t'
- (v) $t \geq t'$ " " " tidigast samtidigt med t' .

Som synes är vår representationsmodell uppbyggd enligt samma idé som den gängse musikaliska notationen. Också denna består ju av parallellställda linjer, underförstått angivande tidsriktningen från vänster till höger, på och mellan vilka linjer olika händelser noteras.

Med representationsmodellens hjälp skall vi i det följande definiera en rad övergångsrättsliga grundbegrepp.

Dessa grundbegrepp kan indelas i två olika begreppsfamiljer.

Den första familjen består av begrepp, vilka är predicerade på lagregler och samtliga beskriver någon form av *ikraftvarande*. Om vi låter "x-kraft" vara en variabel över dessa slag av ikraftvarande, är det alltså här fråga om begrepp med strukturen "regeln r har x-kraft under t_1 — t_n ".

Den andra familjen består av begrepp, vilka är predicerade på fall och samtliga beskriver någon temporal relation mellan fall och reglers ikraftvarande. Inhyta hos denna familj är också några till dess medlemmar relaterade, processuellt betonade begrepp.

Lagregler betecknas i det följande med r , r' osv, eller med r_1 , r_2 , ..., r_n .

När vi i den fortsatta framställningen talar om övergångsrättsliga relationer mellan regler och fall, förutsätter vi självfallet, att reglerna i fråga sakligt sett, dvs enligt deras meningsinnehåll, är tillämpliga på fallen.

Låt oss först diskutera *lagreglers ikraftvarande* och i samband därmed presentera medlemmarna av den förstnämnda familjen.

Det kan förhålla sig så, att lagregler i en viss lag träder i kraft vid olika tidpunkter. Av detta skäl skall vi här inte tala om ikraftvarande hos lagar, utan hos lagregler.

För att man skall kunna avgöra, huruvida en given regel är i kraft eller ej, fordras två ting: dels vissa villkor för att lagregler träder i kraft vid en viss tidpunkt och dels vissa villkor för att lagregler träder ur kraft vid en viss tidpunkt. Villkor av det förra slaget kallar vi *ikraft-kriterier* och villkor av det senare slaget *ur kraft-kriterier*.

Hur dessa båda slag av kriterier faktiskt är beskaffade kan självfallet variera från rättssystem till rättssystem och det kan också finnas rättssystem, där sådana helt saknas. Det är därför svårt att formulera någon systemoberoende, allmänrättslig, definition av dem. Låt oss emellertid här tänka oss ett rättssystem, som (i) kräver att lagregler för att kunna träda i kraft måste ha tillkommit på visst författningsenligt sätt och (ii) antingen innehåller generella regler för när lagregler skall träda i kraft eller regler, som ålägger lagstiftaren att ange en sådan tidpunkt för varje producerad lag.

Studiet av sådana "författningsenliga sätt" varom talas i (i) är principiellt inte av övergångsrättslig utan av statsrättslig natur, men det är uppenbart att utformningen av denna del av statsrätten i hög

grad har relevans för övergångsrätten, eftersom begreppet "ikraftträdande" är ett nyckelbegrepp i denna. Saken är också i övrigt i högsta grad en angelägenhet för den allmänna rättsläran därigenom att här aktualiseras principiella frågor om vad rättsstatens ideal kräver. Relevanta moment i sammanhanget är dels promulgationen (utfärdandet, som det heter i 8:19 1 st i 1974 års regeringsform) och dels det från rättssäkerhetssynpunkt utomordentligt viktiga offentliggörandet (kungörandet, 8:19 2 st samma lag och 1976 års lag om kungörande av lagar och andra författningar). Se härom vidare Sundberg, 1980, s 54 ff och Strömholm, 1981, s 307 f.

Ofta anges explicit i lag tidpunkten för en lags ikraftträdande. I Sverige gäller sedan 1 jan 1977 att det av författning skall framgå när den träder i kraft (13 § i ovannämnda 1976 års lag). Tidigare gällde enligt en lag 1894 angående tiden för allmänna författningars trädande i kraft att författning, i vilken ej utsatts viss tid från vilken den skall gälla, skulle träda i kraft fyra veckor efter den dag då den utkom från trycket.

För ett rättssystem av ovannämnt slag ligger det nära till hands att välja följande i kraft-kriterium: regeln r träder i kraft vid t endast om r har tillkommit på ett författningsenligt sätt, legalt angivits skola träda i kraft vid t och t inträffar.

På motsvarande sätt verkar följande ur kraft-kriterium rimligt: r träder ur kraft vid t' endast om r upphäves på ett författningsenligt sätt, legalt angivits skola träda ur kraft vid t' och t' inträffar.

Vi säger nu, att r är i kraft om och endast om i kraft-kriteriet är uppfyllt beträffande r men ej ur kraft-kriteriet.

Av skäl, som omedelbart skall anges, kan detta slag av ikraftvarande karakteriseras som *ospecificerat ikraftvarande*.

Här tillstöter nämligen en av T Strömberg (1972, s 668) påtalad komplikation. Vari denna består belyses tydligast med hjälp av ett exempel. Vi tänker oss en regel, r , som straffbelägger en viss typ av handlingar, H . r träder enligt en uttrycklig bestämmelse i kraft 1 januari 1972 och träder ur kraft 31 december 1982. r skall alltså tillämpas på handlingar av typen H , begångna under tidsrymden 1 januari 1972—31 december 1982. Men antag att en handling, h , av typen H , begången i november 1982, kommer att prövas av domstol först i maj 1983. Ja, ehuru r formellt är försatt ur kraft vid denna tidpunkt, kan det likväl förhålla sig så, att målet av domstolen skall avgöras enligt r . r kan fortfarande vara i kraft vad avser domstolens skyldighet att tillämpa r på h .

Detta exempel presenterar ett problem, som nästan ger intryck av en paradox. Att så är fallet beror dock självfallet endast på att den juridiska begreppsbildningen rörande dessa ting inte är tillräckligt nyanserad. Övergångsrätten måste därför tillföras konceptuella resurser starka nog för att lösa upp komplikationen i fråga. Till Strömbergs lösningsförslag skall jag återkomma nedan. Mitt eget förslag är följande.

Det kan vara lämpligt att skilja mellan två olika slag av ikraftvarande hos lagregler: *rättsfallsrelaterat ikraftvarande (F-kraft)* respektive *beslutsrelaterat ikraftvarande (B-kraft)*. Vi säger, för att anknyta till ovanstående exempel, att *r* har F-kraft 1 januari 1972—31 december 1982 och B-kraft 1 januari 1972 t o m den tidpunkt då varje möjligt brott av typen *H* preskriberats, dvs den tidpunkt som erhålles, om preskriptionstiden räknas från tidpunkten för F-kraftens upphörande.

F-kraften hänför sig således till regelns rättsfaktummängd och omfattar den tidsrymd under vilken fall tillhörande denna måste utspelas för att rättstillämparens beslut i enlighet med regelns rättsföljd skall vara rättsenligt.

B-kraften, å andra sidan, omfattar den tidsrymd under vilken rättstillämparens beslut i enlighet med regelns rättsföljd beträffande fall, som omfattas av F-kraften, är rättsenliga.

Tidpunkten för F- respektive B-kraftens inträdande är vanligen en och samma, och det är denna gemensamma tidpunkt som regelmässigt anges i övergångsbestämmelser av typen "Denna lag träder i kraft d 1 jan 1982". (En annan sak är, att B-kraften enligt sakens natur inte kommer att aktualiseras förrän en viss, längre eller kortare, tid efter nämnda tidpunkt, dvs först när fall hänförliga till regeln börjar dyka upp hos myndigheterna.) Men ett dylikt *simultant ikraftträdande* är ju inte alltid fallet: hos retroaktiva lagregler inträder F-kraften före B-kraften, och en övergångsbestämmelse av nyssnämnd typ hänför sig i sådant fall endast till B-kraften, varefter vanligen tillfogas någon retroaktivitetsbetonad bestämmelse. Som exempel härpå kan nämnas 22 §, Lag 1970 om införande av nya jordabalken: "Bestämmelserna i 5 kap nya balken skall, då egendomen avträdes efter balkens ikraftträdande, äga tillämpning även om det förhållande som föranlett avträddandet hänför sig till tiden före ikraftträdandet". Ordet "ikraftträdande" i detta stadgande måste uppenbarligen beteckna uteslutande B-kraften. Beträffande F-kraftens respektive B-kraftens upphörande är det vanligt att detta sker

vid olika tidpunkter (som i exemplet). Tidpunkten för en regels, r , trädande ur F-kraft anges inte sällan i övergångsbestämmelserna till den lag som efterträder r i ämnet ("Genom denna lag upphäves lagen ..."). Tidpunkten för reglers trädande ur B-kraft anges ofta ej explicit. Det var av nu nämnda skäl som det ovan definierade ikraftvarandet betecknades som ett ospecificerat sådant.

Man kunde kanske tycka, att "rättsfaktumrelaterat" respektive "rättsföljdsrelaterat ikraftvarande" vore en bättre benämning på vår distinktion än F-kraft och B-kraft, därför att man i det förra fallet skulle anknyta till den välkända och etablerade kategorin "rättsfaktum-rättsföljd". Men en sådan terminologi skulle vara adekvat endast om alla rättsregler vore myndighetsadresserade. Medborgaradresserade reglers rättsföljder handlar ju inte alls om myndigheters beslutsfattande utan om vad medborgarna skall eller får göra eller underlåta. Rättsföljdsrelaterat ikraftvarande skulle därför inte alls lösa ovannämnda komplikation.

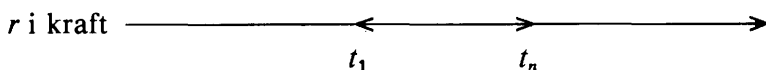
Strömbergs lösning av densamma anknyter till distinktionen mellan primära och sekundära regler. Han menar (1972, s 668 f), att ikraftvarandet uteslutande torde avse primära regler (av typen "Det är förbjudet att stjäla"), inte de motsvarande sekundära reglerna, straffbuden. Och det låter sig kanske säga, åtminstone så länge de sekundära reglerna, såsom inom straffrätten, är myndighetsadresserade. Men det finns ju, som bekant, också medborgaradresserade sekundära regler (t ex "Den som vårdslöst skadat annans egendom skall ersätta skadan"). För allmänna övergångsrättsliga syften syns mig därför denna lösning mindre lämplig. Dessutom förefaller det mig rimligt att anse, att själva regeltillämpningen, beslutsfattandet, också den är underkastad begränsningar i tiden, dvs ikraftvarande under viss tidsrymd.

Med hjälp av vår distinktion mellan F-kraft och B-kraft skall vi nu definiera tre speciella slag av ikraftvarande hos lagregler, nämligen retroaktivt, simulaktivt respektive infraaktivt ikraftvarande, eller, kort och gott, *retroaktivitet*, *simulaktivitet* och *infraaktivitet*. Dessa bestäms uteslutande av temporala relationer mellan reglers F-kraft och B-kraft. Den förstnämnda termen är klassisk, medan de båda sistnämnda gör sin debut här.

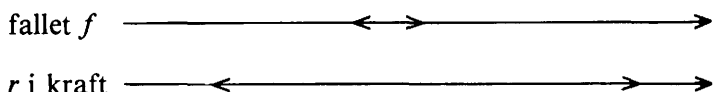
När man i juridiken talar om ikraftvarande hos lagregler sker det i två plan, ett där man relaterar ikraftvarandet till något visst fall (" r är i kraft med avseende på fallet f ") och ett, där man inte gör en sådan relativisering utan uttalar sig mer generellt. Vi kan med

tanke härpå skilja mellan *relativiserat* respektive *generellt ikraftvarande*.

Ett exempel på det senare är helt enkelt när man om en regel säger att den trädde i kraft vid t , eller att den var i kraft under tiden t_1-t_n :



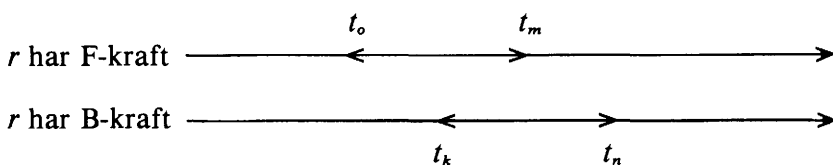
Relativiserat ikraftvarande avser situationer av typen:



som alltså innebär att f utspelas under det att r är i kraft (r är i kraft med avseende på f).

Denna distinktion gäller också retroaktiviteten, simulaktiviteten och infraaktiviteten. Ibland uttalar vi sålunda påståenden som ” r är en retroaktivt tillämplig regel”, medan vi i andra sammanhang hävdar att ” r är retroaktivt tillämplig på f ”.

På det generella planet innebär de tre begreppen följande:



Vi säger att

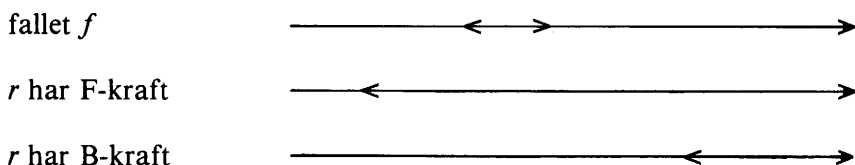
- (a) r är i kraft *retroaktivt* under perioden t_0-t_k
- (b) r är i kraft *simulaktivt* under perioden t_k-t_m
- (c) r är i kraft *infraaktivt* under perioden t_m-t_n

eller, annorlunda uttryckt:

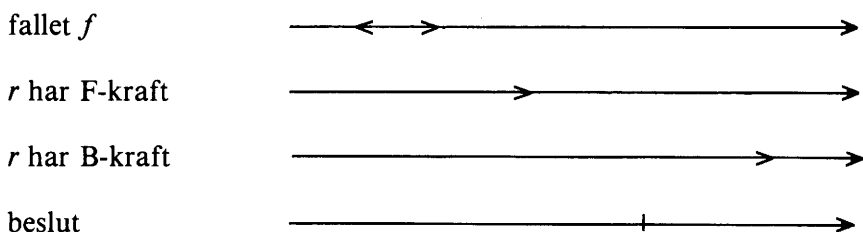
- (a') r är i kraft retroaktivt under den period r har F-kraft men inte B-kraft
- (b') r är i kraft simulaktivt under den period r har såväl F-kraft som B-kraft
- (c') r är i kraft infraaktivt under den period r har B-kraft men inte F-kraft.

Infraaktivitet föreligger alltså i vårt exempel ovan från 1 januari 1983 till den tidpunkt som erhålles, om preskriptionstiden räknas från 31 december 1982.

Relativiserad retroaktivitet avseende f (r är retroaktivt tillämplig på f) ser ut så här:



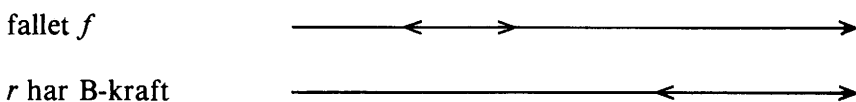
Relativiserad infraaktivitet avser den situationen att ett fall, som utspelades när r hade F-kraft, underkastas beslut (varmed avses både dom och beslut i processrättslig mening) först sedan F-kraften upphört. För att beskriva denna situation måste vi därför tillfoga ytterligare en tidsaxel, på vilken vi placerar beslutet:



Vi övergår nu till att introducera medlemmarna av den andra av de båda familjerna av övergångsrättsliga grundbegrepp.

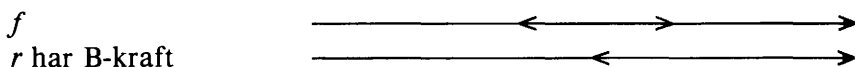
Fall (rättsfall, rättsfakta) kan, med hänsyn till deras temporala förhållande till reglers ikraftvarande, indelas i tre slag: *facta praeterita* (sing factum praeteritum), *facta pendentia* (sing factum pendens) och *facta futura* (sing factum futurum). Dessa från den romerska rätten hämtade begrepp (se Roubier, 1960, s 33 ff) är oundgängliga i den övergångsrättsliga diskussionen. Vi definierar dem i vår notation på följande sätt:

1. Factum praeteritum:

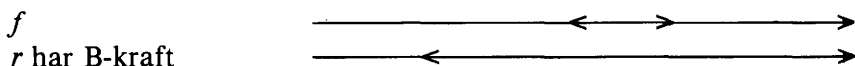


Att en lagregel är retroaktiv innebär just att den med sin F-kraft omfattar *facta praeterita*.

2. Factum pendens:



3. Factum futurum:



Alla i verkligheten utspelade rättsfall (rättsfakta) har en utsträckning i tiden och alla tänkta rättsfall skulle ha en sådan, om de vore verkliga. Ett rättsfall är ingen osorterad faktummängd utan mer eller mindre fast strukturerat av rättsreglers rekvisit. I denna strukturering ingår ett ordnande av omständigheter (rättsfaktumkomponenter) i tiden. Reglernas rättsfaktumbeskrivningar anger ju, ehuru vanligen underförstått, en tidsordning för rättsfaktumkomponenternas inträffande.

Av detta skäl återger vi på en tidsaxel rättsfallens utsträckning i tiden. För ett falls terminus *ad quem* kan det därvid vara lämpligt att tala om fallets i fråga *perfektionspunkt*.

I vissa bestämda relationer till de nu nämnda begreppen står en del övergångsrättsligt relevanta begrepp av processuell natur.

I den övergångsrättsliga litteraturen är begreppen *causae finitae* (sing *causa finita*) och *causae pendentes* (sing *causa pendens*) vanligt förekommande. Också dessa har gamla anor, de återfinns bl a hos de romerska juristerna Paulus och Ulpianus (Roubier, 1960, s 32). Termerna i fråga besväras emellertid av en viss flertydighet, som grundar sig på olika betydelser hos ordet "causa". Detta har ju dels betydelsen "sak" eller "tvistefråga" och dels betydelsen "process" och det förefaller mig som om man i litteraturen oscillerar mellan dessa båda betydelser. *Causae finitae* är avgjorda, eller utsläckta, tvistefrågor och detta utsläckande, säger de båda ovannämnda juristerna, kan ske på tre sätt: genom dom, genom avtal och genom preskription.

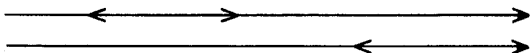
Här skall vi använda ordet "causa" uteslutande i betydelsen "process". En *causa finita* är en process, som avslutats före en viss

lags ikraftträdande, och en *causa pendens* är en process, som pågår, då en viss lag träder i kraft. I vår notation

1. *Causa finita*:

process

r har B-kraft

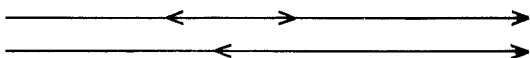


där processen gäller ett fall, på vilket r uteslutande med avseende på sitt meningsinnehåll är tillämpbar. (Denna situation är av intresse vid s_k restitutiv retroaktivitet, vilken behandlas i följande avsnitt.)

2. *Causa pendens*:

process

r har B-kraft



Med *en aktualisator* förstår vi en av rättssystemet angiven handling för igångsättandet av någon rättslig beslutsprocedur (t ex inlämnande av stämningsansökan). Tidpunkten för en aktualisator kan ses som terminus a quo för processen (*causa*). Som terminus ad quem därför kan anges tidpunkten för *beslutet* (eller, i vissa fall, tidpunkten då beslutet får *rättskraft*).

Efter denna utläggning om lagreglers ikraftvarande kanske någon säger sig: Men jag har ju ännu inte fått reda på vad det egentligen innebär att en regel är i kraft. Varom uttalar sig lagstiftaren, när han säger att en lag träder i kraft vid en viss tidpunkt?

Svaret på den frågan förefaller mig enkelt. Vad lagstiftaren önskar uppnå med en övergångsbestämmelse av typen

(ö) Denna lag träder i kraft vid t

är naturligtvis att lagen i fråga efterlevs fr o m t , dvs att medborgarna följer den och att myndigheterna tillämpar den. Det ligger då nära till hands att uppfatta $\bar{o}$ som *en norm*, vilken *ålägger* medborgarna och myndighetspersonerna att göra detta:

(ön) Denna lag skall efterlevas fr o m t

eller, om man vill spjälka upp den på dels en medborgaradresserad och dels en myndighetsadresserad norm:

(ön a) Denna lag skall följas av medborgarna fr o m t

respektive

(ön b) Denna lag skall tillämpas av myndigheterna fr o m t .

Det sagda gäller naturligtvis även om lagen är retroaktiv, ehuru då domaren fr o m t kan tillämpa denna även på fall, som utspelats före t . Och naturligtvis kan inte heller medborgarens efterlevande av lagen påbörjas tidigare än nu (ordet "nu" därvid använt indexikalt), ehuru betingelserna för hans skyldighet att följa lagen utgörs av omständigheter, som redan inträffat — och vilka han därför ej kan påverka.

Ibland använder också lagstiftaren uttryckssätt, som tydligare återspeglar övergångsbestämmelsernas karaktär av normer med ovannämnt utseende. Sålunda överensstämmer 1 § Lag 1920 om införande av nya giftermålsbalken väl med (ön a): "Den nu antagna giftermålsbalken skall jämte vad här nedan stadgas lända till efterrättelse från och med d 1 jan 1921" medan 3 § i samma lag är av typen (ön b): "Där i lag eller särskild författning förekommer hänvisning till lagrum, som ersatts genom bestämmelse i nya lagen, skall denna i stället tillämpas".

I kap 1 definierades giltighet hos rättsregler i termer av deras tillämpning. Om sålunda det förhållandet att en regel tillämpas (i stort sett) är detsamma som att den gäller, kan (ön b) utbytas mot den ekvivalenta

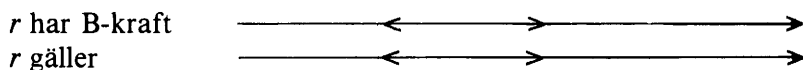
(ön b*) Denna lag skall gälla för myndigheterna fr o m t .

Ordet "gäller" förekommer också i övergångsbestämmelser, varvid det givetvis måste läsas som "skall gälla" — precis som ordet "dömes" i straffbud måste läsas som "skall dömas". Vår teori om innebörden hos giltighetsbegreppet går väl ihop med den här gjorda analysen av ikraftvarandets innebörd.

Men att en övergångsbestämmelse uttalar att en regel r skall gälla vid t (om man så vill, uttrycker lagens självpåstådda giltighet hos r vid t) betyder självfallet inte alls att r faktiskt gäller vid t — lika lite som det förhållandet att lagen påbjuder oss att betala skatt innebär att alla faktiskt betalar skatt.

Låt oss betrakta följande situationer:

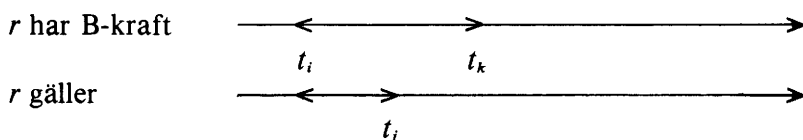
(1)



Här råder *total giltighet*: r gäller under exakt samma tidsrymd som den har B-kraft. Total giltighet är ett legislativt ideal, som grundar sig på tanken (i) att det leder till rättsosäkerhet om ikraftvarande regler ej tillämpas och (ii) att regler, som ej längre är önskvärda, bör utmönstras ur rättssystemet, träda ur kraft (jfr Eckhoff & Sundby, 1975, s 149 f).

Men total giltighet råder ju inte alltid.

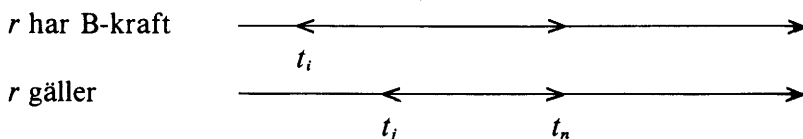
(2)



Under perioden t_j — t_k är r *obsolet*.

Ett särskilt slag av obsoleta regler skulle kunna kallas *tomma regler*. En regel är tom, när det är omöjligt att fall, hänförliga till regeln, kan förekomma i verkligheten. Ett exempel härpå — jfr Strömholm, 1981, s 314 f — utgör 1:10 handelsbalken: "De varor, som av stadens vräkare böra skådas och provas, må köparen ej taga till sig, förr än det skett är . . ." Fall, där denna regel aktualiseras, kan inte uppkomma helt enkelt därför att det inte längre finns några vräkare. Vi skall nedan återkomma till en speciell typ av tomma regler inom övergångsrätten.

(3) Även denna situation kan tänkas:



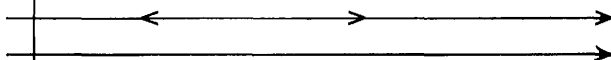
Också denna situation kan ses som ett fall av obsolescens. r är obsolet under tiden t_i — t_j . Exempel: Den svenska bilbälteslagen trädde i kraft 1 januari 1975. Låt oss anta, att polisen, för att ge allmänheten tid att vänja sig vid den nya ordningen, hade order att första tiden se genom fingrarna med överträdelser mot lagen. Säg att man först 1

februari började straffa folk för brott mot denna. Under januari var lagen i viss mening obsolet. Sådana order, eller riktlinjer, förekommer stundom. Sålunda beslöt riksdagen (med lottens hjälp) vid tillkomsten av 1976 års lag om medbestämmande i arbetslivet att rekommendera arbetsdomstolen att till en början se milt på brott mot den nya lagen tills vägledande praxis utformats.

(4)

r har B-kraft

r gäller



Här illustreras det märkliga fallet att en regel är i kraft men aldrig någonsin tillämpas, när fall under regeln aktualiseras. Regeln blir så att säga obsolet redan vid ikraftträdandet. Detta fenomen förtjänar väl att hänföras under vad Hart (1961, s 114 ff) kallar "rättsordningens patologi" (ehuru Hart själv inte nämner just detta fall av patologi utan i stället den situationen att myndigheterna alltjämt tillämpar reglerna medan medborgarna har upphört att rätta sig efter dem). Situationen (4) innebär att rättssystemet perverteras av myndigheterna (se Frändberg, 1982, s 54 f). En sådan pervertering kan bero på att de lagstiftande organen i ett samhälle förlorat sin auktoritet, något som kan vara fallet i revolutionära eller eljest politiskt upprörda skeden, men perverteringen kan också ske med sådana organs goda minne, varvid lagen blott utgör en fasad eller kuliss, kanske avsedd att upprätthålla ett sken av rättsstatlighet inför omvärlden.

Beträffande övergångsreglernas eget ikraftvarande kan till sist följande sägas. I svenska promulgationslagar anges ofta dessas eget ikraftträdande i samma bestämmelse som ikraftträdandet hos lag vars övergångsproblem promulgationslagen i fråga reglerar, t ex "Utsökningsbalken och denna lag träder i kraft den 1 januari 1982" (1 §, Lag 1981 om införande av utsökningsbalken). I en och samma bestämmelse ryms alltså här såväl en metaregel som en meta-metaregel (regel av tredje ordningen). På motsvarande sätt anges ofta en lags urkraftträdande i samma bestämmelse som dess promulgationslags urkraftträdande (se t ex 2 § ovannämnda lag beträffande 1877 års utsökningslag och dess promulgationslag).

Men ofta anges ej i lag tidpunkten för övergångsbestämmelsers urkraftträdande, och det vore väl också ett onödigt pedanteri från lagstiftarens sida att alltid göra sådana angivelser. Övergångsbestämmelserna har ju, som tidigare påpekats, principiellt karaktären av till-

fällighetsregler; efter en viss — låt vara ibland mycket lång — tid finns ej längre några övergångsfall, som vållar problem, och övergångsbestämmelsernas giltighet klingar efter hand av. De blir till sist obsoleta regler av det slag som ovan benämnts "tomma regler". (Se t ex 12—16 §§, Lag 1946 om införande av nya rättegångsbalken.)

Vi har härmed framställt en begreppsapparat, som torde vara tillräckligt nyansrik för att låta oss på ett precist sätt kunna formulera övergångsrättsliga problem och deras principiella lösningar. I följande avsnitt skall den få utföra sitt arbete.

5.3. Övergångsrättens problem och deras principiella lösningar

5.3.1. Inledning

Vi försätter oss i lagstiftarens situation. Antag att denne står i begrepp att byta ut en regel, r , mot en annan, r' . Den övergångsproblematik som därvid aktualiseras kan, på ett generellt plan, uttryckas i följande frågor:

- (1) När skall r :s F-kraft upphöra?
- (2) När skall r :s B-kraft upphöra?
- (3) När skall r' :s F-kraft börja?
- (4) När skall r' :s B-kraft börja?

Ibland aktualiseras redan vid lagstiftningstillfället även dessa frågor:

- (5) När skall r' :s F-kraft upphöra?
- (6) När skall r' :s B-kraft upphöra?

Besvarandet av dessa frågor är självfallet en verksamhet av rättspolitisk och rättsideologisk natur. Men saken har också en rent teknisk sida. Denna består i att kartlägga det spektrum av möjliga lösningar som står lagstiftaren till buds.

Föreliggande avsnitt är disponerat sålunda. I 5.3.2.—5.3.6. analyseras olika problem, som uppstår vid besvarandet av frågorna (1)—(4). 5.3.7. presenterar en del kompletterande lösningar av dessa problem. I 5.3.8. behandlas frågorna (5) och (6).

Övergångsproblem inom ramen för frågorna (1)—(4) kan vara av olika slag. Här skall vi närmare betrakta följande fem centrala problem (A—E):

A. Vi börjar med fråga (4): *När skall r' träda i B-kraft?*

En extrem lösning är att låta r' träda i B-kraft samtidigt med dess promulgation. Detta kallar vi *omedelbart ikraftträdande*. Från denna extrema lösning kan lagstiftaren avvika: ju mer, desto längre tid han låter förflyta mellan promulgation och B-kraftträdande.

Denna fråga behandlas i delavsnitt 5.3.2.

B. En annan fråga är denna: *Skall r verka infraaktivt sedan r' trätt i (F- och B-) kraft?* Denna fråga är en omformulering av fråga (2).

En extrem lösning är att försätta r ur (F- och B-)kraft vid r' s i-kraftträdande, dvs att icke tillerkänna r någon infraaktivitet alls. Detta kallar vi *minimal infraaktivitet*. Från denna extrema lösning kan lagstiftaren avvika: ju mer, desto längre tid som r tillåts verka infraaktivt.

Denna fråga behandlas i delavsnitt 5.3.3.

C. Ytterligare en fråga är: *Skall r' träffa *facta pendentia*?* Besvarandet av denna fråga är ett moment i besvarandet av fråga (3) — och därmed också fråga (1).

En extrem lösning är att låta r' träffa alla *facta pendentia*. Detta kallar vi *maximal pendens-retroaktivitet*. Från denna extrema lösning kan lagstiftaren avvika: ju mer, desto färre slag av *facta pendentia* som r' tillåts träffa. Vid *minimal pendens-retroaktivitet* träffas överhuvudtaget inga *facta pendentia*. I det följande förkortar vi de adekvata men tungrodda termerna ”pendens-retroaktivitet” och ”pendens-infraaktivitet” till *retropendens* respektive *infrapendens* (utan att fästa avseende vid det språkligt sett konstiga däri).

Denna fråga behandlas i delavsnitt 5.3.4.

D. En fjärde fråga är: *Skall r' verka retroaktivt?* Besvarandet av denna fråga är ett moment i besvarandet av frågorna (3) och (1).

En extrem lösning är att låta r' verka retroaktivt på alla *facta praeterita*. Detta kallar vi *maximal retroaktivitet*. Från denna extrema lösning kan lagstiftaren avvika: ju mer, desto färre slag av *facta praeterita*, som r' tillåts träffa. Vid *minimal retroaktivitet* träffas överhuvudtaget inga *facta praeterita*.

Denna fråga behandlas i delavsnitt 5.3.5.

E. Slutligen kan frågan ställas: *Skall r' verka med restitutiv retroaktivitet?* Besvarandet av denna fråga är ett moment i besvarandet av frågorna (3) och (1).

Med "restitutiv retroaktivitet" menas att även sådana *facta prae-terita* som blivit rättsligt avgjorda genom dom eller beslut (*causae finitae*) drabbas retroaktivt genom att dessa avgöranden upphävs och fallen underkastas förnyad prövning enligt den nya lagen. (Termen är en översättning av den av Roubier, 1960, s 285 ff, använda "retroactivité restitutive".)

En extrem lösning är att låta r' träffa alla *causae finitae*. Detta kallar vi *maximal restitutiv retroaktivitet*. Från denna extrema lösning kan lagstiftaren avvika: ju mer, desto färre *causae finitae*, som r' tillåts drabba. Vid *minimal restitutiv retroaktivitet* drabbas överhuvudtaget inga *causae finitae*.

Denna fråga behandlas i delavsnitt 5.3.6.

Vi har nu angivit "extremlösningar" på fem slag av problem. Dessa lösningar är (i) omedelbart B-kraftiträdande, (ii) minimal infraaktivitet, (iii) maximal retropendens, (iv) maximal retroaktivitet och (v) maximal restitutiv retroaktivitet.

Från var och en av dessa extremlösningar kan lagstiftaren göra större eller mindre avvikelser i ovan angivna riktningar.

Varje extremlösning innebär, att man ger r' största möjliga genomslagskraft i förhållande till r med avseende på det problem som är i fråga — eller, annorlunda uttryckt, att r' med högsta möjliga grad av hårdhet försätter r ur spel vid lösningen av det problem som är i fråga.

Men dessa fem lösningar anger också i sitt inbördes förhållande olika grader av genomslagskraft för r' i förhållande till r . Serien av lösningar (i)–(v) anger en stegring av r' :s genomslagskraft relative r . Skulle lagstiftaren välja samtliga av dessa lösningar, säger vi att *han har givit r' maximal genomslagskraft relative r* .

Det är rimligt att anta att, om lagstiftaren väljer någon viss extremlösning i serien, så väljer han också alla extremlösningar, som ligger före denna i serien.

Att en lagstiftare på detta sätt ger regler maximal genomslagskraft relative sina föregångare är (dess bättre) naturligtvis ytterligt ovanligt. Poängen med att införa detta begrepp är emellertid inte att beskriva en realistisk situation utan i stället att beskriva en möjlighet i dess mest tillspetsade form. Med hjälp av detta begrepp kan vi sedan karakterisera olika *realistiska* situationer som mer eller mindre avlägsna från denna den mest radikala möjligheten. Härigenom blir vi i stånd att om någon given lösning av övergångsproblematiken, L_1 ,

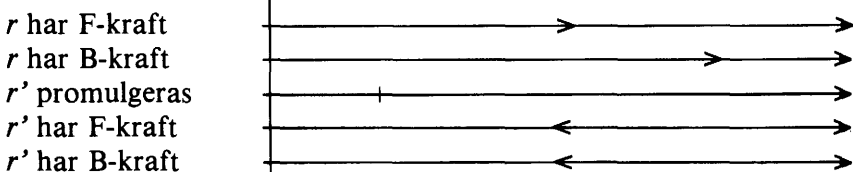
säga att den *ger r' en större eller mindre genomslagskraft relative r* jämfört med en annan lösning, L_2 , i förhållande till den maximala genomslagskraften.

(Det grepp som här appliceras är, som synes, ett idealtypsresonemang av samma slag som tidigare använts i denna bok. Utläggningar av idealtypsbegreppet jämte tillämpningar därav återfinns i Ross, 1963, s 92 ff — demokratibegreppet — och i Hedenius, 1975, s 50 ff, — äganderättsbegreppet. Den som särskilt framhållit betydelsen av begreppsbildning med användning av idealtyper är, som bekant, Max Weber. Se vidare Hempel & Oppenheim, 1936. Att idealtypen inte får uppfattas normativt behöver väl inte sägas.)

5.3.2. B-kraftsiträdandet

Lagstiftaren kan låta en kortare eller längre tid förflyta mellan den tidpunkt då r' promulgeras och den tidpunkt då r' träder i kraft. Ett exempel på omedelbart ikraftträdande utgör 1939 års valutalag, i vilken stadgas: "Denna lag träder i kraft genast efter utfärdandet ...". En variant, som ligger nära det omedelbara ikraftträdandet är denna: "Denna lag träder i kraft dagen efter den, då lagen enligt därå meddelad uppgift utkommit från trycket i Svensk författningssamling ...". (Lag 7 mars 1969 om telefonavlyssning vid förundersökning ang grovt narkotikabrott m m (numera upphävd); lagen utkom 24 mars 1969). Ett exempel på en relativt lång period mellan dessa båda tidpunkter utgör rättegångsbalken. Den promulgerades 1942 men trädde ej i kraft förrän 1948. 1944 års aktiebolagslag trädde i kraft 1948.

Standardfallet av övergång med ett intervall mellan r' :s promulgation och dess ikraftträdande ser ut så här:



Ibland låter man en viss (längre) tid förflyta mellan promulgation och ikraftträdande (när termen "ikraftträdande" används ospecifierat avses simultant sådant) men ger något organ, t ex regeringen, befogenhet att, som ett slags test på hur lagen verkar i praktiken, låta vissa regler i densamma träda i kraft tidigare än den utsatta ti-

den för ikraftträdande eller låta lagen träda i kraft tidigare för vissa av dess adressater. (Se 1 § Lag 1946 om införande av nya rättegångsbalken samt punkt 1 av övergångsbestämmelserna till Lag 1969 om ändring i rättegångsbalken: "Denna lag träder i kraft den 1 januari 1971. Konungen kan dock förordna att de nya bestämmelserna helt eller delvis skall gälla från tidigare tidpunkt, varvid förordnandet får begränsas till viss eller vissa underrätter".)

I detta sammanhang kan parentetiskt tilläggas följande iakttagelse. Antag att vi har två bestämmelser, r och r' , sådana att antingen (a) r är i kraft och r' föreligger i ett lagförslag och stor sannolikhet finns att r' inom en inte alltför avlägsen framtid kommer att efterträda r eller (b) r är i kraft och r' återfinns i en promulgerad men ej ikraftträdad lag och r' kommer att efterträda r eller (c) r' har efterträtt r men r har fortfarande B-kraft (infraaktivitet).

I samtliga dessa situationer skall r tillämpas på aktualiserade fall såvida fallen i fråga utspelats under det att r hade F-kraft. Antag nu att frågan är, huruvida r är tillämplig på ett givet fall, f . Jag misstänker att det i sådana lägen inte är ovanligt att vetskapen om att r' snart kommer att helt ha efterträtt r påverkar domarens bedömning. f hamnar så att säga i r' :s kraftfält, så att tolkningen av r influeras av innehållet i r' . Det är väl ganska begripligt att en kommande reglering utövar en dylik "retroaktiv fjärrverkan" trots att den ännu ej trätt i kraft med avseende på det fall som föreligger till bedömning. Förhållandet kan beskrivas så att tolkningen av r går ut på att minska olikheten mellan r och r' för att på detta sätt — tolkningsvis — mildra övergången mellan de båda regleringarna. Om vi önskar en term för detta fenomen, kan vi använda ordet *tolkningsretroaktivitet*.

Skäl, som talar för att låta en lång tid förflyta mellan promulgation och ikraftträdande, kan vara följande. Den nya ordningen kan innebära en så genomgripande och radikal förändring att man vill ge såväl allmänheten som myndigheterna god tid att sätta sig in i den nya regleringen och dess konsekvenser. Under denna tid kan upplysningsverksamhet bedrivas, speciella tillämpningsföreskrifter och andra anvisningar utfärdas etc. Kanske behöver nya institutioner uppbyggas, yrkesrutiner ändras eller tillskapas, utbildning ske av tjänstemän m m. Omständigheter av detta slag var i hög grad för handen vid införandet av rättegångsbalken.

Detta argument har självfallet relevans också vad angår privatrechtsliga institutioner, bolag etc. En relativt lång anpassningsperiod är vidare befogad vid ingrepp i etablerade, långvariga rättsförhållan-

den, där inte tvingande sociala skäl talar i motsatt riktning. Detta gäller inte minst sådan familjerättslig lagstiftning som avser förhållanden av mer personlig natur.

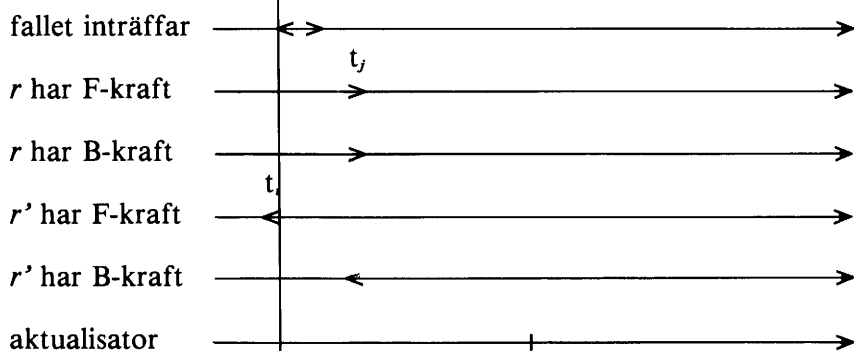
Emot en lång tidsrymd mellan promulgation och ikraftträdande talar ett skäl av rättssäkerhetskaraktär. Som ovan utvecklats "färgar" ibland den nya regleringen "av sig" vid tolkningen av bestämmelser i den gamla (tolkningsretroaktivitet), vilket kan ha till följd att osäkerhet uppstår om vad som gäller vid en given tidpunkt under perioden i fråga.

Situationer, där en obefintlig eller mycket kort tidsrymd mellan promulgation och ikraftträdande är berättigad, är sådana där effekterna av lagstiftningen kraftigt skulle försvagas, om medborgarna gäves tillfälle att vidta anpassningsåtgärder — där alltså en del av poängen med den nya regleringen ligger i överrumplingseffekten. Exempel härpå är lagar om prisstopp, valutautförsel och vissa skatter. Ett omedelbart ikraftträdande motverkar här olika slag av undgåendeförsök.

Emellertid måste framhållas, att det omedelbara ikraftträdandet direkt gränsar till retroaktiviteten och därför är en åtgärd, som bör tillgripas endast då mycket starka skäl talar därför. Normalfallet bör vara att medborgarna får en rimlig chans till anpassning efter en ny lagstiftning innan denna träder i kraft.

5.3.3. *Infraaktivitet*

Att r träder ur kraft simultant — dvs att dess F- respektive B-kraft upphör samtidigt — är egentligen samma sak som att r' i viss mån träder i kraft retroaktivt. Ty aktualiseras ett fall, som inträffat under det att r hade F-kraft, först sedan r trätt ur kraft simultant, kommer detta fall att avgöras enligt r' . r' 's F-kraft börjar m a o tidigare än dess "formella" ikraftträdande:



Fall, som inträffar under intervallet $t_i - t_j$, kommer alltså att avgöras enligt r , om de avgörs före r :s försättande ur B-kraft och enligt r' , om de avgörs efter denna tidpunkt. I denna mening verkar r' retroaktivt, om r upphävs simultant. Under perioden $t_i - t_j$ råder alltså *delad F-kraft*: r har F-kraft med avseende på en klass av fall, r' F-kraft med avseende på en annan klass av fall. Fram till t_i har r *komplett F-kraft* och fr o m t_j har r' komplett F-kraft.

Den nu beskrivna situationen är ett marginalfall av utrymmet för r :s infraaktivitet (*minimal infraaktivitet*). Den utgör ena polen av ett möjligt utrymme, vars motpol, r :s *maximala infraaktivitet*, är den tidpunkt då varje aktualisering av fall från den tid då r hade F-kraft blir omöjlig.

Tidpunkten för den maximala infraaktivitetens upphörande kan bestämmas på olika sätt. Ibland är det fråga om naturnödvändighet. Men slutpunkten kan också vara betingad av mer juridiskt betonade omständigheter. Antag att F-kraften hos en viss specialstraffrättslig lag, L , upphör vid tidpunkten t . En rimlig slutpunkt för L :s B-kraft kan då vara den tidpunkt t' när varje möjligt brott av L preskriberats, dvs den tidpunkt som erhålles, om preskriptionstiden räknas från t .

Mellan minimal och maximal infraaktivitet ges utrymme för lagstiftaren att stipulera en viss tidpunkt för infraaktivitetens upphörande. Sedan r :s infraaktivitet upphört, verkar r' retroaktivt på eventuella icke avgjorda fall, som utspelats då r hade F-kraft, (såvida dessa fall ej preskriberats): Retroaktiviteten är s a s infraaktivitetens motsats.

Lösningen att inte låta r verka infraaktivt överhuvudtaget aktualiseras när behovet av ny lagstiftning är stort och man önskar ge denna en så stor genomslagskraft som möjligt. På detta sätt undviks också parallellt verkande, "dubbla" system, varigenom rättssystemet blir enklare och mer överskådligt.

Mot en sådan minimal infraaktivitet, som ju innebär ett visst mått av retroaktivitet, talar de skäl som kan anföras mot retroaktivitet överhuvudtaget.

Inom straffrätten talar starka rättssäkerhetsskäl för att man tillåter maximal infraaktivitet *in mitius*, dvs att om r medför en mildare påföljd än r' , r tillämpas på alla fall som utspelades under dess F-kraft, oavsett hur lång tid därefter som fallen aktualiseras (fram till preskriptionstidpunkten).

5.3.4. Retropendens

Facta pendentia kan finnas av många olika slag och stundom kan mycket lång tid förflöta mellan ett sådant falls påbörjan och dess fullbordan. Låt oss för att illustrera pendens-problematiken ta vår utgångspunkt i ett fall av sistnämnda slag.

År 1970 gav svensk rätt utomäktenskapliga barn arvsrätt efter fadern och faderns släktingar. Att den nya regleringen skulle omfatta utomäktenskapliga barn födda efter det att den vunnit B-kraft är självklart. Men hur skulle man reglera det pendens-fallet att faderskap fastställts före denna tidpunkt — kanske flera decennier tidigare — medan faderns dödsfall inträffar efter tidpunkten i fråga?

Vi betraktar en tänkt situation av detta slag (f), involverande en far och ett barn utom äktenskapet, och sätter som dess terminus a quo barnets födelse och som terminus ad quem (perfektionspunkten) faderns dödsfall. Den gamla regeln kallar vi som vanligt r och den nya r' .

Lagstiftaren har i princip tre möjligheter att reglera detta pendens-fall:

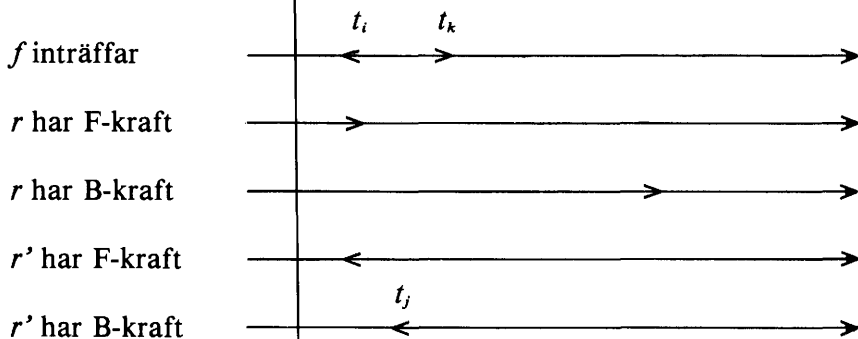
Lösning (1): Han kan låta r' :s F-kraft omfatta f

Lösning (2): Han kan låta r :s F-kraft omfatta f

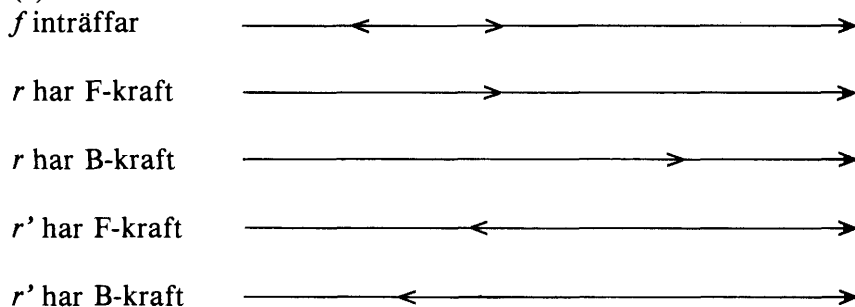
Lösning (3): Han kan låta r :s F-kraft omfatta f , såvida dess terminus a quo inträffat före en stipulerad tidpunkt, t^* , och låta r' :s F-kraft omfatta f , såvida dess terminus a quo inträffat efter t^* .

De tre lösningarna kan mer precist beskrivas så (f "utspelas" under perioden $t_i—t_k$):

(1)



(2)



(3)

Låt t_i vara fallets terminus a quo.

(a) om $t_i \geq t^*$: lösning (1)

(b) om $t_i < t^*$: lösning (2).

Väljes lösning (1) innebär detta att barn utom äktenskapet får arvsrätt efter fadern och hans släktingar, om dödsfallet inträffar 1 jan 1970 eller senare, oavsett hur lång tid tillbaka den tidpunkt föreligger, då barnet föddes. Väljes lösning (2) får endast barn födda 1 jan 1970 eller senare sådan arvsrätt. Väljes lösning (3) och är den stipulerade tidpunkten, säg, 1 jan 1940, får barn födda efter denna tidpunkt arvsrätt men ej barn födda före tidpunkten i fråga. — Som bekant valdes lösning (1).

Lösning (1) innebär maximal retropendens och lösning (2) minimal retropendens för r' . Lösning (3) anger ett mellanläge, som innebär desto större avvikelse från r' :s maximala retropendens, ju kortare tidsavståndet är mellan t^* och t_i .

r' :s maximala retropendens får emellertid, generellt talat, inte bestämmas enbart i förhållande till hur långt tillbaka i tiden de fall påbörjas på vilka r' görs tillämplig. Olika rättsfaktumkomponenter har nämligen olika "tyngd". Vid studiet av pendens-situationer måste man därför för varje givet fall fastställa när dess olika rättsfaktumkomponenter inträffar i förhållande till r' :s trädande i B-kraft. Ju fler sådana "tyngre" komponenter som ligger i tiden före r' :s B-kraftträdande, desto mer genomgripande blir i viss mening r' :s retropendens, om r' görs tillämplig på facta pendentia.

För lösning (1) talar i ovanstående exempel dels att den nya regleringen får en större genomslagskraft och dels att regelsystemet blir enklare. Mot densamma talar dels att arvsrätt kommer att grundas

på äldre, vetenskapligt tvivelaktiga faderskapsbestämningar och dels att arvsrätten kan uppfattas som orättvis i fall där fader och barn är fullständiga främlingar för varandra och fadern på sitt håll lever ett familjeliv. För lösning (2) talar på motsvarande sätt att man undviker att grunda arvsrätter på tvivelaktiga faderskapsbestämningar och att arvsrätten inte utsträcks till personer, vilka för arvlåtarna framstår som rena främlingar och vilka inte hade arvsrätt när de föddes. Ett tungt vägande argument mot lösning (2) är, å andra sidan, att den nya regleringen inte kommer att helt ha slagit igenom förrän efter flera decennier. Lösning (3) kan förefalla som en god kompromiss mellan lösningarna (1) och (2). Mot densamma talar emellertid att den bär präglet av godtycke. (Så behöver dock ej alltid vara fallet. Den stipulerade tidpunkten kan framstå som förnuftig, om den anknyter till någon relevant yttre händelse eller till ändrad lagstiftning på något angränsande område. Antag t ex att en plötslig radikal förbättring av faderskapsbestämningarnas tillförlitlighet inträffat under slutet av 1930-talet.)

I fråga om *retropendens* finns således principiellt sett två möjliga lösningar: antingen låter man äldre lag tillämpas på ett givet fall eller också ny (aktuell) lag. Lösningsprincipen att äldre lag skall gälla kallar vi *infrapendensprincipen* och principen att ny lag skall gälla *retropendensprincipen*.

Som ett exempel från svensk rätt på användningen av *retropendensprincipen* kan anföras 22 §, Lag 1970 om införande av nya jordabalken: "Bestämmelserna i 5 kap nya balken skall, då egendomen avträdes efter balkens ikraftträdande, äga tillämpning även om det förhållande som föranlett avträdet hänför sig till tiden före ikraftträdandet". Ett spektakulärt exempel på tillämpningen av *infrapendensprincipen* utgör den äldre giftermålsbalken, som ännu drygt sextio år efter det att den ersattes av 1920 års giftermålsbalk i vissa delar, låt vara med en efter hand alltmer reducerad adressatgrupp, är i kraft med avseende på pendensfall.

I det följande skall vi presentera en del generella argument för och emot de nämnda principerna. Låt oss börja med några av de argument som anförts för *retropendensprincipen*.

R1. Om lagstiftaren har ersatt en äldre lag med en ny, måste, i lagstiftarens ögon, den senare rimligen vara bättre än den förra. Därför bör den nya lagen ha så stor genomslagskraft som är möjligt utan att densamma får en rent retroaktiv verkan (se Roubier, 1960, s 340 f).

Som Roubier framhåller är detta argument inte särskilt övertygande. Omständigheterna kan ju vara sådana att tillämpningen även av god lag kan leda till olyckliga konsekvenser. Och sådana omständigheter kan hänföra sig just till pendens-situationer. Rättsgrunden för själva lagen behöver inte vara identisk med rättsgrunden för dess tillämpning eller icke-tillämpning på pendensfall.

R2. När fråga är om att eliminera betydande sociala missförhållanden bör retropendensprincipen råda, eftersom också pendensfallen omfattas av detta syfte och detsamma betraktas som särskilt angeläget.

R3. Den nya lagen ger uttryck åt sociala eller moraliska idéer, vilka i hög grad skiljer sig från dem som uppbär den äldre lagen, och lagstiftaren önskar, att de nya idéerna slår igenom så snabbt som möjligt. För att uppnå detta syfte bör retropendensprincipen följas.

Detta argument har särskilt återopats inom familjerätten. I motiven till lagberedningens förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning 1913 (s 481) uttalas: "De betydelsefulla skiftningar i den etiska åskådningen, som ofta ligger bakom lagändringarna på detta område, kräva mången gång att de nya bestämmelserna omedelbart vinna allmän tillämpning" (varmed, vilket framgår av sammanhanget, även avses pendensfall — dock vill inte lagberedningen upphöja retropendensprincipen till en huvudprincip inom familjerätten —; se också justitierådet Regners omfattande votum i rättsfallet NJA 1967 s 186).

R4. Vissa lagar, främst finanspolitisk lagstiftning av närmast kris-tidsbetonad typ, är sådana, att deras avsedda verkningar skulle äventyras, om allmänheten gavs tillfälle att utnyttja tiden för att undgå dessa verkningar (jfr delavsnitt 5.3.2.). För att garantera lagens effektivitet kan därför en tillämpning av retropendensprincipen vara befogad.

R5. Till förmån för retropendensprincipen — genom att vara ett motargument mot infrapendensprincipen — talar argumentet att, om den äldre lagen skall tillämpas på pendensfall, osäkerhet kan uppstå om avgränsningen av dessa fall, så att man inte klart kan veta vad som faller under den äldre respektive den nya lagen — med andra ord ett rättssäkerhetsargument (jfr Roubier, 1960, s 344 f).

R6. Nära förbundet med argumentet R5 är det motargumentet mot infrapendensprincipen att en användning av denna leder till dubbla regelsystem, vilka kan existera jämsides med varandra under en kanske mycket lång tidsrymd (Roubier, 1960, s 345 f). Detta gör det totala regelsystemet komplicerat, vilket kan leda till rättsosäkerhet (i betydelsen bristande förutsebarhet). Därtill kan ifrågavarande förhållande uppfattas som stridande mot likhetsidealet (lika fall skall behandlas lika).

R7. Om de flesta, eller de mest väsentliga, av de händelser som tillsammans utgör ett *factum pendens* har inträffat i tiden efter den nya lagens trädande i B-kraft bör den nya lagen gälla, därför att fallets anknytning till denna då är starkare än dess anknytning till den äldre lagen.

R8. Om infrapendensprincipen får gälla, kan det ta en avsevärd tid innan den nya lagen får full effekt (jfr situationen med utomäktenskapliga barns arvsrätt efter fadern; ett pendensfall av strukturellt likartat slag utgör den övergångssituation lagstiftaren hade att bedöma vid den ändring av den svenska successionsordningen varigenom prinsen Carl Philip 1980 ersattes av prinsessan Victoria såsom tronarvinge).

Till stöd för infrapendensprincipen har anförts nedanstående argument.

I1. Eftersom retropendens är ett marginalfall av retroaktivitet, drabbas den förra av samma argument som kan riktas mot den senare. (Vilka dessa argument är skall redovisas i nästföljande delavsnitt.) Och dessa argument har sådan tyngd att infrapendensprincipen bör väljas.

Detta är emellertid en alltför onyanserad uppfattning. En fundamental skillnad mellan retropendens och retroaktivitet ligger ju däri, att vid den senare fallet i fråga redan uppnått sin perfektionspunkt, då den nya lagen träder i B-kraft, medan beträffande retropendens fallet i fråga delvis utspelas efter det att den nya lagen träder i B-kraft och fallet därför har materiell och icke blott formell anknytning (se kap 4) till den nya lagen. Och ju mer fallet därvid har sin "tyngdpunkt" i omständigheter utspelade sedan den nya lagen trätt i kraft, desto svagare blir skälen mot retroaktivitet som stöd för infrapendensprincipen (= argument R7).

Att pendensfallen inte utan vidare bör likställas med retroaktivtetsfallen kommer, vad skatterätten angår, till uttryck i följande uttalande av Hagstedt (1975, s 31 f). Han framhåller med avseende på vad som här kallas pendensfall: "Det är ju också uppenbart att man i dylika situationer inte kan ålägga en lagstiftare samma restriktivitet som förväntas från dennes sida ifråga om typiskt retroaktiv lag. Av praktiska skäl är det nämligen uteslutet, att genomgående visa de skattskyldiga sådan hänsyn att en ny lagstiftning endast görs tillämplig på förhållanden som uppkommit efter dess tillkomst, t ex en fastighetsskatt endast på fastigheter som förvärvats efter denna tidpunkt osv. I vissa fall kan en sådan åtgärd vara befogad men vanligtvis måste det stå lagstiftaren fritt att bestämma lagstiftningens omfattning på denna punkt."

12. Störst vikt anses infrapendensprincipen ha vid legislativa ingrepp i bestående rättsförhållanden, särskilt avtalsförhållanden. Rodhe (1943, s 48) uttalar härom: "Ett skäl härför är givetvis, att avtalslutandet mer eller mindre förlorar sin mening om icke parterna kunna då ett avtal ingås bedöma, vilka rättsverkningar avtalet kommer att ha. Om parterna måste säga sig att det är stor risk för att en ny lag kommer att giva avtalet en annan nu okänd innebörd än det har enligt gällande lag, blir det icke samma nytta med att sluta avtalet. Avtalsmekanismen fungerar alltså icke eller i varje fall dåligt, om icke allmänheten har förtroende för lagstiftningens stabilitet".

I moderna samhällen av västerländsk typ är det vanligt att avtalsförhållanden omspannar mycket långa tidsperioder. Vid handelsköp, exempelvis, kan ett avtal gälla i årtal, varvid säljarens prestation består av successiva leveranser och köparens av successiva betalningar. Kanske är säljaren en underleverantör till köparen och helt beroende av denne — köparen är rentav säljarens enda kund. Kring sådana perdurerande avtal kan hela livsmönster ha utkristalliserats. Om nu ett sådant avtal drabbas av en lagändring, kan detta få mycket vittgående konsekvenser för de berörda.

Men argumentet har betydelse också vid andra rättsförhållanden, inte minst sådana av långvarig eller personlig karaktär, som exempelvis äktenskap eller adoptionsförhållanden.

13. Om de flesta, eller de mest väsentliga, av de händelser som tillsammans utgör ett factum pendens har inträffat i tiden före den nya

lagens trädande i B-kraft bör den gamla lagen gälla, därför att fallets anknytning till denna då är starkare än dess anknytning till den nya lagen (= omvändningen av argumentet R7).

5.3.5. Retroaktivitet

Att göra r' retroaktiv innebär

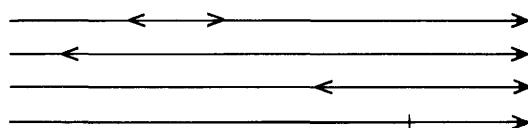
(i) att r' skall tillämpas på *facta praeterita*, som aktualiseras vid en tidpunkt, som ligger senare än den tidpunkt då r' träder i B-kraft

eller

(ii) att r' skall tillämpas på *facta praeterita*, som aktualiseras vid en tidpunkt, som ligger tidigare än den tidpunkt då r' träder i B-kraft men där avgörandet (dom eller beslut) faller först efter denna tidpunkt (*causa pendens-retroaktivitet*).

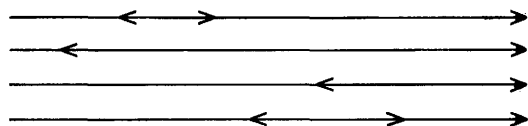
Situationen (i) är alltså denna:

(i)
fallet inträffar
 r' har F-kraft
 r' har B-kraft
aktualisator inträffar



Situationen (ii) karakteriseras av att r' 's trädande i B-kraft sker *pendente causa*:

(ii)
 f inträffar
 r' har F-kraft
 r' har B-kraft
process (*causa*)

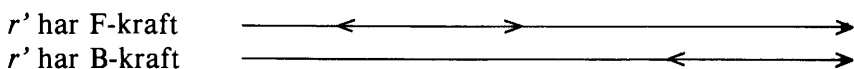


Att *causa pendens-retroaktivitet* ej skall komma i fråga anges stundom i övergångsbestämmelser (se t ex 53 § Lag 1970 om införande av nya jordabalken). I övergångsrättsliga sammanhang kan det förefalla vara befogat att låta termen "causa" omfatta varje slag av myndighets befattnings med ett fall, eftersom övergångsrättsligt relevanta *pendens*-situationer avseende *facta praeterita* här ofta aktualiseras

(se t ex övergångsbestämmelserna till 1980 års utlänningslag: "Om ett ärende har anhängiggjorts hos polismyndighet, statens invandrarverk eller regeringen innan denna lag har trätt i kraft, tillämpas fortfarande äldre bestämmelser").

Både när det gäller *factum pendens*-situationer och *factum praeteritum*-situationer skall den tidpunkt som i övergångsbestämmelserna explicit anges för r 's ikraftträdande uppfattas som tidpunkten för r 's trädande i B-kraft. r ' har desto större genomslagskraft relative r , ju längre bakåt i tiden r ' tillåts verka retroaktivt. Stipuleras ingen gräns därför, säger vi att r ' verkar *maximalt retroaktivt*. Stipuleras däremot en sådan tidpunkt, säg t^* , har r ' desto större genomslagskraft relative r , ju större tidsavståndet är mellan t^* och tidpunkten för r 's trädande i B-kraft.

Ett extremfall av retroaktivitet är vad vi kan kalla *exklusiv retroaktivitet*



som alltså innebär att regelns F-kraft upphör vid en tidpunkt, som ligger tidigare än tidpunkten för dess trädande i B-kraft. Exklusiv retroaktivitet är naturligtvis ett mycket ovanligt, ehuru icke helt okänt fenomen. Hagstedt (1975, s 29) ger ett exempel härpå, nämligen 1952 års svenska lagstiftning om konjunkturskatt, "vilken syftade till att bl a av samhällsekonomiska skäl fånga upp under tidigare år intjänade konjunkturvinster i vissa branscher. Lagstiftningen var i sin helhet retroaktiv, dvs avsåg endast inkomster, som avtjänats före dess tillkomst ...".

Låt oss i det följande göra ett försök att formulera huvudargumenten för och emot retroaktiv lagstiftning. Det står därvid fullt klart, att de argument som talar *emot* sådan i sin intima förening med fundamentala rättsstatliga värden gör sig gällande med överlägsen kraft, och att argumenten *för* detta slags lagstiftning blir tillämpliga endast under vissa, ganska speciella omständigheter.

Huvudargumenten emot retroaktiv lagstiftning är dessa:

1. Retroaktiv lagstiftning kränker rättssäkerhetens ideal, dvs idealet om förutsebarhet i rättsliga angelägenheter (se härom närmare Frändberg, 1982), och orsaken härtill är följande.

En person, som vid tidpunkten t överväger att företa en av flera alternativa handlingar, grundar sitt beslut på "en viktning" av de olika alternativens för- och nackdelar. Vissa av dessa för- och nackdelar utgörs av rättsverkningar, som rättssystemet vid t knyter till handlingar av de slag som är under övervägande — eller som rättssystemet inom överskådlig framtid kan förväntas knyta till dem. I båda fallen måste vårt rättssubjekt fatta sitt beslut på grundval av den information om faktiska och rättsliga förhållanden som står honom till buds vid t . Men antag nu att lagstiftaren vid tidpunkten t' ($t' > t$) retroaktivt ändrar rättssystemet så, att den handling, h , som rättssubjektet valde att utföra vid t , får andra rättsverkningar än den hade vid t , att dessa rättsverkningar vidare är sådana att h blir ett sämre alternativ för personen i fråga än åtminstone något av de andra alternativ denne övervägde vid t och att han vid t inte kunde förutse lagändringen. Detta innebär att han drabbas av en olägenhet genom en handling, som han inte skulle ha företagit, om han haft information om den kommande lagändringen. Det första huvudargumentet mot retroaktiv lagstiftning går ut på att man inte skall försätta människor i en dylik situation. Rättsverkningarna av *redan företagna* handlingar får man enligt detta argument inte ändras *i efterhand*.

Vad som alltså är tvivelaktigt med retroaktiv lagstiftning från rättssäkerhetens synpunkt är (1) att vårt rättssubjekt drabbas av rättsliga konsekvenser, vilka han inte hade anledning att vänta sig såsom konsekvenser av sin handling, när han företog denna — eftersom dessa konsekvenser inte utgjorde handlingens rättsföljder, när den företogs — och (2) att han inte drabbas av de rättsliga konsekvenser som han hade anledning att vänta sig såsom konsekvenser av sin handling, när han företog denna — trots att dessa konsekvenser utgjorde handlingens rättsföljder, när den företogs. Och vad mera är: han kan inte göra något åt detta i efterhand, eftersom de konsekvenser som faktiskt drabbar honom är fullständigt betingade av en handling, som redan företagits.

Denne person har all anledning att känna sig bedragen av rättssystemet och dess skapare. Och vad avser allmänheten i stort, måste ett mer omfattande bruk av retroaktiv lagstiftning minska dess tilltro till den information som lagen ger, hur i sig klar denna än är, eftersom den ju senare kan komma att ändras med retroaktiv verkan — något som i längden allvarligt kan störa ordningen i samhället.

Grundtanken i den västerländska rättsstatsideologin, sådan den utformats av den rationalistiska naturrätten, upplysningstänkandet

och deras andliga arvtagare, utgör idén om medborgarnas rättskydd mot överhetens godtycke. Statens egen maktutövning måste vara underkastad rättslig reglering och kontroll och detta särskilt i fråga om statens makt att beröva medborgare liv, frihet och egendom. Rättssäkerhetsaspekten har därför på ett alldeles särskilt sätt kommit i förgrunden, när det gäller straffrättskipning och beskattning. Och eftersom retroaktiv lagstiftning utgör ett hot mot rättssäkerheten, måste vaksamheten däremot vara särskilt stor inom straffrätten och skatterätten. Principiella förbud mot sådan lagstiftning på straff- och skatterättens område återfinns sedan 1979 i den svenska regeringsformen (2:10), ehuru i båda fallen försedda med undantag.

Orsaken till rättsosäkerheten vid retroaktiv lagstiftning ligger i det förhållandet att rättssubjektet *inte har skäl att vänta sig en retroaktiv rättsändring*, dvs han saknar för bedömningen av sin rättsliga ställning relevant information. Men hade han ägt sådan information, skulle han ha kunnat vidta åtgärder för att undgå för honom negativa konsekvenser.

Härav följer, att om lagstiftaren förser medborgarna med dylik information, rättssäkerhetsargumentet mot retroaktiv lagstiftning förlorar i styrka. Men här hamnar lagstiftaren i ett dilemma: räddar han rättssäkerheten, kan lagen förlora i effektivitet genom förhandsinformation (t ex då syftet med retroaktiviteten är att förhindra undgåendeåtgärder), och tillfredsställer han effektivitetskravet kränker han rättssäkerheten.

I ett av undantagen från förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning i 2:10 2 st regeringsformen har lagstiftaren gått på informationslinjen: ”Finner riksdagen särskilda skäl påkalla det, får dock lag innebära att skatt eller statlig avgift uttages trots att lagen inte hade trätt i kraft när nyssnämnda omständighet [= skattskyldighetsutlösande omständighet] inträffade, om regeringen eller riksdagsutskott då hade lämnat förslag härom till riksdagen. Med förslag jämställs ett meddelande i skrivelse från regeringen till riksdagen om att ett sådant förslag är att vänta”.

Denna lösning är emellertid inte tillfredsställande. Antag att ett förslag av i regeln nämnt slag lämnas till riksdagen. Massmedia basunerar ut detta och allmänheten anpassar sig till de i förslaget ingående reglerna. Men antag vidare, att förslaget förkastas av riksdagen — vilket alltid är teoretiskt möjligt och i tider av minoritetsregeringar därtill praktiskt möjligt — så att någon rättsändring av aviserat

slag aldrig kommer till stånd. Detta innebär, att människor har anpassat sig efter regler, som aldrig någonsin varit lag, och att de därvid kan ha försatt sig i ett mycket sämre rättsläge än om de inte gjort detta.

2. Retroaktiv lagstiftning strider mot likhetsidealet (lika skall behandlas lika) på det sättet, att om två personer, A och B, befinner sig i ett likadant rättsläge vid en given tidpunkt, men A därefter utför en handling av en typ som sedermera genom retroaktiv lag medför negativa konsekvenser för A, medan B inte utför någon handling av denna typ, B:s rättsläge efter handlingens företagande är bättre än A:s — och detta som en konsekvens av omständigheter utanför såväl A:s som B:s kontroll.

3. Vad beträffar *causa pendens*-retroaktivitet tillkommer ytterligare ett skäl mot retroaktivitet, ett skäl av process-strategisk natur. Antag att något rättssubjekt väckt talan i tro att målet skall avgöras enligt den lag som är i kraft då talan väckes men att en ny lag träffar även denna sak retroaktivt. Personen i fråga skulle kanske, om han ägt vetskap om detta, lagt upp en helt annan processuell strategi — eller rentav aldrig väckt talan.

Följande argument kan anföras till förmån för retroaktiv lagstiftning.

1. Om den nya lagen i stället för att öka straff, skatter eller andra bördor i stället lindrar sådana, är betänkligheterna mot att göra denna nya lag retroaktiv naturligtvis mindre. Undantaget från retroaktivitetsförbudet inom straffrätten i 2:10 1 st regeringsformen är av detta slag, som har kallats *retroaktivitet in mitius*: "Straff eller annan brottspåföljd får icke åläggas för gärning som icke var belagd med brottspåföljd, när den förövades. Ej heller får svårare brottspåföljd åläggas för gärningen än den som var föreskriven då". Undantaget är motiverat av såväl rättssäkerhetsskäl som kriminalpolitiska skäl. Vad civilrätten angår, bör man emellertid komma ihåg, att vad som är en fördel för en kontrahent ofta är en nackdel för motparten. Det kan vidare inte alls uteslutas, att en retroaktivitet in mitius i stor skala också den skulle kunna få negativa konsekvenser från rättssäkerhetssynpunkt.

2. Retroaktiv lagstiftning, t ex skattelagstiftning, kan vara befogad i svåra krissituationer. Ett ytterligare undantag från förbudet mot retroaktiv skattelag i 2:10 regeringsformen lyder: "Vidare får riksdagen föreskriva undantag från första meningen [= förbudet], om riksdagen finner att det är påkallat av särskilda skäl i samband med krig, krigsfara eller svår ekonomisk kris".

Ett ideal i övergångsrättsliga sammanhang är att göra övergången mellan det gamla och det nya regelsystemet så smidig som möjligt. Men det finns extraordinära situationer, då uppgiften är den rakt motsatta: att radikalt och resolut oskadliggöra ett äldre rättssystem. Detta är fallet, när fråga är om att städa upp efter en diktatur, som kränkt humanitetens och rättsstatens grundläggande värden, såsom det nazistiska Tyskland. I syfte att snabbt och effektivt undanröja spåren av de härav präglade delarna av dess rättssystem kan en retroaktivt verkande ny lagstiftning vara ett verksamt medel (och att öppet erkänna detta syns mig vara avsevärt mer tilltalande än den moderna naturrättens hyckleri om att nazirätten aldrig var någon juridisk rätt, egentligen). En sådan åtgärd kan liknas vid läkarens, då han botar en sjuk person med en medicin, som skulle göra en frisk person sjuk.

5.3.6. *Restitutiv retroaktivitet*

Restitutiv retroaktivitet innebär, att också *causae finitae* drabbas av retroaktivt verkande lag eller, med andra ord, att lagakraftvunna beslut, fattade enligt äldre lag, upphävs och ändras i enlighet med ny lag. Att tillgripa restitutiv retroaktivitet är självfallet en högst extraordinär åtgärd.

Företeelsen är emellertid inte okänd i europeisk rättshistoria. De franska revolutionslagstiftarna lät sålunda den nya arvsordning som antogs genom dekret i månaden *nivôse* år II verka retroaktivt från 14 juli 1789 och alla beslut som fattats enligt äldre arvsrätt från sistnämnda tidpunkt revs upp. Också i vårt sekel har restitution tillgripits i fransk rätt, bl a inom hyresrätten (Roubier, 1960, s 286). Något exempel därpå från svensk rätt är mig däremot inte bekant. Inte ens inom skatterätten, där ju retroaktiv lagstiftning förekommer, har man gått så långt att man rivit upp lagakraftvunna taxeringar (se Hagstedt, 1975, s 23).

På motsvarande sätt som vid icke-restitutiv retroaktivitet kan man låta *r'* verka maximalt i den meningen att *r'* träffar alla *causae finitae*, oavsett hur långt tillbaka i tiden som besluten enligt äldre rätt

fattats. Från denna högsta grad av genomslagskraft för r' relative r kan man sedan avvika i riktning mot minimal restitution genom att stipulera en tidpunkt, t^* , i det förflutna, sådan att beslut fattade enligt äldre lag före t^* ej drabbas av restitution. En dylik stipulerad tidpunkt utgör i exemplet med den franska revolutionära arvsordningen 14 juli 1789 — en tidpunkt, som förvisso inte valts av någon slump.

Även andra variationer av r' :s genomslagskraft relative r kan tänkas, t ex:

(i) Man låter r' träffa alla fall där avgörande fallit men där avgörandet ej vunnit laga kraft, men lämnar lagakraftvunna beslut i fred.

(ii) Man låter r' träffa alla *causae finitae*, som ännu ej hunnit genomgå exekution, men lämnar de fall i fred där exekution företagits innan r' trädde i B-kraft. (De av Roubier, s 286, anförda exemplen på restitution i modern tid omfattar även fall, där exekution genomförts.)

Rent intuitivt förefaller oss restitutionen motbjudande. Man kan emellertid fråga med Roubier: "Cependant, on pourrait se demander pourquoi, en face d'une loi rétroactive, les *causae finitae* seraient hors d'atteinte, puisque, par hypothèse, la clause de rétroactivité a précisément pour but de donner à la loi nouvelle une action sur les faits du passé; qu'importe que ces faits aient été antérieurement l'objet d'un litige?" (Roubier, 1960, s 286).

Svaret på den frågan är, att rättsgrunden för restitutionen kolliderar med rättsgrunden för rättskraftsinstitutet, ett institut, som allmänt anses tillhöra rättsstatens standardrekvisita. Sistnämnda rättsgrund innebär grovt uttryckt att, om lagakraftvunna domar och beslut ständigt kunde omprövas, en avsevärd rättsosäkerhet med ty åtföljande förvirring i mänskliga förhållanden snart skulle göra samhällslivet olidligt. Tillåter man restitution, åsidosätter man "den av samhället uppställda särskilda garanti mot vidare åtgärder från samhällets sida som rättskraften innebär" (Hagstedt, 1975, s 23).

Vid uppställningen efter en störtad diktatur kan emellertid restitutiv retroaktivitet vara i högsta grad befogad (jfr vad som i föregående delavsnitt sagts om retroaktivitet som "medicin"). Att exempelvis restitutivt återställa egendom till medlemmar av viss ras, vilka under en tidigare regim legalt fått denna egendom konfiskerad ute-

slutande därför att de tillhör ifrågavarande ras, kan med fog anses utgöra ett väsentligt inslag i en sådan uppställning.

5.3.7. *Vissa kompletterande lagstiftningsåtgärder*

De i delavsnitten 5.3.2.—5.3.6. diskuterade lösningarna av övergångsproblemen kan kompletteras med vissa andra lagstiftningsåtgärder.

(1) Precis som det inom den internationella privaträtten ges möjlighet för olika rättssubjekt att välja tillämplig lag, ger lagstiftaren stundom olika rättssubjekt möjlighet att välja mellan äldre och ny lag.

Ett exempel härpå utgör övergångsregleringen vid 1958 års ändring av adoptionsbestämmelserna. Lag 1958 om ändring i föräldrabalken innehöll bl a följande "slutbestämmelse": "Där adoption ägt rum enligt äldre lag, äge adoptanten sist inom fem år från nya lagens ikraftträdande hos rätten göra ansökan om förklaring, att å adoptivförhållandet skall tillämpas vad som är stadgat för det fall att adoption ägt rum enligt nya lagen".

(2) Antag att lagstiftaren står i begrepp att stifta ny lag på något område och att han överväger att låta den nya lagen verka retroaktivt eller med retropendens. En möjlig åtgärd är då att "mildra" effekten därav genom att i den nya lagen ge speciella regler just för *facta praeterita* eller *pendentia* — regler, som s a s intar ett mellanläge mellan den gamla och den nya regleringen. Vi tänker oss det konstruerade exemplet att den svenska lagstiftaren då han 1970 gav utomäktenskapliga barn arvsrätt efter fadern och faderns släktingar i stället låtit barn födda före 1970 få arvsrätt endast efter fadern men ej dennes släktingar eller att han gjort arvslotten för dessa barn mindre än arvslotten för inomäktenskapliga barn eller något liknande.

En annan variant kan vara att låta den nya lagen verka retroaktivt eller med retropendens, men att tillerkänna den "drabbade" parten någon form av kompensation (skadestånd; se Roubier, 1960, s 157 ff). Antag t ex att man i en lag förbjuder innehav av vissa slag av avlyssningsapparater och därvid ger ersättning till de personer som förvärvat sådana apparater innan lagen trädde i B-kraft.

Att ge möjlighet till lagval kan vara särskilt befogat, när det gäller långvariga, etablerade rättsförhållanden, kanske framför allt sådana, där inte de ekonomiska utan de mänskliga relationerna domine-

rar (såsom beträffande adoption) — och där den gamla lagen inte konserverar klara missförhållanden. Vid utformningen av lagvalsbestämmelserna måste beaktas, att dessa ej görs alltför komplicerade. Blir reglerna invecklade, utnyttjas de endast av ett vaket fåtal, vilket kan leda till olikheter, som uppfattas som orättvisa. Vidare ökar i sådant fall risken för byråkratiskt krångel. Dessutom kan tolkningssvårigheter uppstå — ett slående exempel därpå är *NJA 1967 s 186*, som just rör tolkningen av lagvalsregeln i övergångsbestämmelserna till 1958 års ändring av adoptionsreglerna.

Att ge särskilda, "förmedlande" bestämmelser för *facta praeterita* och *pendentia* kan självfallet vara ett smidigt sätt att mildra verkningarna av en retrospektiv lagstiftning, som i och för sig betraktas som nödvändig. Mot denna lagstiftningsteknik talar dock att regleringen blir mer komplicerad.

Kompletterande kompensationsregler försvagar i viss mån huvudargumentet mot retroaktivitet. För sådana talar också rättviseskäl — analoga med sådana skäl som brukar åberopas för ersättning vid expropriation. Men ersättningsskyldigheten kan naturligtvis, särskilt om den drabbar ett privat rättssubjekt, bli alltför betungande.

5.3.8. *Tidsbegränsade lagar*

Det vanliga vid utfärdandet av nya lagar är att de avses vara i kraft under en obestämd tidsrymd i framtiden. Men ibland stipulerar lagstiftaren en tidpunkt i framtiden, då en viss lag skall träda ur kraft. Redan vid lagstiftningstillfället besvarar han alltså de inledningsvis resta frågorna

(5) När skall r 's F-kraft upphöra?

(6) När skall r 's B-kraft upphöra?

Den stipulerade tidpunkten skall i regel uppfattas som en tidpunkt för F-kraftens upphörande — varefter B-kraften "klingar av" på det vanliga viset.

Mycket vanligt är att dylika tidsbegränsade lagar prolongeras genom särskilda lagar. Därvid stipuleras ofta en ny tidsperiod för i-kraftvarandet. Men prolongationslagar kan också förvandla en lag från en tidsbestämd till en tidsobestämd sådan genom att lagen i fråga förklaras vara i kraft "tills vidare". Vidare inkorporeras inte sällan efter viss tid dylika tidsbegränsade lagar i andra, tidsobestämda lagar.

Exempel:

(i) Kungörelse 6 maj 1927 ang förbud mot utförsel från riket av vissa äldre kulturföremål innehåller följande övergångsbestämmelse: "Denna kungörelse träder i kraft d 7 maj 1927 och gäller tillsvidare till och med d 15 juni 1927, dock att densamma icke skall äga tillämpning i fråga om föremål, som före kl 12 natten mellan d 6 och d 7 maj med bestämmelse till utrikes ort inlastas i fartyg eller järnvägs-vagn". Notera det korta ikraftvarande som stipuleras i denna fantasieggande övergångsbestämmelse. Kungörelsen har sedermera prolongerats.

(ii) I valutalagen 22 juni 1939 stadgas: "Denna lag träder i kraft genast efter utfärdandet och gäller tillsvidare till och med den 31 mars 1940". I en prolongationslag från 1959 stadgas att valutalagen skall äga fortsatt "giltighet" tills vidare. Däremot stipuleras att den samtidigt antagna valutaförordningen skall vara i kraft ett år framåt (1 juli 1959—30 maj 1960). Den har därefter förlängts i ettårsperioder.

(iii) Lag 1952 med särskilda bestämmelser om tvångsmedel i vissa brottmål, Lag 1969 om telefonavlyssning vid förundersökning ang grovt narkotikabrott m m samt Lag 1973 om särskilda åtgärder till förebyggande av vissa våldsdåd med internationell bakgrund ("terroristlagen") prolongerades samtliga för viss tid. 1969 års lag är numera inkorporerad i rättegångsbalken och 1973 års lag i utlänningslagen.

(iv) Lag 1963 om inskränkning i rätten till inmutning inom Norrbottens län stipulerades vara i kraft t o m 31 dec 1972.

(v) I 1966 års affärstidslag stadgades att densamma skulle vara i kraft t o m 31 dec 1971. Lagen prolongerades ej.

Bland de skäl som talar för tidsbegränsad lagstiftning kan följande nämnas:

(1) Det kan vara fråga om att göra ett hastigt ingripande mot något akut missförhållande i samhället. Det kan då vara befogat att lagstiftaren snabbt reagerar med en kanske inte helt genomarbetad, men

därför starkt tidsbegränsad, lag. Men ett användande i stor skala av sådana grepp är väl snarast ett tecken på villrådighet och desperation hos lagstiftaren.

(2) När det gäller lagar av det slag som omnämns i exempel (iii) är det rättsskyddskravet som motiverar tidsbegränsningen. Oerhört starka skäl måste vara för handen, när fråga är om så omfattande ingrepp i människors privatliv och inskränkningar av deras frihet. En ofta återkommande prövning av sådana lagars existensberättigande är därför nödvändig. Men då gäller också, att våra lagstiftare ej hemfaller till slentrianmässigt prolongerande eller till att man låter sådana lagar senare omärkligt prolongeras på obestämd tid.

(3) Vilka remedier som skall sättas in mot olika missförhållanden i samhället är ofta en svår sak att avgöra. Vissa åtgärder kanske inte alls leder till det önskvärda resultatet, andra gör det, men till ett alltför högt pris. Inte sällan måste dock något göras.

Lagstiftaren kan vanligen inte utföra experiment för att "testa" olika åtgärder innan han lagstiftar. Men han kan på prov ge lagar begränsad verkan i tid eller rum. Han låter exempelvis vissa skärpta trafikbestämmelser vara i kraft i vissa län under viss tid. Även afärstidslagen kan ses som ett slags experimentlagstiftning. Som Strömholm (1981, s 309) framhåller, är det därvid självfallet väsentligt att dylika experiment inte drabbar någon viss kategori av människor ("försökskaninerna") på ett diskriminerande sätt.

(4) Tidsbegränsad lagstiftning kan slutligen vara befogad som ett komplement till annan lagstiftning (valutaförordningen) eller till myndighetsåtgärder av något slag. Inskränkningarna i rätten till inmutning inom Norrbottens län sammanhängde sålunda med att Sveriges geologiska undersökning skulle genomföra en systematisk inventering av malmfyndigheter i detta län just under åren 1963—72 (se NJA, avd II, 1963, s 444).

Kap 6. Stabilitet och förändring — en studie i juridisk ideologi

6.1. Inledning. Allmänna synpunkter

Den amerikanske rättsteoretikern Roscoe Pound inleder sitt arbete *Interpretations of Legal History* med följande uttalande: "Rätten måste vara oföränderlig och dock kan den ej stå stilla. Därför har allt rättstänkande kämpat för att sammanjämka de motstridiga krav som utgörs av behovet av stabilitet och behovet av förändring" (citerat efter Friedmann 1967, s 86, min övers).

Denna Pounds iakttagelse skall utgöra temat för detta avslutande kapitel. Närmare bestämt handlar det om idéer och föreställningar — den juridiska ideologi — som främjat stabilitet och som mobiliserats i stabilitetsbevarande syfte respektive idéer, som stått i rättsförändringens tjänst. Jag skall därvid beröra ett antal föreställningar från skilda epoker och från olika sammanhang av den västerländska juridikens idéhistoria.

Först måste vi göra klart för oss, vilka företeelser vi avser, när vi talar om att bevara respektive förändra (det behöver väl inte sägas, att uttrycken "stabilitet" och "förändring" av mig används på ett rent deskriptivt sätt med bortseende från deras — i sig högst påtagliga — värdeladdning).

Nära till hands ligger svaret att bevarande eller förändring avser rättsliga regelsystem, rättssystem. Detta svar slätar emellertid över en distinktion, som är viktig i detta sammanhang. Distinktionen är den mellan å ena sidan bevarande eller förändring av *rättsliga positioner*, eller rättsförhållanden, som rättssubjekt befinner sig uti i relation till andra rättssubjekt, och å den andra sidan bevarande eller förändring av själva det *regelsystem* som definierar dessa relationer.

Vi känner alla till en vanlig typ av tärningsspel för barn, där antalet ögon som kommer upp på tärningen bestämmer hur många steg man får flytta en pjäs utesfär en slinga av hållpunkter, av vilka några särskilt markerats. Hamnar pjäsen på en hållpunkt av sistnämnda slag, befinner man sig i en position, som antingen innebär en fördel

eller en nackdel. Förändringar av rättsliga positioner kan beskrivas på ett analogt sätt — genom att människor köper och säljer, sluter arbetsavtal, döms för brott, gifter sig och skiljer sig osv förändras ständigt deras inbördes relationer enligt ett givet rättssystem, dvs spelets regler, eller, om man så vill, själva spelet.

En vanlig framställning av rättssystem är den i termer av rättsfakta och rättsföljder. Varje rättsföljd anger, kan man säga, *en rättslig position*, som något rättssubjekt befinner sig uti i förhållande till andra rättssubjekt, om vissa rättsfakta föreligger. Har en säljare dröjt väsentligt med leverans, är han i den positionen att han potentiellt eller faktiskt är underkastad vissa krav från köparen (uppfyllelse eller ersättning) och har någon dömts för stöld till fängelse, är han i den positionen att han är fräntagen vissa immuniteter, främst det rättsskydd mot frihetsberövande, som han hade tidigare. Genom dröjsmålet respektive genom stölden (i förening med andra spelares, åklagarens och domarens, agerande) har personerna i fråga "spelat sig in i" nämnda positioner — och "det fortsatta spelet" måste ta sin utgångspunkt i dessa (jfr T Strömberg, 1969, och Lindahl, 1977).

Med "rättsförändringar" kan man således avse två skilda saker: dels (i) förändringar av positioner, rättslägen, "inom spelet" och dels (ii) förändringar av själva spelet, rättssystemet.

En diskussion om stabilitet och förändring kan alltså avse positionsplanet eller regelplanet. Förändringar på positionsplanet kan självfallet ske utan att förändringar sker på regelplanet. Däremot innebär förändringar på regelplanet vanligen större eller mindre förändringar på positionsplanet. Dessa förändringar åstadkoms alltså inte genom "spelhandlingar", utan genom att själva spelet, så över spelarnas huvud, förändras. Förhållandet mellan exempelvis en hyresvärd och en hyresgäst kan sålunda ändras genom en lagändring likaväl som genom avtal mellan parterna.

Liksom man talar om "rättssystem" såsom en totalitet av regler, kunde man tala om "det totala rättsläget" enligt något rättssystem, S , vid någon tidpunkt, t . *Det totala rättsläget* enligt S vid t är mängden (totaliteten) av alla mellan personer faktiskt rådande positioner (relationer) vid t , vilka är konstituerade av S . Att exempelvis det totala svenska rättsläget i denna mening undergår förändringar minut för minut är uppenbart.

Att rättslig stabilitet föreligger under en given tidsrymd innebär i idealtypisk form att inga förändringar sker under denna tidsrymd,

dvs att status quo råder därunder beträffande regler på regelplanet och positioner på positionsplanet.

Det framhålls ofta tillspetsat i den rättsteoretiska litteraturen att juridiken står i stabilitetens tjänst, inte i förändringens. Man menar, att själva poängen med ett rättssystem skulle gå förlorad utan i vart fall ett icke obetydligt mått av stabilitet, främst självfallet på regelplanet.

Den rättsliga stabiliteten är en komponent i den samhälleliga stabiliteten i allmänhet. Rubbas den senare, drabbar detta vanligen den förra. Och liksom spindeln, som fått sin väv söndersliten, febrilt spinner nya trådar, så har också jurister i av krig eller revolutioner sönderslitna samhällen i alla tider med mer eller mindre sofistikerade medel sökt motverka de inträffade störningarna av stabiliteten. Denna verksamhet har på det rättsdogmatiska och rättsfilosofiska planet ackompanjerats av en idébildning, som fått tjäna som en rationalisering av de stabilitetsbevarande strävandena och kanske också initierat eller i vart fall förstärkt dessa.

Mot denna bakgrund har det sitt särskilda intresse att studera sådana juridiska idéer, teorier och läror som mobiliseras, när det gäller att förändra rättssystemet. Den juridiska ideologin kan ju i viss mån sägas lägga "bevisbördan" på den som vill företa ändringar. Och även i det mest stillastående samhälle måste ju ändå sådana ibland åstadkommas. Den juridiska ideologin karakteriseras i hög grad av det förhållande som Pound satte fingret på i det citat som inledde detta kapitel, nämligen strävan att förena kraven på stabilitet och förändring, eller, om man så vill, *tendensen att stabilisera själva förändringarna*.

En smula spekulativt och därtill lite tillspetsat kan man säga, att rättstänkandet tillhandahåller två huvudgrepp, när det gäller att angripa intressekonflikter av här diskuterat slag, låt oss kalla dem "minimaliseringsgreppet" respektive "kryptogreppet".

Minimaliseringsgreppet innebär helt enkelt att man ser till att förändringarna inte blir större än vad som är alldeles nödvändigt, givet ofrånkomliga omständigheter.

Kryptogreppet innebär att juristerna till det yttersta utnyttjar rättssystemets elasticitet på ett sådant sätt att det ser ut som om systemet inte ändrats, ehuru så faktiskt är fallet. Med "rättssystemets elasticitet" menar jag här i första hand de språkliga regelformuleringarnas ofrånkomliga vaghet och flertydighet. Man kan säga, att vad kryptogreppet åstadkommer är *skenstabilitet*.

I juridikens idéhistoria finns en rik uppsättning av både rättfärdigande rationaliseringar av, och underlättande tekniker för applicerandet av dessa båda grepp. Jag skall i det följande ta fram en del sådana till beskådande.

Återstoden av kapitlet är disponerat så, att jag diskuterar idéer rörande stabilitet och förändring på positionsplanet i avsnitt 6.2. samt på regelplanet i 6.3. varvid regelbildning genom rättskipning behandlas i delavsnitt 6.3.2. och regelbildning genom lagstiftning i 6.3.3.

6.2. Stabilitet och förändring på positionsplanet

Att ingångna avtal hålls och att man kan lita på det är en nödvändig förutsättning för allt ordnat samhällsliv över en mycket primitiv nivå. En rikt differentierad arbetsfördelning förutsätter, och medför, ett komplicerat utbyte av nyttigheter och detta utbyte sker i stor utsträckning genom avtal. Det är därför föga förvånande att avtalsbrott alltid betraktats som något särdeles förkastligt och att ritualer och appellerande till gudomligheter beledsagat avtalens ingående.

När småningom reflexionen över de rättsliga fenomenen satte in genom framväxten av den akademiska juridiken kom kravet på avtalstrohet att få en slagkraftig formulering i satsen *Pacta sunt servanda*. Tanken som detta slagord uttrycker har också kommit att utgöra en hörnsten i vitt skilda juridiska teoribildningar. I Hugo Grotius' s k rationalistiska naturrättslära är det *pacta sunt servanda*-principen som uppbär hela rättssystemet genom att förläna samhällsfördraget bindande kraft och därmed också den positiva rätten. Och detta gäller såväl de skilda staternas interna rätt som suveränernas överenskommer av folkrättslig karaktär. Inte minst i folkrätten har *pacta sunt servanda*-principen spelat stor roll ända in i vår tid. Kelsen (1952) urskiljer, sin Stufenbau-teori trogen, tre skikt av hierarkiskt ordnade regler inom folkrätten: (1) ett skikt omfattande reglerna för de internationella organisationerna, vilket förlänas sin giltighet av närmast högre skikt i normhierarkin, nämligen (2) *conventional law*, dvs traktaträtten, vilket i sin tur härleder sin giltighet ur (3) *customary law* — staternas sedvanerätt — som innehåller grundnormen för hela folkrättssystemet och till vilket skikt just *pacta sunt servanda*-principen hör. Hos Grotius är alltså denna princip av naturrättslig karaktär, hos Kelsen en regel i den internationella sedvanerätten. Men hos båda är principen en hörnsten i deras respektive teorier.

Pacta sunt servanda-principen är stabilitetsbevarande i följande mening. Det är en fast rotad juridisk uppfattning att avtal, som ingåtts av rättskapabla personer på ett hederligt sätt, så långt möjligt skall upprätthållas, *även om tillstötande yttre omständigheter försvårar, eller rentav omöjliggör, avtalad prestation*. Har man slutit ett avtal, får man i de flesta fall ta risken av ändringar i de yttre omständigheterna, naturorsakade eller människoskapade. Endast i vissa mycket trängda lägen får man ensidigt rygga ett avtal — detta är en grundtanke i västerländsk juridisk idéhistoria.

Hur seg pacta sunt servanda-föreställningen är framgår än tydligare vid betraktandet av det öde som dess främste motståndare på idéplanet — *clausula rebus sic stantibus* — rönt i den juridiska litteraturen. Idén om *rebus sic stantibus* går, som bekant, ut på att ett avtal, eller en folkrättslig traktat, binder endast så länge de yttre omständigheterna är sådana som de var vid avtalsslutandet. *Clausula rebus sic stantibus* har främst diskuterats i folkrättslitteraturen men den återfinns ju i en relativt modern skepnad betecknad "förutsättningsläran". *Rebus sic stantibus*-idén främjar förändringar på positionsplanet genom att tillåta en avtalspart att ensidigt rubba en genom avtal fastställd krets av rättsliga positioner för avtalsparterna. Idén är status quo-fientlig. *Clausula rebus sic stantibus* har för det juridiska tänkandet varit en främmande fågel, vars hotfullt utbreda vingar lagt en förrädisk skugga över de ordnade rättsförhållandenas prydliga rabatter. Folkrättens klassiker sådana som Alberico Gentili och Hugo Grotius erkänner visserligen dess giltighet som ett tyst villkor (både klart inseende att analogin mellan privaträttsliga avtal och folkrättsliga traktater inte får pressas), men tendensen att begränsa dess tillämpningsområde närmast till nödsituationer är tydlig. Under 1800-talet var emellertid klausulen inte ovanlig i traktater, särskilt kommersiella sådana.

I Kelsen (1952, s 359) riktas ett kraftfullt angrepp mot *rebus sic stantibus*-idén. Kelsen uttalar "The clause *rebus sic stantibus* is in opposition to one of the most important purposes of the international legal order, its purpose of stabilizing international relations" och han hävdar att det svårligen låter sig bevisa att klausulen över huvud taget ingår i den positiva internationella rätten.

Är det juridiska tänkandet skeptiskt mot abrupta förändringar på positionsplanet à la *rebus sic stantibus*-idén, tillhandahåller detsamma i stället en icke obetydlig uppsättning av "förmedlande lösningar". Dessa präglas därav, att, när omständigheterna försvårar, olämplig-

gör eller rent av omöjliggör komplett uppfyllelse av avtalsförpliktelser, ett rättsförhållande likväl skall etableras mellan parterna, *som är så likt det ursprungligen avtalade som omständigheterna tillåter* — alltså ett utslag av vad jag ovan kallat minimaliseringsgreppet. Låt mig här nämna tre sådana, redan i romersk rätt utformade lösningstekniker.

Den första är *perpetuatio obligationis* (förpliktelsens förevigan-de). Dess innebörd är, uttalar Hult (1952b, s 137), "att om en sak, som en person skall prestera till en annan, går under, medan gäldenären befinner sig i mora, och det således är omöjligt att prestera saken, kommer icke för den skull gäldenärens förpliktelse att upphöra utan den 'förevigas' genom hans mora och kan därmed utgöra grunden för en skadeståndsförpliktelse i förhållande till borgenären. Gäldenären blir skyldig att ersätta borgenärens skada". En prestation, som är omöjlig att erlægga (*Impossibillum nulla est obligatio*), utbyts således mot en annan, vilken, om den erläggs, försätter borgenären i en position, som tänkes vara minimalt olik den position som borgenären skulle ha befunnit sig i, om saken presterats.

De båda andra lösningarna innebär också en prestationsförvandling i avtalsförhållanden, nämligen det klassiska paret *datio in solutum* (överlåtelse till betalning) respektive *datio solvendi causa* (överlåtelse för betalnings skull). Dessa går, kort uttryckt, ut på, den förstnämnda att man i vissa fall kan uppfylla ett avtal genom att erlægga en annan prestation än den avtalade, och den senare "att borgenären tar emot en prestation — ofta en fordran mot tredje man — för att själv förvandla denna i penningar i avräkning på gäldenärens förpliktelse" (Rodhe, 1966, s 38). Dessa lösningar betecknar Rodhe (1966, s 32 ff) — tillsammans med kvittningen — träffande som "uppfyllelsesurrogat".

De här nämnda tre greppen kan ses som ett slags förmedlande lösningar mellan det strikta avtalsupprätthållandet (*pacta sunt servanda*) och det fullständiga avtalsupplösandet (enligt *clausula rebus sic stantibus*) — eller, om man så vill, som en under omständigheterna minimal avvikelse från avtalsupprätthållandet.

6.3. Stabilitet och förändring på regelplanet

6.3.1. Inledning

Låt oss nu övergå till en del idéer och läror, ägnade att bevara stabilitet respektive åstadkomma förändringar i rättsliga regelsystem,

rättssystem. För att anknyta till den jämförelse med ett tärningsspel som anställdes i kapitalinledningen, är det alltså nu fråga om förändringar av själva spelet.

Med "rättsregler" avses i detta avsnitt generella rättsregler och med "rättssystem" momentana system av sådana regler.

Teorier och läror av hithörande slag på den rättsteoretiska marknaden framträder ofta som variationer av minimaliserings- eller kryptogreppet.

I delavsnitt 6.3.2. behandlas idéer hänförliga till rättskipningen och i 6.3.3. idéer hänförliga till lagstiftningen.

6.3.2. Idéer hänförliga till rättskipningen

När fråga är om domstolarnas rättsskapande verksamhet, ligger det naturligtvis nära till hands att rikta blickarna mot den engelska prejudikatläran, den s k *stare decisis*-doktrinen. Frågan huruvida de engelska domstolarnas rättsbildning faktiskt överensstämmer med denna skall därvid inte tas upp här, vad som intresserar oss i förevarande sammanhang är själva läran som sådan.

Bland de komponenter som brukar anses ingå i denna lära finns det några som uppenbart är ägnade att främja stabilitet och några som är ägnade att bereda väg för förändringar, låt vara med fulländat anbringande av minimaliserings- och kryptogreppen.

Den komponent i *stare decisis*-doktrinen som — i vart fall om den togs på fullt allvar — verkligt effektivt skulle bromsa rättsutvecklingen är självfallet idén att domstolarna är bundna av högre domstolars avgöranden och att House of Lords är bundet av sina egna avgöranden — låt vara att House of Lords efter Lord Chancellor (Lord Gardiners) berömda uttalande 1966 numera kan avvika från sina egna tidigare domar, om särskilda skäl föreligger (se Hjerner, 1973, s 8, n 2).

Men som bekant finns det upptrampade stigar att beträda för den domare som vill gå runt detta hinder och kanske bädda för en viss framtida rättsutveckling. Enligt läran är det ju bara den prejudicerande domens *ratio decidendi* som binder, ej däri eventuellt förekommande *obiter dicta*. Härigenom tillskapas ett spelrum för den domare som har att ta ställning till ett prejudikat eller en serie av sådana att manövrera sig bort från prejudikatets kraftfält — ty det är ju *han*, som avgör vad som är *ratio decidendi* respektive *obiter dicta*. Gör domaren en sådan undanmanöver, har utan tvivel en rättsförändring skett. Men detta är en kryptoförändring, ty enligt *stare deci-*

sis-doktrinen har i och för sig ingen ändring skett i fråga om prejudikatets bindande kraft. Stare decisis-läran är därför ett praktexempel på hur man via kryptoförändringar upprätthåller skenstabilitet.

Men vill domaren komma runt ett prejudikat utan att manipulera med dess domskäl står en annan utväg till buds, nämligen att särskilja fallet. "Distinguishing the case" är ett tillåtet tillvägagångssätt i den engelska prejudikatläran och det går, kort uttryckt, ut på att förklara, att det förhandenvarande fallet i något relevant avseende skiljer sig från det fall som den prejudicerande domen avsåg. Denna i litteraturen alltid framhållna möjlighet är emellertid kanske mindre intressant än det sätt på vilket steg för steg och nästan omärkligt alltmer *generella* rättsregler byggs upp genom en lång serie av prejudikat. Detta förhållande tycks vara typiskt för rättsbildningen inom common law och det har karakteriserats som *reasoning by example* (Levi, 1951, s 1). Ett paradexempel är utvecklingen i amerikansk rättspraxis i fråga om säljares skadeståndsansvar för skador på en skadebringande egenskap i det försålda godset. Levi (1951, s 7 ff) beskriver en mer än hundraårig rättsutveckling, där det ena prejudikatet fogas till det andra i en lång serie. Därvid är påfallande, hur angelägna domstolarna är att formulera sig så, att någon mer generell regel inte så lätt skall låta sig kunna utläsas ur deras domar, sedda i förbindelse med tidigare avgöranden. Och ännu drygt 100 år efter initialfallet Dixon v Bell 1816 varnar Levi (s 19) mot tron, att en "färdig" generell regel på området skulle vara utbildad. Minimaliseringsgreppet är här, kan man säga, i högsta grad rättsbildningens ledstjärna.

Det hittills sagda har handlat om domstolarnas fria rättsskapande verksamhet, dvs en rättsbildning som ej bestått i tolkningar av lagar. Jag skall nu säga något om stabilitets- respektive förändringsfrämjande tankar rörande lagtolkning inom rättskipningens ram.

En stabilitetsbevarande idé vad avser rättsbildning på domstolsplanet är självfallet legalitetstanken. Dess innebörd är ju att — i förutsebarhetens, rättssäkerhetens intresse — rättsutveckling genom lagtolkning på tillämpningsnivån bör motverkas. Nära besläktad med legalitetstanken är uppfattningen att tolkning av lag som är dunkel, och rättsskapande där lagen tiger, skall ske lojalt ("i lagens anda") gentemot lagstiftaren, sådan han framträder i lagförarbeten och i andra lagar. Denna inställning har jag i annat sammanhang (Frändberg, 1973, s 159 ff) kallat "lojalitetsprincipen". Denna har intimt samband med vanliga föreställningar om maktdelning i demo-

kratiska stater. (Att en med ortodox konsekvens upprätthållen lojalitetsprincip inte är något önskvärt har jag därvid kraftigt understrukt; jfr kap 1.) Också denna princip är ägnad att motverka radikala rättsförändringar på rättskipningsnivån.

Ju starkare legalitetskravet gör sig gällande, desto mer krystad från rent intellektuell synpunkt ter sig ofta den ideologi som skall rättfärdiga — eller dölja — rättsförändringar i praxis. Här frodas friskt idéer och tankemönster, som står i kryptoförändringens tjänst. Ett standardexempel härpå är den s k exegetiska skolans lära, som var den förhärskande i Frankrike under 1800-talet.

Nära förbundet såväl med kravet på att regelsystemet skall präglas av principiell konsekvens som med lojalitetsföreställningar är det juridiska analogitänkandet. Detta innebär, att regelbildning genom rättspraxis, där lag saknas, skall ske genom en medelbar användning av existerande regler. Analogitänkandet har också det en stabilitetsbevarande funktion och kan ses som en variant av minimaliseringsgreppet.

Ett rättssystem av svensk typ kan liknas vid en konfektionstillverkad kostym. Det är i huvudsak fabricerat av lagstiftaren. Sedan är det ändringsskräddarens — dvs domarens — sak att i detaljer anpassa kostymen till bärarens anatomiska egenheter: vidga byxorna en aning i midjan, lägga ner ärmarna någon centimeter och så småningom kanske sätta en diskret lapp i baken. Först försiktigt, försiktigt, så att kostymen inte ser ändrad ut. Detta sker medelst trygga analogier och varsamma reduktioner; men varsamheten kan man släppa efter på mer och mer, ju äldre lagen blir, precis som med byxan. Och till slut kanske man rentav slänger bort byxorna — gör regler obsoleta — och köper ett par udda byxor till kavajen i stället.

Lagtolkningsmetodernas funktion att så att säga stabilisera, eller minimalisera, rättsförändringar i praxis framträder även i en metod, som på grund av dess frigjorda hållning till lagens ordalydelse benämnts "radikal", nämligen Ekelöfs teleologiska metod (Ekelöf, 1951). Själva poängen med denna metod, som jag uppfattat densamma, är just att tillskapa en lag användningsteknik, vilken, samtidigt som den tillåter en smidig anpassning till det ändamålsenliga, ändå innebär en anpassning, som är baserad på lagen och förankrad i denna. Någon fritt värderande rättskapande verksamhet hos domaren är det inte fråga om. Visserligen är metoden inte förankrad i lagens ordalydelse utan däri, att lagens ändamål fastställs för de s k ordinära fallen, dvs de fall som utan varje tvekan bör bedömas enligt den

ifrågavarande lagbestämmelsen. Detta är likväl en stabilitetsbevarande komponent i metoden i fråga. Juristen bör, framhåller Eke-löf, helt ställa sig på den gällande rättens standpunkt.

Lagtolkningslärorerna har utmejslats under trycket av de krav som ställs på juristerna att tillgodose å ena sidan legalitet, konstans och likformighet och å den andra sidan anpassning till ändrade samhälls-förhållanden och idéer. Den juridiska argumentationstekniken — för att använda Ahlanders term (Ahlander, 1950, passim) härför — är därför i hög grad ett instrument för kryptoförändringar, för upp-rätthållandet av skenstabilitet.

Detta förhållande leder ofta till ett i juridiken vanligt fenomen, som skulle kunna kallas "rättsglidning": ehuru lagregelns ordalydel-se förblir oförändrad, förändras under tidens lopp regelns rättsfak-tummängd (tillämpningsområde) genom extensioner, inkorporering genom analogi, restriktioner och reduktioner. Ett extremfall är obsolescensen: hela rättsfaktummängden är utmönstrad, reducerad, och kvar finns bara ett tomt skal i form av en språklig formulering i lagen. (Om fenomenet i fråga se vidare Frändberg, 1973, s 72 ff.)

6.3.3. Idéer hänförliga till lagstiftningen

På detta område har i västerländsk juridisk ideologi sedan 1700-talet två idéer kämpat mot varandra, vilka vi kan benämna "den restrikti-va" respektive "den expansiva lagstiftningsideologin". Den förra står i stabilitetens tjänst, den senare i förändringens.

Den restriktiva lagstiftningsideologin företräds främst av den his-toriska skolan och framträder klart hos dess banérförare Savigny (se Savigny, 1814). Ideologins huvudtankar är föreställningen om rät-tens ursprung i folkmedvetandet, den spontana rättsutvecklingen, lagstiftningens oförmåga att uttrycka det folkliga rättsmedvetandet i dess fulla nyansrikedom och det därav betingade kravet på försiktig-het med lagstiftning. (Det har sitt intresse att notera, att Hegel inte alls delade Savignys avvisande attityd gentemot lagstiftning, utan tvärtom ogillade denna; se Dalberg-Larsen, 1977, s 208 f.) En med Savignys överensstämmande lagstiftningsfientlighet återfinns hos amerikanen James Coolidge Carter i arbetet "On the Proposed Co-dification of our Common Law" (Carter, 1884). Sedvanan är, enligt Carter, grunden för varje rättssystem och lagstiftning, som kränker denna, är dömd till verkningslöshet. Carter motarbetade därför för-sök till lagstiftning i större skala i USA (se Dalberg-Larsen, 1977, s 341 f).

Mot dessa föreställningar står den expansiva lagstiftningsideologin. Denna ingår som en viktig komponent i upplysningstidens samhällstänkande. Dess främste företrädare är Bentham (Bentham är, sin naturrättsfientlighet till trots, en utpräglad upplysningsman) och kretsen av philosophical radicals kring honom. I tillspetsad form präglas denna lära av en hart när obegränsad tilltro till lagstiftarens förmåga att genom produktion av lagar åstadkomma omfattande samhällsförändringar.

Ett viktigt korollarium till denna uppfattning är idén — som också återfinns hos ett annat barn av upplysningstiden, Beccaria — att om bara framstegsvänliga, klara och heltäckande lagar väl har producerats, en hög grad av legalitet kan — och bör — upprätthållas och rättsskapande genom praxis kraftigt reduceras. Den expansiva lagstiftningsideologin är här intimt förenad med strikta legalitets- och lojalitetskrav. Bentham såg med ohöjlt förakt på den dåtida engelska rättskipningsverksamheten och denna motvilja präglar också, ehuru i mindre grad, hans lärjunge Austin. Mot Savignys lagstiftningsfientlighet riktar den sistnämnde en skarp kritik (Austin, 1861—63, lecture 39).

Jag skall till sist, i anslutning till framställningen i kap 5, behandla en stabilitetsbevarande lära, vilken hänför sig till problem, som möter vid lagändringar, alltså övergångsrättsliga problem.

Som framgått av föregående kapitel förhåller det sig ingalunda på det enkla viset, att, om man väl beslutat sig för att ändra lagen, därigenom skulle ske ett totalt brott med äldre rätt — att man skulle göra tabula rasa med denna och starta på helt ny kula. Ty man har alltid att ta ställning till de rättsförhållanden, de positioner, som redan faktiskt existerar vid lagbytestillfället och vilka är etablerade genom den äldre rätten. Dessa situationer utgör s k pendensfall och de aktualiserar problematiken rörande ingrepp i bestående rättsförhållanden.

På detta område har striden stått hård mellan stabilitetsförsvarende och förändringsvänliga krafter — låt vara att det för de förstnämndas del i detta fall endast varit fråga om ett uppehållande försvär. Frågan har gällt hur drastiskt och hur snabbt den av lagstiftaren åsyftade rättsändringen skall ske. Uppbådet av rationaliserande läror har här varit betydande.

Två principiella huvudlösningar på problemet har angivits i kap 5: infrapendensprincipen, som säger att den gamla lagen skall gälla för pendensfallen, samt retropendensprincipen, som säger att den nya

lagen skall gälla. Den förra är, i det perspektiv som anläggs i förevärande kapitel, av stabilitetsbevarande karaktär och den senare av förändringsvänlig.

En lära, som mobiliserats till stöd för infrapendensprincipen och som är ett praktexempel på stabilitetsbevarande juridisk idébildning, är *läran om välförvärvade rättigheter* (droits acquis, wohlerworbene Rechte). Denna har därtill spelat en icke obetydlig roll i praktiken.

Läran om välförvärvade rättigheter var vida spridd under 1800-talet och början av vårt sekel. Dess centrum var Frankrike, men dess genomslagskraft var stor även i länder som Tyskland och Italien. Man kan också spåra drag av den i förarbetena till svensk lagstiftning från denna tid, t ex 1895 års bolagslagstiftning. (Se framställningen av läran hos Rodhe, 1943, s 45 ff.)

Vad läran närmare besett går ut på är inte lätt att fastslå på grund av dess starkt nebulösa karaktär och den finns dessutom i ett antal variationer. Kärnan i densamma torde dock kunna sammanfattas i följande tre punkter:

- (1) Det finns rättigheter, som är välförvärvade, och det finns rättigheter, som inte är välförvärvade.
- (2) För de välförvärvade rättigheterna (och endast dessa) skall infrapendensprincipen gälla. De skall vara skyddade, immuna, mot ny lagstiftning.
- (3) Skälet till att de välförvärvade rättigheterna skall vara immuna mot ny lagstiftning är att de är välförvärvade.

Detta är ju inte särdeles upplysande, särskilt som man inte klart får reda på, vilka rättigheter, som är välförvärvade och vilka som inte är det. Som ett exempel på en icke välförvärvad rättighet har i litteraturen nämnts den rätt en testamentstagare har gentemot testator så länge denne lever — en expektativ rätt, som man säger. Men när testator avlider, förvandlas denna expektativa rätt till en välförvärvad sådan.

Som ofta framhållits finns det ett påtagligt naturrättsligt inslag i denna lära. Och naturrättsidéer låg ju också förpuppade i den samtida franska positivismen.

En kanske något oväntad företrädare för denna lära är Ferdinand Lassalle, som ju annars främst är känd som en av den tyska socialis-

mens fäder. I arbetet "Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze" (Lassalle, 1880) underbygger han lidelsefullt läran om välförvärvade rättigheter med argumentet att, om lagstiftaren ingriper i etablerade, genom parternas fria vilja konstituerade rättsförhållanden, så kränker han deras fria vilja, deras frihet att välja, och det är, utropar Lassalle med tidens smak för storslagna tomheter, "den absoluta icke-rätten".

Kritiken mot läran om välförvärvade rättigheter har varit stark. På ett analytiskt plan har man frågat sig, dels vad som egentligen menas med en välförvärvad rättighet — är inte *alla* juridiskt korrekta rättigheter välförvärvade? — och dels: Varför skall just välförvärvade rättigheter vara immuna mot ny lagstiftning — varför *alla* sådana och *inga* andra? På ett rättspolitiskt plan har man attackerat dess konserverande tendens. Den moderna övergångsrättens klassiker, Roubier, har inte ord nog för att uttrycka sitt förakt för den tankeröra, som läran om välförvärvade rättigheter utgör. Och självfallet låter sig de argument som talar för infrapendensprincipen på ett betydligt mer pregnant sätt artikuleras, om denna besynnerliga lära definitivt överges.

Bibliografi

- Affolter, F* (1902). Geschichte des intertemporalen Privatrechts, Leipzig.
- (1903). System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts. Leipzig.
- Ahlander, B* (1950). Är juridiken en vetenskap? Uppsala.
- Alchourrón, C & Bulygin, E* (1971). Normative Systems. Wien och New York.
- Anners, E* (1975). Den europeiska rättens historia. 1. Uppsala.
- Austin, J* (1861—63). Lectures on Jurisprudence. Vols I—III. London.
- Bolding, P O* (1975). "Missbruk av ordet 'rättsregel'". I Filosofi och rättsvetenskap (red B Belfrage & L Stille), Lund, s 27 ff.
- Carter, J C* (1884). On the proposed Codification of our Common Law. New York.
- Cavaglieri, A* (1904). Diritto internazionale privato e diritto transitorio. Verona och Padua.
- Dalberg-Larsen, J* (1977). Retsvidenskaben som samfundsvidenskab. Diss. Köpenhamn.
- Dennemark, S* (1961). Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål. Stockholm.
- Dworkin, R* (1967). "The Model of Rules", The University of Chicago Law Review, 35, s 14 ff.
- Eckhoff, T* (1969). "Når foreligger kollisjon mellom rettsregler?". I Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm, Oslo, s 79 ff.
- Eckhoff, T & Sundby, N K* (1975). "The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence". I Scandinavian Studies in Law, vol 19, s 123 ff.
- (1976). Rettssystemer. Oslo.
- Eek, H* (1967). Internationell privaträtt. Stockholm.
- (1975). Folkkrätten. 2 uppl. Stockholm.
- Ekelöf, P O* (1951). Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund.

- (1964). "Förhållningsregler och domsregler". I Festskrift tillägnad Karl Olivecrona . . . , Stockholm, s 166 ff.
- (1969). "Uttrycket 'gällande rättsregel'". I Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholt, Oslo, s 109 ff.
- (1974). Rättegång. Första häftet. 4 uppl. Stockholm.
- Falk, P* (1976). Straffrätt och territorium. Diss. Stockholm.
- Finnis, J M* (1973). "Revolutions and Continuity of Law". I Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series (ed A W B Simpson), Oxford, s 44 ff.
- Friedmann, W* (1967). Legal Theory. 5th ed. London.
- Frändberg, Å* (1973). Om analog användning av rättsnormer. Diss. Stockholm.
- (1976). "Skiss till en dynamisk rättsteori". Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, Helsingfors, s 108 ff.
- (1982). "Some Reflections on Legal Security". I <320311> Philosophical essays dedicated to Lennart Åqvist . . . (Philosophical Studies published by the Philosophical Society and the Department of Philosophy, University of Uppsala, No 34), Uppsala, s 41 ff.
- Grahl-Madsen, A* (1979). "Conflict between the Principle of Unitary Succession and the System of Scission", The International and Comparative Law Quarterly, London, s 598 ff.
- Hagstedt, J A* (1975). Retroaktiv skattelag. Lund.
- Hart, H L A* (1961). The Concept of Law. Oxford.
- Hedenius, I* (1963). Om rätt och moral. 2 uppl. Stockholm.
- (1975). "Analysen av äganderättsbegreppet". I Filosofi och rättsvetenskap (red B Belfrage & L Stille), Lund, s 37 ff.
- (1978). "Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen". I Uppsala-skolan — och efteråt (utg S Strömholm), Uppsala, s 41 ff.
- Hellner, J* (1969). "Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning". I Festskrift til Professor, Dr Jur & Phil Alf Ross, Köpenhamn, s 205 ff.
- (1974). Köprätt. 4 uppl. Stockholm.
- Hempel, C & Oppenheim, P* (1936). Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Leiden.
- Hjerner, L A E* (1973). Om Rättsfallstolkning. 2 uppl. Stockholm.
- Hult, Ph* (1952 a). "Lagens bokstav och lagens andemening", Svensk Juristtidning, s 579 ff.
- (1952 b). "Perpetuatio obligationis". I Hult, Juridisk debatt, Uppsala, s 137 ff.

- Jareborg, N* (1975). *Förmögenhetsbrotten*. Stockholm.
- (1979). "Regler och riktlinjer", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s 385 ff.
- Kelsen, H* (1952). *Principles of International Law*. New York.
- Lagerroth, F* (1955). "Rättskontinuitetens problem i Sverige 1809 sett i belysning av den rena rättsläran". I *Festskrift tillägnad Nils Herlitz*, Stockholm, s 204 ff.
- Larsson, S* (1975). "De processuella normernas systematik". I *Filosofi och rättsvetenskap* (red B Belfrage & L Stille), Lund, s 63 ff.
- Lassalle, F* (1880). *Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*. 2 uppl. Leipzig.
- Level, P* (1959). *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*. Diss. Paris.
- Levi, E H* (1951). *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago.
- Lindahl, L* (1977). *Position and Change*. Diss. Uppsala.
- Löfmarck, M* (1974). *Straffrättens konkurrensproblem*. Stockholm.
- Malmström, Å* (1959). "Jämförande rättsvetenskap". I *Festskrift tillägnad Halvar Sundberg*, Uppsala, s 270 ff.
- Mattsson, N* (1978). *Svensk internationell beskattningsrätt*. 5 uppl. Stockholm.
- Olivecrona, K* (1966). *Rättsordningen*. Lund.
- Peczenik, A* (1974). *Juridikens metodproblem*. Stockholm.
- Raz, J* (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford.
- Rodhe, K* (1943). "Något om retroaktiv civillagstiftning", *Bilaga till Kungl Prop 1943:320*, s 37 ff.
- (1944). *Gränsbestämning och äganderättstvist*. Lund.
- (1966). *Lärobok i obligationsrätt*. Stockholm.
- Ross, A* (1953). *Om ret og retfærdighed*. Köpenhamn.
- (1963). *Varför demokrati?* Stockholm.
- Roubier, P* (1960). *Le droit transitoire*. 2 uppl. Paris.
- Savigny, F C von* (1814). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg.
- Strahl, I* (1979). *Makt och rätt*. 8 uppl. Stockholm.
- Strahl, I m fl* (1955). *Om påföljder för brott*. 2 uppl. Stockholm.
- Strömberg, T* (1969). "Lathund för lagläsare". I *Logik, rätt och moral*. Filosofiska studier tillägnade Manfred Moritz, Lund, s 191 ff.
- (1972). "Om retroaktivitet". I *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm, s 664 ff.
- Strömholm, S* (1969). "Till definitionen av begreppet 'rättsregel'",

- Svensk Juristtidning, s 168 ff.
- (1974). "Det juridiska systembegreppets uppkomst och utveckling", Tidsskrift for Rettsvitenskap, s 225 ff.
 - (1975). "Har juridiken en framtid?", Svensk Juristtidning, s 593 ff.
 - (1979). *Idéer och tillämpningar*. Lund.
 - (1981). *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. Lund.
 - Sundberg, J* (1975). "Rättskällorna på 1900-talet". I *Filosofi och rättsvetenskap* (red B Belfrage & L Stille), Lund, s 171 ff.
 - (1977). "Högskattensamhället". *Skrifter utgivna av institutet för offentlig och internationell rätt*, no 39, Stockholm.
 - (1978). fr Eddan t Ekelöf. Malmö.
 - (1980). *Agges huvudpunkter av den allmänna rättsläran*. 3 uppl, reviderad och omarbetad av J Sundberg. Stockholm.
 - Sundby, N K* (1974). *Om normer*. Oslo.
 - Tiberg, H* (1971). *The law of demurrage*. 2 uppl. Uppsala.
 - Villey, M* (1968). *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris.

Abstract

Author: Frändberg, Åke
Title of the book: Rättsregel och rättsval (The Concept 'Legal Rule' and Choices of Law)
Stockholm, 1983, pp. Monograph.
Author's place of work: Faculty of Law, Uppsala University, Sweden.

Subject of study in this book is (i) the concept 'legal rule': its meaning, use and merits in legal discourse, and (ii) different kinds of conflicts between legal rules and between systems of legal rules. A number of concepts accessional to 'legal rule' are analyzed, e.g., observance and administration as well as expediency, effectiveness and validity of legal rules, and their being in force. Different classifications of legal rules are worked out. A "realistic" (praxeological) concept of validity is argued. Two kinds of conflicts between legal rules within a legal system are defined: normative collision and competition (Ger. Konkurrenz). Also conflicts between national legal systems and between national and extra-national systems are analyzed. A considerable part of the book is occupied with a study of intertemporal legal problems — problems arising when statutory provisions are changed by the legislator. Special attention is paid to problems concerning retrospective legislation. A conceptual framework similar to the ordinary musical notation is worked out and problems and solutions are discussed from the point of view of principle. Here, as in the book at large, legislative problems are emphasized. Finally, the old tension between legal continuity and legal change is mirrored in certain legal ideologies.

Sakregister

- accessoriska begrepp 18, 46, 69
- adekvat myndighetsadresserad motsvarighet 51 f, 61
- aktualisator 130, 157, 166, 174
- allmän rättslära 11 ff, 23, 26, 70, 141 f, 151
- alternativregel 31, 41
- analogitänkandet 15, 193
- anknytning 118, 120, 128—133, 138, 143, 146, 172, 174
- antitetiskt förhållande 87, 90 f, 93
- avtal 132 f, 139, 156, 173, 188 ff
- avvisningsgräns 123
- avvisningsregel 122 f

- basregel 74, 83
- B-kraft 152—157, 159—169, 172, 174 f, 180 f
- brytande (mot regel) 46 f, 50
- bättre version 68
- böraregel 47 f, 56

- causa 156 f, 174
- causa finita 156 f, 163, 179 f
- causa pendens 156 f, 174, 178
- clausula rebus sic stantibus 189 f

- datio in solutum 190
- datio solvendi causa 190
- definitiv regel 74, 83
- den expansiva lagstiftningsideologin 194 f
- déni de justice 123
- den juridiska rättens ofrånkomliga osäkerhet 64, 67
- den restriktiva lagstiftningsideologin 194
- derogation (av domsrätt) 119, 125
- derogationsprinciperna 97

disjunktion (dis) 86, 92, 107, 113
 domsats 73
 domsregler 29, 54

 effektivitet (hos regel) 57, 64
 efterlevande (av regel) 46—51, 56 f, 157
 elementär regel 79, 146
 expektativ rätt 196

 facta futura 155 f
 facta pendentia 155 f, 162, 168 f, 172 f, 175, 181 f
 facta praeterita 155 f, 162 f, 174 f, 181 f
 fall 76, 88 f, 119, 150, 155 f
 fasadlegitimation 23 f
 F-kraft 152—155, 161 f, 164—169, 175, 182
 formalism 19 f
 formella lagkraftens princip 100 f
 förbindelseproblem (mellan rättssystem) 123—128
 förbud 47, 52 ff, 56, 87
 förhållningsregel 29
 förklätt juridiskt normativ 34, 49

 genomslagskraft 163 f, 169 f, 175, 180
 giltighet 57—68, 158—161
 etisk 58
 naturrättslig 58
 positivrättslig 58, 60, 62 f
 total 159
 gästregel 63

 harmonisering(slösning) 124, 126 ff, 134
 huvudtyp för regelval 85, 89 f, 91 ff, 106—110

 idealtyp 118—121, 126, 164 f, 186
 identitet (id) 86, 92, 107
 ikraftkriterier 150 f
 ikraftträdande 150 ff, 157, 160, 162—166, 174 f, 180
 ikraftvarande 62, 129 f, 140, 150—155, 157 ff, 165, 182 f
 generellt 154
 ospecificerat 151, 153
 relativiserat 154

Impossibilium nulla est obligatio 115, 190
 individuationsproblemet 33
 individuell rättsnorm 73
 infraaktivitet 153 ff, 162 f, 165 ff
 infrapendens 162
 infrapendensprincipen 170—174, 195 ff
 inskränkning (ins) 86, 92, 107, 112
 interferens (int) 86, 92, 107 f, 114
 internationell kollisionregel(-norm) 62, 120, 124, 128, 137 f, 140,
 143, 146
 isoleringseffekten 104

juridik 44, 65, 104
 juridisk sats 34 f
 juridiskt normativ 34 f
 juridiskt normativfragment 35
 jurisdiktion 119 f
 jurisdiktionskonflikt 135
 jurisdiktionsområde 121, 131, 135

koherensregel 146
 kollektiv olägenhet 91, 102 f, 115
 kollision 84 f, 90 f, 103, 146
 ettfallskollision 89 f, 92 ff, 96 f, 106, 110
 flerfallskollision 90, 93—97, 101, 110
 regelkollision 85, 91—101
 kompetenskonflikt 125
 kompetensregleringslösning 124 ff
 kompletterande regel 75 ff, 79 f, 82
 konkurrens 84 f, 90 f, 102 f, 105, 112, 146
 ettfallskonkurrens 88 f, 94, 106—110, 112, 115
 flerfallskonkurrens 88, 90, 94, 109 f, 112, 115 f
 flerfallskonkurrens, beroende 112 f
 likartad 106, 109
 regelkonkurrens 85, 91, 101—117
 konkurrensförutsättningar 101—106
 kontinuitetstänkandet 16
 kryptogreppet 187, 191—194
 kvalificering 71, 81
 kvalifikationssats 36

kärnregel 75 ff, 80, 82

lagsekvens 144 f

legaldefinition 48 ff, 57, 76

legalism 19 f, 60

legalitetstanken 101, 192—195

lex imperfecta 53

lex posterior-principen 97—100

lex specialis-principen 93, 96—101, 108, 112, 115

lex superior-principen 97, 99 f

likhetstänkandet(-idealet) 15, 105, 172, 178

lis pendens 88, 125

lojalitetsprincipen 20 ff, 192 f

lösningsanvisning 111, 114

lösningssmögghet 111

lösningssprincip 111

minimaliseringsgreppet 187, 190—193

modalitet 31, 87, 93

modellregel 74, 83

monopolattityd 134 f

moralistisk attityd 58 ff

naturrätt 58 ff, 62, 67, 131 f, 142, 176, 179, 188, 195 f

naturrättens fyra grundfrågor 59 f

naturrättslegalistisk attityd 58 ff

non liquet 123

norm 43, 157

normativfragmentarisk utsaga 48 f

normfaktummängd 85 ff

normrelation 85, 91, 93

normtema 31

obiter dicta 191

objektiv kumulation 103, 105

obsolescens 62, 85, 87, 100, 129 f, 159 ff, 193 f

operationsområde 118, 121 ff, 132

maximalt 118—121, 126, 131

Pacta sunt servanda 188 ff

partsanspråkets isolering 104

- perfektionspunkt 156, 168, 172
- perpetuatio obligationis 190
- position 35, 37, 185—190, 195
- positionsdeduktion 36 f
- positionskoncentrat 36 f
- positionssats 36 f
- positivrättslegalistisk attityd 58 ff
- prestationsfördelningslösning 124, 127 f
- princip 41 f
- prognoseori 62
- promulgation 151, 162, 164 ff
- proposition (Eng) 17, 43
- prorogation 122, 126, 130 f
- prövningsområde 121 ff
- prövningsval 84
- påbud 46 ff, 52 f, 56, 87

- ratio decidendi 191
- reasoning by example 191
- reception 126 f
- reduktion 21, 31, 81, 85, 87, 95, 97, 100, 193
- regelinskränkning 95, 110, 116
- regelskepsis 16
- regeltänkandet 15
- regelval 84, 87, 103
- relationssystem (för rättsregler) 28 f
- res judicata (rättskraft) 88, 121 f, 125, 157, 180
- retroaktivitet 120, 137 f, 142, 152—158, 162 f, 166 f, 170, 172—182
 - exklusiv 175
 - in mitius 178
 - restitutiv 157, 162 f, 179 ff
- retropendens 162 f, 168—174, 181
- retropendensprincipen 170 ff, 195
- revir (legaldefinitions) 49, 57
- riktlinje 41 f, 98
- rule-scepticism, se regelskepsis
- rules of adjudication 29
- rules of change 29
- rules of recognition 29
- rättighetstänkandet 15

rättsdogmatik 65—68
 rättsfaktummängd 85 ff, 89, 92 f, 95, 108, 112, 114, 152, 194
 rättsförändring 186
 rättsglidning 126, 194
 rättsgrund 30, 56, 180
 rättskipningspraxis 58, 61 ff
 rättskraft, se res judicata
 rättskällelära 58, 61, 63 f
 rättsligt substitut 53
 rättsmorfologi 119
 rättsordning 131 ff
 rättspositivist 59 f
 rättspraxis 62
 rättsregel 37, 40 f, 42 ff, 45, 63, 68 f, 70, 90, 142
 atomär 73, 81 ff
 fragmentarisk 57, 72, 74—83
 generell 39, 191 f
 generellt adresserad 37 ff
 generellt adresserad, simultant 38 ff
 generellt adresserad, successivt 38 ff
 gällande 32, 57—68
 gällande, juridiskt 64
 individuell 39 f
 individuellt adresserad 37 ff
 iterativ 37 ff
 iterativ, kontinuerligt 39 f
 iterativ, periodiskt 39 f
 juridiskt möjlig 64
 medborgaradresserad 50—53, 61, 78, 153, 157
 molekylär 73, 79—83
 momentan 37—40
 myndighetsadresserad 50—55, 61, 78, 153, 157
 oskriven 44
 permissiv 47 f, 56
 primär 29, 79, 153
 sekundär 29, 55, 78 f, 153
 tolkad 81
 välutvecklad 72, 77 ff, 83
 rättsregelsats 36 f, 39, 44 f
 rättssats 35

rättsstat 151, 160, 175 f, 179 f

rättssystem

extranationellt (icke-statligt) 118, 120 f, 123 f, 126 ff, 131, 146

intertemporalt (icke-momentant) 118—121, 124, 128 f, 143 ff

maximalt specificerat 37

momentant 118 f, 124, 128 f, 131 ff, 144 ff, 191

religiöst 120, 123, 126, 131 f

rättssäkerhet 60, 64, 96, 140, 151, 159, 166 f, 171 f, 175—178, 180, 192

rättsval 12, 84 f, 143 f, 146

rättsvalsregel 79, 146

samarbetsrätt 125

samlevnadsattityd (rättssystem emellan) 134 f

sanktionsregel 75 ff, 80, 82

serviceattityden 135

simulaktivitet 153 f

självhävdelseattityden 135

självtilräckliga attityden 135

skenstabilitet 187, 192, 194

specificering 72, 78—83

standard 127

standardform 72, 78, 83

stare decisis 191 f

Stufenbau 29, 188

subjektiv kumulation 105 f

subsidiär regel 75 f, 82

substitutionsregel 75 ff, 82

systemsekvens 145 f

systemtänkandet 15

systemvalslösning 124, 128

teleologisk metod 193

terminus ad quem 149, 156 f, 168

terminus a quo 149, 157, 168 f

tidsriktningen 149

tillämpning 50 f, 54—57, 61, 63, 65, 90, 157 f, 160

tillämpningsinskränkning 95, 110, 116

tillämpningsrelation 85, 89, 91, 109

tillämpningssituation 85, 87 ff, 91, 95, 103, 109
 iterativ 87 f, 103
 tolkning 72, 81 ff, 97
 tolkningsretroaktivitet 165 f
 tolkningsval 84
 tom regel 159, 161
 totalt rättsläge 186
 transformationsregel 51 f, 54

 undergivna attityden 135
 unicitetsprincipen 95, 113 f
 unifikation 126
 ur kraft-kriterier 150
 utbytbarhet (av regler) 51
 utsaga 43—46, 63

 valfrihet 56
 verkställighetsregler 29, 54
 välförvärvad rättighet 138, 196 f

 ändamålsenlighet 55 ff

 öppen attityd 134
 övergångsbestämmelse 79, 136, 140, 153, 157 f, 161, 165, 174 f, 182 f
 övergångsregel 79 f, 137, 139, 141, 143 f, 146, 160
 övergångsrätt 85, 136—139, 141 ff, 148, 151 f, 159, 197

Om rättsliga regel- och systemkonflikter i tid och rum

Rättsregler och rättsval vänder sig till jurister med intresse för juridiska grundfrågor och i synnerhet till dem som i sitt arbete möter problem rörande konflikter av olika slag mellan rättsregler och mellan rättssystem. Inte minst riktar sig boken till personer, som sysslar med lagstiftningsarbete. En analys av själva begreppet "rättsregel" och dess nytta i juridiskt tänkande inleder boken och därefter behandlas på ett principiellt plan praktiskt viktiga problem som kollision och konkurrens mellan lagregler, olika tekniska lösningar på internationella systemkonflikter samt problem rörande rättsreglers tillämplighet i tiden. Den viktiga frågan om retroaktiv lagstiftning tas därvid upp till ingående behandling. Författaren har eftersträvat att formulera problemen klart och pregnant och att redovisa argument för och emot principiella och rättstekniska lösningar av dessa.

Åke Frändberg är docent i allmän rättslära vid Uppsala universitet. Han har på Norstedts också gett ut *Om analog användning av rättsnormer* (1973).