

PER OLOF EKELÖF

ÄR DEN JURIDISKA DOKTRINEN
EN TEKNIK ELLER EN
VETENSKAP?

L U N D

C. W. K. GLEERUP

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

1015 2011

Juridikbokse

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>

SKRIFTER

UTGIVNA AV

JURIDISKA FAKULTETEN

I LUND

XIV

PER OLOF EKELÖF

ÄR DEN JURIDISKA DOKTRINEN EN
TEKNIK ELLER EN
VETENSKAP?

11/11/2019 10:10:10 AM

4. *Yucca elata* (L.) Rostk. Schmidt

[illegible]

1000

2000

• • • • •

5

1. *Microtus pennsylvanicus*

[illegible]

10

3

10

二

5

2

2

4

1

ÄR DEN JURIDISKA DOKTRINEN
EN TEKNIK ELLER EN
VETENSKAP?

AV

PER OLOF EKELÖF

L U N D

C. W. K. GLEERUP

Juridiska Institutionen
vid Uppsala Universitet

Lund 1951
Skånska Centraltryckeriet

ÄR DEN JURIDISKA DOKTRINEN EN TEKNIK ELLER EN VETENSKAP?

Rättsvetenskapen och den juridiska metoden befinna sig i en kris. Såväl praktiker eller teoretiker äro visserligen sällan medvetna härom. Men förmodligen förhöll det sig på samma sätt då den historiska skolan gick till storms mot naturrätten i början av 1800-talet samt då positivismen och frirättsskolan vid sekelskiftet satte in sin kritik mot begreppsjurispruden-sen. Den juridiska metoden har nog alltid tett sig som själv-klar för de flesta rättsvetenskapsmän och jurister. Att den-samma kritiserats från filosofiskt håll har man tagit med ro, enär man menat kritiken sakna praktiskt värde. Skärskådar man den juridiska metoden ur historiskt perspektiv, kan man emellertid ej undgå att lägga märke till hur densamma väx-lat under tidernas lopp. Den tanken ligger då nära till hands att man bör undersöka hur den för närvarande tillämpade metoden är beskaffad, vilka brister den uppvisar samt hur densamma bör modifieras för att komma i bättre överens-stämmelse med tidens krav.

För att kunna bedöma detta måste man företa vittgående undersökningar, vartill författaren av dessa rader varken haft eller kan väntas få något tillfälle. Det följande utgör innehållet i några föreläsningar, som jag våren 1951 hållit vid Lunds universitet, och vad jag har att säga baserar sig nästan helt på vissa erfarenheter jag gjort i min undervisning och mitt skriftställarskap. Förmodligen medför min bristande

förtrogenhet med den metodologiska litteraturen att en del av det följande vid närmare skärskådan befinnes ohållbart. Att jag ändå velat ge offentlighet åt mina åsikter sammanhänger med att dessa gå stick i stäv mot en tendens inom modern svensk rättsvetenskap som jag finner icke blott olycklig utan rent av ödesdiger för dennas framtid. Att jag gripit till pennan beror sålunda främst på att jag velat fästa uppmärksamheten härvid samt vid den problematik som framkallat den nuvarande krisen inom vår rättsvetenskap.

I det följande skall jag emellertid endast beröra den del av rättsvetenskapen som kan betecknas som "den juridiska doktrinen", d. v. s. sådana rättsvetenskapliga arbeten som förr betecknades som "dogmatiska" och som numera brukar kallas för "positivrättsliga". Och föremålet för min undersökning är sålunda frågan om arbeten av detta slag äro vetenskapliga eller tekniska? Jag måste då börja med att ange vad jag menar med dessa termer. Med att en framställning är vetenskaplig avser jag att densamma åsyftar att utreda verklighetens beskaffenhet. Vilken del av verkligheten som undersöks, är visserligen beroende av värderingar. Men själva undersökningen är såtillvida rent teoretisk att några värderingar icke förekommer i densamma. Vetenskapen ger icke svar på frågan genom vilket medel visst ändamål b ä s t realiseras utan endast på frågan om ändamålet k a n realiseras genom visst medel. Vidare må understrykas att ett problem måste vara av en viss svårighetsgrad för att kunna betecknas som vetenskapligt. Det är ingen vetenskaplig uppgift att utreda sådant om vilket man kan få kännedom genom s. a. s. titta om hörnet.

Vi övergå därefter till termen teknik eller teknologi, som man också säger. Ofta avses därmed sådana delar av vetenskapen som är av omedelbar praktisk betydelse. Som exempel kan nämnas att man till brobyggnadsläran hänför vissa delar av hållfasthetsläran. En framställning i brobyggnadslära kan emellertid vara "teknisk" även i en annan och mer speciell betydelse och det är denna som jag kommer att begagna mig

av i det följande. Antag att författaren behandlar frågan hur man skall bygga järnvägsbroar. Härvid måste han utreda hållfastheten av olika byggnadsmaterial samt det pris dessa betinga. I dessa delar är hans framställning givetvis teoretisk. Men antag att han härvid av olika tänkbara material rekommenderar det billigaste och minst hållfasta. Denna rekommendation kan ej grundas enbart på den teoretiska utredningen, hur grundlig och detaljerad denna än må vara. Författaren måste tydligen göra ett val mellan olika material och avgörande för detta är i sin tur en avvägning av den fördel som kostnadsminskningen medför mot olägenheten av att materialet är mindre hållfast. Som skäl för rekommendationen kan t. ex. åberopas att prisskillnaden är avsevärd medan risken för att materialet brister är mycket liten vilket slag man än väljer. Denna argumentation förutsätter uppenbarligen en värdering av den ifrågavarande kostnadsminskningen och riskökningen. Vad som karaktäriserar en i denna mening teknisk framställning är sålunda att författarens argumentation innehåller värderingar.

Emellertid må man lägga märke till att en teknisk framställning till vissa delar är teoretisk. Istället för teknik skulle man kunna tala om tillämpad vetenskap. Därmed understrykes att det är fråga om att utnyttja resultatet av vetenskapliga undersökningar vid bedömande av lämplighetsfrågor. Att detta är möjligt sammanhänger med det sätt på vilket man i en teknisk framställning argumenterar för sina värderingar. I det ovannämnda exemplet anförde författaren som stöd för sin rekommendation vilka verkningar det har att järnvägsbroar byggas av det ena eller det andra materialet. Tydligen hoppades författaren att kännedomen om dessa verkningar skall förmå läsaren att godta hans värdering och därmed även hans rekommendation som välbetänkt. Men fastställandet av dessa verkningar sker tydligen utan att man behöver företa några värderingar och i denna del är framställningen sålunda teoretisk eller m. a. o. av rent vetenskaplig karaktär

Det finns emellertid även andra sätt att argumentera för en värdering. Som skäl för en rekommendation kan man t. ex. åberopa Guds eller ledarens vilja eller att densamma överensstämmer med partiprogrammet. Sådana argument kunna äga stor slagkraft men de höra inte hemma i en framställning som pretenderar på att vara teknisk. Detsamma gäller åberopandet av en mer generell värdering — varom enighet antas råda — som argument för en mera speciell sådan. Jag skulle särskilt vilja understryka detta, enär Rodhe — om jag förstått honom rätt — menar detta vara det ordinära sättet att argumentera i tekniska framställningar.¹ Antag att som argument för rekommendationen i det ovan anförda exemplet anföres, att järnvägsbroar hellre böra byggas av säkrare än av mindre säkert material. På den eftertänksamme gör detta argument uppenbarligen icke samma intryck som om författaren istället åberopat hur mycket billigare och osäkrare det rekommenderade materialet är än de andra materialslag som komma ifråga. Specificeras verkningarna på detta sätt blir emellertid värderingen av desamma icke "mera generell" än värderingen av det rekommenderade handlingssättet, orsaken till de ifrågavarande verkningarna. Med att en värdering är mer generell än en annan kan man nämligen rimligen icke mena något annat än att det som värderas i det förra fallet är mer ospecificerat än i det senare. Att åberopa en mera generell värdering som argument för en mera speciell sådan är överhuvudtaget en smula lättvindigt. Även den mest äventyrslystne kan finna det motbjudande att kasta sig in i ett visst äventyr som erbjuder sig.

Angående en framställnings karaktär av teknisk skulle jag slutligen vilja understryka ännu en sak. Antag att i det tidigare exemplet författaren beslutat sig för att rekommendera det material, som föredras av specialisterna på området. Han företar med anledning härav en gallupundersökning bland dessa samt lägger resultatet härav till grund för

¹ Rodhe, *Knut*: Gränsbestämning och äganderättstvist, 1944, s. 5.

sin rekommendation. Denna undersökning är blott skenbart teknisk i den mening jag har tagit denna term. Vad författaren undersökt är i själva verket enbart den rent teoretiska frågan om vilket material som föredras av de ifrågasvarande specialisterna. Sedan detta skett ger sig valet mellan de olika materialslagen av sig självt. För att den behandlade frågan skall framstå som teknisk måste argumentationen tydligen avse verkningarna mellan de olika handlingssätt, var- emellan valet står.

Låt oss härefter övergå till spørsmålet om den juridiska doktrinen är en teknik eller en vetenskap i ovan angiven bemärkelse. Denna fråga torde bäst belysas genom diskussionen av ett konkret fall. För närvarande ligger ett mål angående strikt skadeståndsansvar under högsta domstolens bedöm- ande. Förhållandet var det att en kommun låtit genom sina befattningshavare utlägga rättgift, som var farligare än man haft anledning att räkna med. Några hundar och en katt åto av giftet, vilket blev deras sista måltid. Djurens ägare väckte ska- deståndstalan mot kommunen, varvid fråga uppkom om denna stode ansvar oberoende av culpa.

Antag nu att detta problem behandlas i en skadestånds- rättslig framställning samt att författaren kommer till det resultatet att kommunen skall ersätta ägarna för djurens vär- de även för den händelse någon vårdslöshet ej ligger kom- munen till last. Vad har denna sats för innebörd? Är den en rekommendation eller ett påstående? Med hänsyn till sat- sens språkliga form ligger det förra närmast till hands. Vis- serligen kan det synas egendomligt att begagna hjälpverbet skall och icke bör, om det är fråga om en rekommendation. Detta kan emellertid förklaras av att rekommendationen ej enbart riktar sig till den skadeståndsförpliktade utan även till domstolen för den händelse det skulle bli process om saken. Menar man kommunen böra utsättas för ett rättsligt tvång, om den ej frivilligt ersätter skadan, är det väl icke orimligt att säga kommunen s k o l a betala skadestånd.

Emellertid tillåter det begagnade uttryckssättet även en

annan tolkning. Författaren kan ha menat att om djurägarna väcker skadeståndstalan mot kommunen, så k o m m e r domstolen — under vissa ytterligare icke närmare angivna förutsättningar — med ganska stor sannolikhet att bifalla käromålet. Man må nämligen lägga märke till att författaren istället för att säga att kommunen "skall" betala skadestånd lika väl kunnat säga att denna "är förpliktad" därtill eller att "en sådan förpliktelse enligt gällande rätt åvilar honom". Dessa olika uttryckssätt används inom juridiken såsom synonyma.

Men vilken betydelse har då den ovan berörda satsen i den skadeståndsrättsliga framställningen? Ja, om satsen kan begagnas både i den ena och den andra funktionen, måste frågan besvaras med hänsyn till det s a m m a n h a n g i vilken satsen förekommer. Hit hör det bruk författaren gör av satsen, de konsekvenser han drar av densamma. Enligt vår förutsättning redovisade denne emellertid slutresultatet av sin undersökning genom den ifrågavarande satsen och drog sålunda inga konsekvenser av densamma. Till "sammanhanget" måste emellertid även räkas hans argumentation för satsen och sålunda blir denna avgörande för satsens funktion. Att argumentens n a t u r skulle vara sådan att desamma saknade varje förmåga att övertyga läsaren får betraktas som uteslutet.

Antag nu att författarens argumentation har följande karaktär. Han har genom förfrågningar hos domare och advokater fått fram en del likartade fall som tidigare kommit under domstolarnas bedömande. Vidare har han företagit en gallupundersökning bland våra domare om hur dessa skulle bedöma ett fall sådant som det förevarande. Detta material visar övervägande sannolikhet för att en domstol skulle anse strikt ansvar åvila kommunen. I samma riktning talar ett prejudikat, som visserligen icke angår skada genom giftverkan, men vilket författaren anser en svensk domstol sannolikt skulle betrakta som vägledande i den föreliggande frågan. Som stöd härför anföres de svenska domstolarnas

tolkningsvanor vid tillämpning av prejudikat på skadeståndsrättens område.

Det kan väl icke råda någon tvekan att den ifrågavarande satsen under dessa omständigheter bör fattas som ett påstående om de svenska domstolarnas beteende i visst avseende eller m. a. o. om domstolspraxis. Av de anförda argumenten kan man ju dra slutsatser om hur det föreliggande fallet kan väntas bli bedömt av en svensk domstol.

Emellertid kan man även tänka sig att den ifrågavarande författaren åberopar argument av helt annat slag som stöd för sin slutsats. Han understryker t. ex. det begagnade råttgiftets osedvanligt starka giftverkan samt vilket besvär det måste vålla hundägare, om de ej kunna låta sina djur gå lösa därför att det föreligger risk för att dessa ta skada av utlagt rättgift. Vidare göres gällande att den "otrygghet" det härvid är fråga om, minst är av samma storleksordning som i det tidigare av högsta domstolen avdömda fallet. Och slutligen påpekas att strikt ansvar visserligen medför större otrygghet för den skadeståndspliktige än culpost ansvar, men att betänkligheten häremot är mindre då ansvaret åvilar en kommun än om det vore fråga om enskilda medborgare.

Av dessa argument kan man ej dra några slutsatser angående hur en domstol sannolikt skulle komma att bedöma frågan. Visserligen äro de åberopade omständigheterna sådana som en domstol kan tänkas ta i beaktande. Men författaren fäller ju inga omdömen om vilken betydelse domstolen sannolikt skulle tillerkänna omständigheterna ifråga. Då strikt ansvar har större såväl preventiv som reparativ effekt än culpost ansvar, är det däremot klart att författarens argument kan tjäna som stöd för en rekommendation att anse kommunen ansvarig oberoende av culpa.

Vi övergå nu till frågan om den argumentation som förekommer i den juridiska doktrinen är av det ena eller det andra slaget. Härvidlag må först påpekas att man i doktrinen

påträffar en sorts argumentation som icke liknar något av de sätt att argumentera som berörts i det föregående. Låt mig anföra ett exempel härpå. För någon tid sedan deltog jag i en juridisk kongress i utlandet, där man debatterade möjligheterna att överklaga eller föra talan mot förvaltningsmyndighets beslut. En talare gjorde gällande att enligt hans hemlands rätt sådan klagorätt tillkom den som hade en "subjektiv offentlig rätt", medan motsvarande icke var fallet med den för vilken det ifrågavarande beslutet kunnat medföra endast en fördelaktig "reflexverkan". Han exemplifierade ej sin uppfattning men förmodligen kan följande fall anföras till belysning härav. Låt oss anta att import av viss vara är belagt med skyddstull. En importör av varan kan i så fall klaga över att han fått betala för hög tull. Däremot kan icke den som inom riket framställer samma vara klaga över att importören fått betala för låg tull. Antag vidare att den ovannämnde talaren skulle ha motiverat detta med att ett importerande av varan medför en subjektiv offentlig rätt för importören att ej behöva betala mer tull än som stadgats, medan samma omständighet för den inrikes producentens del icke skapat något annat än en fördelaktig reflexverkan.

Vad slags argumentation är det därvid fråga om? Ja, man får väl utgå från att med subjektiv offentlig rätt menas något annat än att importören bl. a. har klagorätt. Ty annars rör man sig ju i cirkel. Men vad avses då med denna "rättighet" som säges ha sin grund i de föreliggande omständigheterna och som själv åberopas som grund för rättsföljden? Ja, om något i den tidsligt-rumsligt givna erfarenheten synes det icke kunna vara fråga. Men i så fall kan rättighetens existens varken åberopos som argument för ett påstående om hur domstolarna bete sig eller för en rekommendation om hur de böra bete sig. Och om rättigheten icke är något verkligt, måste väl detta även gälla den därpå grundade rättsföljden. Hela resonemanget skulle sålunda avse något som försiggår i en från den vanliga verkligheten skild "rättens värld". Men

då kan detsamma varken ha något teoretiskt eller något praktiskt intresse.

I det följande bortser jag från den egendomliga form av argumentation som berörts i det föregående. Detsamma har ju åtminstone här i landet utsatts för så mycken kritik att den förefaller vara på avskrivning. En annan sak är att många rättsvetenskapsmän fortfarande anse sig med rättighet mena ett visst sakförhållande — vilket må lämnas därhän — som varken är identiskt med rättsfaktum eller rättsföljd. Vad som intresserar i detta sammanhang är endast i vad mån denna deras uppfattning också sätter spår i deras sätt att argumentera i juridiska frågor.

Men hur brukar man då i doktrinen argumentera för de där uppställda rättssatserna? Ja, det egendomliga är att i stor omfattning förekommer överhuvudtaget ingen argumentation vare sig av det ena eller det andra slaget. Författaren åtnöjer sig helt enkelt med att i viss systematisk ordning återge innehållet i lagar och klara prejudikat. Det torde inte finnas något rättsvetenskapligt arbete som icke åtminstone delvis är av detta slag. Av särskilt intresse i detta sammanhang är emellertid att en del arbeten nästan helt äro så beskaffade. Vilken karaktär har då ett dylikt arbete? Ja, närmast tillhands ligger väl att anse detsamma innebära ett återgivande av innehållet i vissa lagar och prejudikat. Låt oss emellertid anta att författaren i en del fall påpekar att viss fråga ej entydigt besvaras varken av lag eller prejudikat och i andra gör gällande att ett lagstadgande eller ett prejudikat t o r d e böra tolkas på visst sätt utan att han anger något skäl härför.

Vad handlar en sådan framställning om? Att påstå den enbart återge innehållet i lag och prejudikat är tydligen missvisande. Däremot förefaller det icke orimligt att anse den utgöra en beskrivning av domstolarnas beteenden. I ett rättsamhälle finns det ju goda skäl får att anta att domstolarna på d e t h e l a t a g e t följa de lagar, som promulgerats och sedermera icke upphävts. Och detsamma gäller klara preju-

dikat. Detta skulle härvid vara underförstått såsom självklart.

Å andra sidan förtjänar det understrykas att den ifrågavarande boken ej kan anses innehålla annat än en samling föga preciserade påståenden om domstolarnas beteenden. Innebörden av lagtexten kan ofta fattas på olika sätt, ty det allmänna språkbruket är vagt och vacklande. Och vidare anse sig ju domstolarna böra "tolka" lagen, vilket är något annat att fastställa dess innebörd enligt vanligt språkbruk. Författarens utsago att lagen torde böra tolkas på visst sätt får under sådana omständigheter fattas som en ren gissning om domstolarnas beteenden i ifrågavarande avseende. Och hans påpekande att lagen ej ger svar på viss fråga skulle ha till uppgift att fästa läsarens uppmärksamhet vid att författaren avhölle sig från varje påstående om hur denna bedöms i domstolspraxis.

Man kan emellertid ifrågasätta om ej den ovannämnda framställningen lika väl kan fattas som en samling rekommendationer till domstolarna att förfara i överensstämmelse med densamma. Det skulle då vara underförstått att domstolarna — av vissa uppenbara ändamålsskäl — böra åtminstone på det hela taget förfara som det anges i lag och klara prejudikat. Påpekandet att lagen ej besvarar viss fråga, skulle i så fall innebära att författaren avhåller sig från att ge någon rekommendation och hans påstående att lagen torde böra tolkas på visst sätt att han ger en sådan ehuru utan varje rekommendation. Han må nämligen lägga till att det allmänna språkbrukets ovan påpekande karaktär medför att en rekommendation att förfara i överensstämmelse med lagen strängt taget endast innebär ett mer eller mindre vagt angivande av de fall å vilka lagen enligt författarens uppfattning äger tillämpning. Någon närmare precisering av vilka dessa fall äro, har han icke givit sig in på.

Såvitt jag kan se äro de båda här berörda sätten att fastställa det ifrågavarande arbetets rättsvetenskapliga karaktär

lika berättigade. Utgår man från den distinktion jag här gjort mellan teknik och vetenskap finns det icke starkare skäl att anse framställningen vara av det ena än av det andra slaget.

Av det föregående kan den slutsatsen dras att i den mån det i en juridisk framställning behandlas några p r o b l e m, den härvid tillämpade metoden är avgörande för om arbetet är vetenskapligt eller tekniskt. Antag att det är fråga om att bedöma när förberedelsen är muntlig respektive skriftlig i gällande rätt. Någon kanske menar att detta är detsamma som att fråga efter i vad mån domstolarna a n v ä n d e r förberedelser av det ena eller andra slaget. Låt oss då anta detta. Men hur skall detta kunna bedömas? Att härvidlag dra några slutsatser enbart av RB 42:9 låter sig inte göra. Man vet ju ej ens om domstolarna känt sig strikt bundna av dess ordalydelse. Men även om detta vore fallet, motiverar lagen knappast någon annan slutsats än att muntlig förberedelse är vanligare än skriftlig sådan.

Å andra sidan kan ingen påstå att det saknas material för frågans bedömande. Man har ju alla de civilmål som avdömts sedan lagen trädde i kraft. Vidare kan man intervjua våra domare i frågan. Vilket resultat kan en dylik undersökning väntas ge? Ja, det är inte gott att veta. År 1912 tillfrågades de svenska underrättsdomarna om de vid svarandens utevaro meddelade tredskodom, då käranden endast åberopat räkning till stöd för sin talan. 49 häradshövdingar av 121 samt 28 borgmästare av 91 besvarade frågan jakande. De övriga meddelade treskodom endast då käranden åberopat skuldebrev eller på annat sätt bevisat sin fordran. Förmodligen skulle en undersökning av när domstolarna välja muntlig respektive skriftlig förberedelse ej giva ett så skiftande resultat. Men säkerligen skulle differenserna mellan olika domstolar visa sig vara avsevärda. Undersökningen skulle emellertid icke vara mindre intresseväckande för det. Ur rent vetenskaplig synpunkt måste ju varje forskning som leder till ökad kunskap om hur rättslivet faktiskt gestaltar sig vara

av värde. Vidare kunde det emellertid bli en tankeställare för vissa domare, om det visade sig att deras kollegor tillämpade lagen i en annan anda än de själva. Och slutligen kunde man söka utröna anledningen till den skiftande tillämpningen, något som helt säkert skulle bidra till förståelsen för förberedelsens praktiska funktion samt kunde föranleda rekommendationer med avseende på tolkningen av RB 42:9. För att inte tala om att de juridiska läroböckerna kunde göras mer levande och intresseväckande, om man hade tillgång till ett dylikt material angående rättslivets faktiska beskaffenhet.

En rättssociologisk undersökning kan emellertid även avse hur medborgarnas beteende påverkats av rättsordningens struktur. Som exempel kan nämnas frågan om den ökning av rättegångskostnaderna, som processreformen medfört, skapat större chanser för den förpliktade vid förlikningsförhandlingar. Man kunde nämligen tänka sig att de ökade kostnaderna medfört större villighet hos de berättigade att godta för dem ofördelaktiga förlikningsanbud. Förmodligen skulle intervjuer med ett större antal på lämpligt sätt utvalda advokater kunna ge klarhet i denna fråga.

Jag skulle vilja understryka skillnaden mellan undersökningar av detta slag och sådana som innebär att man på grundval av innehållet i lagar och prejudikat gör förutsägelser angående myndigheternas och medborgarnas beteenden. Lagboken och NJA tillåta sällan några säkra slutsatser härom annat än i frågor, som vilken jurist som helst utan vidare kan bedöma lika väl som en rättsvetenskapsman. Annorlunda är förhållandet med rättssociologiska undersökningar av ovan nämnt slag. Dessa äro icke blott mödosamma att utföra utan de kunna även leda till ökad kunskap om rättslivets faktiska struktur.

Under sådana omständigheter kan man förvåna sig över det ringa intresse rättsvetenskapsmännen ägnat rättssociologiska undersökningar. Vad som förekommit därav i vårt land finner man på det hela taget redovisat i Sveriges offent-

liga statistik samt Sveriges offentliga utredningar. Delvis beror väl detta på en förutfattad mening om att den juridiska doktrinen endast skall arbeta med vad man menar vara "juridisk" metod. Men väsentligen har man att finna förklaringen i att rättssociologiska undersökningar äro dyrbara och tidskrävande samtidigt som våra juridiska fakulteter äro mycket blygsamt utrustade såväl i personellt som materiellt hänseende. De ha inga institutioner eller någon underordnad forskarpersonal och ej heller finns några anslag för forskning av ifrågavarande slag. För något år sedan framlades visserligen ett förslag om inrättandet av ett juridiskt forskningsråd, som skulle få medel till understöd av bl. a. rättssociologiska undersökningar, men det har icke föranlett någon åtgärd från statsmakternas sida.

Emellertid kan problemet muntlig eller skriftlig förberedelse även behandlas på annat sätt än med rättssociologisk metod. Författaren kan ha satt som sitt mål att uppställa rekommendationer för valet av förberedelseform i olika fall. RB 42:9 ger ju härvidlag icke mycken vägledning. Däremot kunde såsom ovan påpekats en rättssociologisk undersökning underlätta bedömandet av vilka fall som förtjäna särskild uppmärksamhet i en dylik framställning. Å andra sidan kan självfallet icke själva argumentationen för den ena eller andra rekommendationen vara rättssociologisk. Men vilken metod bör då härvidlag komma till användning? Ja, närmast till hands ligger väl att anse denna i princip vara densamma som domstolarna böra begagna, då de ha att fatta ståndpunkt i tveksamma frågor. Ty hur skulle man här annars kunna tala om rekommendationer? Endast såtillvida föreligger en skillnad att rättsvetenskapsmannen bör ägna mer tid åt uppgiften än domarna ha möjlighet till i de skilda mål där ifrågavarande spörsmål dyker upp. Meningen med rekommendationerna måste ju vara att underlätta för domare och andra praktiska jurister att fylla sina arbetsuppgifter.

Vi övergå nu till frågan om en juridisk framställning, som

resulterar i rekommendationer till domstolarna, är teknisk eller vetenskaplig. Som tidigare påpekats kan i och för sig såväl det ena som det andra vara fallet.¹ Skall doktrinen emellertid i detta fall använda samma metod som vid rättstillämpning överhuvudtaget, blir dennas karaktär avgörande för frågans besvarande. Att rättstillämpningen skulle vara en rent teoretisk verksamhet har stundom gjorts gällande. Sålunda har enligt Kelsen "interpretationen" inom den rena rättsläran denna karaktär. Då denna interpretation i regel ej leder till något bestämt svar på frågan om hur lagen bör tolkas för olika fall, kan man emellertid ifrågasätta om den överhuvudtaget kan betraktas som en form av rättstillämpning.² Att domstolarnas tillämpning av lagen åtminstone borde vara en rent teoretisk arbetsuppgift gjordes däremot gällande inom upplysningsfilosofien på 1700-talet och av den exegetiska skolan i Frankrike under 1800-talet. Här skola vi emellertid ej befatta oss med dessa läror utan endast undersöka hur en dylik rättstillämpning kunde tänkas vara beskaffad. Såväl subjektiv som objektiv lagtolkning kan utformas på detta sätt. Låt oss börja med det förra slaget.

Härvid anta vi att en i lagen stadgad rättsföljd inträder i alla de fall, då man kan visa detta vara åsyftat av lagens upphovsmän, men däremot icke i några andra fall. Vilka kunskapskällor stå då till buds vid utredningen härav? Ja, först och främst har man lagens ordalydelse. Men därtill kommer motiven liksom man kan intervjua upphovsmännen, om de ännu äro i livet. Och därvid kan man även söka utröna dessas hypotetiska vilja d. v. s. vad de skulle ha ansett om sådana fall som det förevarande, såvida de tänkt därpå.

Ibland skulle det visa sig omöjligt att utreda upphovsmännens vilja och ofta skulle denna kunna fastställas endast med en ganska ringa grad av sannolikhet. Särskilt gäller detta upphovsmännens hypotetiska vilja. Då en författare

¹ Se ovan s. 8 f.

² Kelsen, *Hans*: *Reine Rechtslehre*, 1934, s. 94 ff.

fäller tvärsäkra omdömen härom, utgår han ofta från den axiomatiska förutsättningen att hans egen och upphovsmännens uppfattning om vad som är förnuftigt sammanfaller.¹ Emellertid medför icke dessa svårigheter att inte subjektiv lagtolkning kan genomföras som en rent teoretisk verksamhet. Enligt den grundläggande förutsättningen skulle ju rättsföljden ej gälla, såvida upphovsmännens vilja inte kunde utrönas med avseende på en sådan situation som den förevarande. Och denna princip kan ju ges den utformningen att detta skall anses vara fallet så snart den ifrågavarande viljan icke kan göras uppenbar. Huruvida man uppnått så stark bevisning kunde visserligen vara svårt att avgöra. Men denna fråga är under alla omständigheter teoretisk. Lagen kunde sålunda tillämpas utan att rättsvetenskapsmannen respektive domaren gjorde några värderingar.

Låt oss därefter övergå till den objektiva varianten av denna form av lagtolkning. Antag att lagen skulle tillämpas på alla de fall som med säkerhet faller inom omfånget för lagtextens ordalydelse men däremot icke på några andra fall. Härvid finge man utgå från den betydelse orden har i vanligt — eventuellt juridiskt — språkbruk, med beaktande av att samma ord kan ha olika betydelser i olika sammanhang. Det kan emellertid tänkas att en jämförelse mellan det föreliggande fallet och språkbruket ej gäve något bestämt resultat. Antag att lagen anknyter en rättsföljd till bl. a. det förhållandet att en skog föreligger. Vad vi skola bedöma är om denna lag är tillämplig på en vildvuxen engelsk park samt på en rätt så trädbevuxen ängsmark. Varken en äng eller en park är visserligen en skog. Men det finns mellanformer om vilka vi med säkerhet varken kunna

¹ Gustav Rümelin framhåller i "Werturteile und Willensentscheidungen" (1891) s. 32 f: "Wenn eine Bestimmung der Begriffen, deren sich der Gesetzgeber bedient, auf andere Weise nicht zu erzielen ist, so muss angenommen werden, das der Gesetzgeber die Abgrenzung des Begriffs gewollt habe, welche am besten in den Rechtssatz hineinpasst."

påstå att de äro skogar eller parker respektive ängar.¹ Detta sammanhänger med att, ehuru vi med säkerhet kunna avgöra huruvida vissa trädbevuxna områden äro skogar, vi dock icke kunna uppställa en sådan definition på termen skog att därigenom anges vad som utmärker alla skogar i förhållande till andra trädbevuxna områden. Men hur skall man då göra med avseende på sådana mellanformer som de ovannämnda? Ja, enligt den grundläggande förutsättningen skulle lagen icke tillämpas på sådana områden som icke med säkerhet kunde betecknas som skogar. Ej heller i detta fall förutsätter rättstillämpningen sålunda några värderingar.

Rättstillämpningen såsom denna faktiskt gestaltar sig överensstämmer varken med det ena eller det andra av de ovan skildrade tillvägagångssätten. Frågan är emellertid om ej mången mer eller mindre oklart tänker sig att så är fallet. Åtminstone begagnar man sig av en terminologi som synes förutsätta att rättstillämpningen är en teoretisk verksamhet. I den mån en dom ej går att förlika med innehållet i lag eller prejudikat, menar man att domstolen i detta fall uppträtt "rättsskapande" genom att själv uppställa det handlingsmönster, som den tillämpat i målet.² Vad domstolen bedömt skulle vara ett "rättspolitiskt" problem av ungefär samma karaktär som de spörsmål som förekomma inom lagstiftningsarbetet. Författare som ha denna syn på frågan bruka även använda de grundläggande rättsvetenskapliga begreppen "de lege lata" och "de lege ferenda" i en från den traditionella avvikande betydelse. I den mån en rättsvetenskaplig författare lägger värderingar till grund för sin ståndpunkt i tillämpningsfrågor, menar man hans framställning vara de lege ferenda och icke de lege lata.³

Denna åskådning, som jag funnit särskilt vanlig bland

¹ Jfr det av *Augdahl* i hans arbete "Rettskilder" s. 175 refererade norska rättsfallet.

² Se t. ex. *Hedenius, Ingemar*: Om rätt och moral, 1941, s. 110.

³ Se t. ex. *Aubert, Vilhelm*: Om rettsvitenskapens logiske grunnlag i TfR 1943 s. 197.

yngre vetenskapsidkare i vårt land,³ synes förutsätta att rättstillämpning i egentlig mening är en rent teoretisk verksamhet som varken förutsätter eller tillåter några värderingar från den tillämpandes sida. Hur skulle man nämligen annars kunna skilja mellan fall, där domstolarna följt lag eller prejudikat samt där de lagt "rättspolitiska" bedömanden till grund för sina avgöranden?

Härefter skola vi sysselsätta oss med sådan rättstillämpning som förutsätter värderingar från den tillämpandes sida. Detta är bl.a. fallet med den s.k. teleologiska metoden. Förmodligen har denna alltid mer eller mindre präglat rättstillämpningen, ehuru det vanligen skett under täckmanteln av förment bokstavstolkning, juridiska fiktioner eller konstruktioner. Först i våra dagar har den emellertid uppställts som en specifik lagtolkningsmetod i motsättning till andra sådana. Och den förekommer i många varianter, av vilka en del mer eller mindre erinra om andra metoder. Här skola vi endast sysselsätta oss med den mest renodlade varianten som jag kan tänka mig. Enligt min mening är den tillika den ändamålsenligaste.

Det torde vara lättast att klargöra den ifrågavarande metodens karaktär genom att demonstrera dess tillämpning i ett konkret fall. Som lämpligt demonstrationsobjekt erbjuder sig ett mål som för närvarande ligger under domstolarnas bedömande. Förhållandena voro här följande. Ett arrendeavtal innehöll sedvanlig skiljeklausul. Sedan tiden för arrendeavtalet utgått och avträdessyn hållits, framställde jordägaren ersättningskrav mot arrendatorn samt påkallade tillämpning av skiljeavtalet. Enligt Skjml § 27 st 1 jfrt med NJB 2:41 skulle detta ske inom två år sedan arrendeavtalet upphört att gälla, vilket även iaktogs av jordägaren. På grund av diverse motigheter — vartill åtminstone jordägaren ej

¹ Se senast *Bolding, Per Olof*: Bevisbördan och den juridiska Tekniken, 1951, ss. 43 ff., 53 och 150.

var skuld — kunde skiljemannaförfarandet ej slutföras inom den i Skjml § 18 st 2 stadgade fristen om sex månader. Då ej heller någondera parten hos överexekutor begärt förlängning av denna frist, hade skiljeavtalet därmed förfallit. Vi anta nu — ehuru detta i verkligheten icke var fallet — att jordägaren med anledning härav väckt talan vid domstol om kravet mot arrendatorn (§ 27 st 2). I denna rättegång anta vi vidare att arrendatorn invände att då sådant hinder mot erhållande av skiljedom, varom talas i detta stadgande, icke förelegat för jordägarens del, så ägde denne icke mera tala å fordringen. Han åberopade härvidlag § 18 st 2, som stadgar att överexekutor må på parts begäran förlänga den ovan nämnda sexmånadersfristen, "när särskilt skäl därtill är". Då jordägaren ej vore skuld till att skiljedom ej kunnat meddelas inom stadgad tid, så hade denne säkerligen kunnat få sådan förlängning, såvida han ansökt därom. Följaktligen kunde man ej anse något hinder ha förelegat för jordägarens del att erhålla skiljedom.

Är denna svarandens invändning befogad? Ja, ser man endast till ordalydelsen § 27 st 2 kan detta synas vara förhållandet. På frågan huruvida något som kommit i vägen men utan större svårighet kunnat undanröjas verkligen är ett hinder, kan visserligen icke något bestämt svar ges. Det allmänna språkbruket är härvidlag vagt och vacklande. Ser man till sammanhanget mellan p 1 och p 2 i § 27 st 2 finner man emellertid att här med hinder ej menas något vars effekt jordägaren med säkerhet kunnat undanröja. P 2 berör nämligen det fallet att skiljemannaförfarandet ej kan komma igång på grund av att arrendatorn vägrat utse skiljeman och härvid kan jordägaren enligt § 8 st 1 alltid genom överexekutors försorg få skiljeman utsedd för arrendatorns del. Ett sådant fall utgör sålunda icke något hinder i den betydelse denna term används i det ifrågavarande lagstadgandet. Strängt taget kan man emellertid icke härav dra den slutsatsen att detsamma är förhållandet även i det här berörda fallet. Som tidigare påpekats beror näm-

ligen en förlängning av sex-månadersfristen enligt § 18 st 2 på överexekutors diskretionära prövning. Ur rent logisk synpunkt kan man under sådana förhållanden av sammanhanget mellan p 1 och 2 icke avgöra om något hinder i lagens mening föreligger i detta fall. Endast om man menar sig böra fästa avseende vid omständigheterna i enskilda fallet, kan man påstå sex-månadersfristen utgång icke utgöra något hinder. Anser man detta riktigt, kunde arrendatorn emellertid åberopa lagens ordalydelse till stöd för sin ståndpunkt, ty jordägaren var ju ej skuld till att skiljedom ej kunnat meddelas dessförinnan och hade sålunda med övervägande sannolikhet kunnat enligt § 18 st 2 erhålla förlängning av fristen.

Vad som utmärker den teleologiska metoden är emellertid att avgörande för ett lagstadgandes rätta tolkning icke är dess innebörd enligt vanligt — eventuellt juridiskt — språkbruk utan vad man kallar för stadgandets ändamål, den praktiska funktion detsamma fyller inom rättsordningens ram. Ser vi först till ändamålet med NJB 2:41 framhålles i motiven till detta stadgande att det efter utgången av ett arrendeavtal är vanligt at ömsesidiga ersättningsanspråk föreligga men att härvid stundom ena parten vill göra sitt anspråk gällande endast om motparten förfar på motsvarande sätt. Väntar motparten härmed någon längre tid, kan emellertid den andre så långt efter ersättningsanspråkens uppkomst ha svårt att införskaffa tillräcklig bevisning för sitt anspråk. Detta motiverar att ersättningsanspråk på grund av arrendeavtal måste väckas inom två år från det avtalet upphörde att gälla.

Ovanstående ändamål kan ej anföras som skäl för att inte skiljeklausuler i arrendeavtal äga giltighet, såvida blott skiljemannaförfarandet igångsattes inom 2-årsfristen. Det råder sålunda ingen tvekan om att Skjml § 27 st 1 äger tillämpning i ifrågavarande fall, vilket ju också är förhållandet enligt stadgandets ordalydelse. Men vilken funktion fyller då § 27 st 2 i detta sammanhang? Motiven ge intet klart besked på den punkten. Man har då att fastställa stadgandets ändamål

med hänsyn till några typiska fall vilka utan tvekan kunna subsumeras under lagtextens ordalydelse. Med avseende på p 2 kan ju endast ett sådant fall tänkas och det vållar ej heller någon svårighet att fastställa vilket detta är. Och med avseende på p 1 kan anföras den situationen att skiljemännen utsetts i skiljeavtalet samt en av dem avlidit eller av sagt sig uppdraget. Skiljeavtalet är nämligen då förfallet utan att part haft någon möjlighet att reparera bristen (§ 9). Ett mera uppenbart fall av "hinder mot erhållande av skiljedom" kan man ju knappast tänka sig.

Vilken praktisk funktion fyller då § 27 st 2 i dessa två fall? Ja, vad det senare angår, skulle tydligen en skiljeklausul, genom vilket skiljemännen utsågs, i arrendeavtal skapa stor otrygghet för kontrahenterna, såvida det ifrågavarande stadgandet ej funnes. Avlede eller av sade sig skiljeman uppdraget under förfarandet, hade kärandens fordran preskriberats, såvida två-årsfristen under tiden utgått. Vad därefter angår p 2, fyller denna visserligen icke en lika viktig funktion. Men som framgår av § 8 st 1 och § 3 äger käranden valrätt mellan att hänvända sig till överexekutor och övergå till domstolsvägen, då svaranden saboterat skiljemannaförfarandet genom att underlåta att utse skiljeman. Att även den senare utvägen står käranden till buds har särskild betydelse därför att svaranden har mindre möjlighet att på olika sätt sabotera en rättegång än ett skiljemannaförfarande. Denna synpunkt gör sig med samma styrka gällande, då käranden såsom i förevarande fall måste igångsätta skiljemannaförfarandet inom viss angiven frist. Funnes ej p 2, skulle tydligen skiljeklausuler i arrendeavtal i visst avseende skapa mindre trygghet för den berättigade än sådana klausuler i andra avtal.

Emellertid har man att ta hänsyn även till svarandens trygghet. Att käranden väckte talan först en längre tid efter det att skiljemannaförfarandet avstannat, kunde tänkas komma i strid med det ovan berörda ändamålet med NJB

2:41 och Skjml § 27 st 1. Detta motiverar denna i § 27 st 2 stadgade fristen på 60 dagar.

Mot stadgandets sålunda fastställda ändamål ha vi därefter att skärskåda det föreliggande fallet. Även enligt § 18 st 2 har part, som ej är skuld till dröjsmålet, valrätt mellan att fullfölja skiljemannaförfarandet och att övergå till domstolsvägen. Samma synpunkter göra sig alltså gällande i detta fall som då arrendatorn vägrat utse skiljeman. Och hur viktigt det är att § 27 st 2 äger tillämpning i det förevarande fallet framgår särskilt klart om man antar att dröjsmålet med skiljedomens meddelande beror på sabotage från arrendatorns sida. Hade två-årsfristen härvid gått tillända, kunde jordägaren ej övergå till domstolsvägen för att på så sätt förhindra förnyade sabotage från arrendatorns sida. Detta motiverar att § 27 st 2 äger tillämpning på det föreliggande fallet ehuru detta ej kan subsumeras under lagtextens ordalydelse.

I det följande skola vi närmare sysselsätta oss med den här begagnade teleologiska metodens karaktär. Först skulle jag emellertid vilja i överskådlighetens intresse utföra det ovan förda resonemanget i schematisk form. § 27 st 2 p 1 betecknar jag härvid med formeln $abc \rightarrow p!$, § 27 st 2 p 2 med formeln $adc \rightarrow p!$ samt det föreliggande problemet med axc

$\rightarrow ?$. I dessa formler betyda:

$\rightarrow =$ konjunktionen om — så,

a = ej avdömt skiljeförfarande,

b = hinder mot skiljedom, som käranden ej kunnat undanröja,

c = käranden ej skuld till hindret,

d = sådant förfarande av svaranden, varom talas i § 3,

x = hinder mot skiljedom på grund av att tiden härför gått ut (18 § 2 st) samt

p! = talan skall upptas, om den väckts inom 60 dagar sedan käranden fått kännedom om hindret.

Utropstecknet betecknar att den ifrågavarande satsen ej är

ett påstående utan en praktisk sats (skall, bör, må, äger o. s. v.)..

Med hjälp av ovanstående formler kan den teleologiska argumentationen utföras på följande sätt:

$$(abc \rightarrow p) \rightarrow T$$

$$(adc \rightarrow p) \rightarrow T$$

$$(axc \rightarrow p) \rightarrow T$$

'.' $axc \rightarrow p$! (extensiv tolkning, analogislut).

T betecknar härvid ändamålet för § 27 st 2 och satserna inom parentes visst hypotetiskt beteende hos domstolarna. Att det är fråga härom och ej om några rättsregler utmärks genom att utropstecknen borttagits. Med p menas sålunda att "talan kommer att upptas, om den väckts inom 60 dagar sedan käranden fått kännedom om hindret." Och pilarna beteckna i premisserna kausalitet och icke anknytning av en rättsföljd till ett rättsfaktum.

För fullständighetens skull må här även ett exempel på restriktiv tolkning enligt den teleologiska metoden utföras schematiskt. Härvid förutsätta vi att orden "som ej beror av parten" i början av § 27 st 2 saknas i lagtexten.

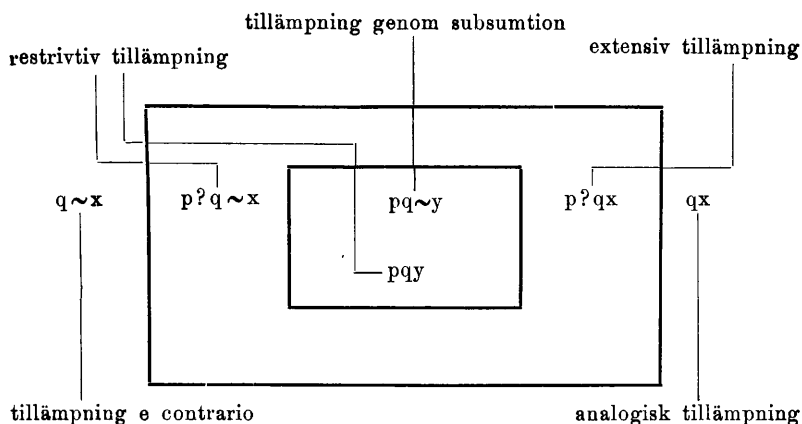
$$(ab \rightarrow p) \rightarrow T$$

$$(aby \rightarrow p) \sim \rightarrow T$$

'.' $aby \sim \rightarrow p$! (restriktiv tolkning).

$\sim$ betecknar negation samt y att jordägaren är skuld till till det uppkomna hindret för erhållande av skiljedom. Som skäl för att jordägarens talan bör ogillas, då han är skuld till hindret, kan anföras att en tillämpning av stadgandet i detta fall på intet sätt skulle bidra till realiserande av dess ändamål. Motsatt lösning av problemet skulle tvärtom enbart medföra någon ökad otrygghet för arrendatorn genom att jordägaren bereddes möjlighet att förskjuta tidpunkten för processen till närmare tre år efter arrendeavtalets utgång.

Vidare skulle jag genom nedanstående skiss vilja åskådliggöra ett annat betydelsefullt drag i den här begagnade teleologiska metoden:



Inom den inre rektangeln falla sådana situationer vilka med säkerhet kunna subsumeras under lagens med pq betecknade rättsfaktum. I mellanrummet mellan de båda rektangelarna däremot sådana fall om vilka detta ej med säkerhet kan påstås.¹ Vad som faller utanför den större rektangeln kan med säkerhet ej subsumeras under lagtextens ordalydelse. "X" är en sådan omständighet som — med hänsyn till stadgandets ändamål — motiverar att rättsföljden inträder, ehuru med säkerhet lagens rättsfaktum endast delvis föreligger. "Y" är däremot en sådan omständighet som motiverar att rättsföljden icke inträder, ehuru rättsfaktum till fullo föreligger.

Genom skissen åskådliggöres vidare en uppfattning om skillnaden mellan extensiv tolkning och analogislut, som gjorts gällande i den metodologiska litteraturen.² Vid användning av den teleologiska metoden synes dock anledning saknas att upprätthålla någon skillnad häremellan. De fall, vilka ligga mellan rektangelarna och varvid det sålunda är tveksamt om

¹ Frågetecknet efter p betecknar sålunda att det är tveksamt huruvida i dessa fall p föreligger.

² Se t. ex. *Wüstendorfer* i Arch. civ. Praxis, årgång nr 110, 1913, s. 293.

rättsfaktum tillfullo föreligger, skola bedömas på samma sätt som de fall i vilka rättsfaktum uppenbarligen ej föreligger.

Låt oss nu närmare skärskåda den teleologiska metoden såsom denna här utformats.. Det viktigaste momentet i densamma är tydligen fastställandet av ändamålet. Detta spelar här samma dominerande roll som fastställandet av lagtextens betydelse enligt andra lagtolkningsmetoder.¹ Just på denna punkt erbjuder den teleologiska metoden emellertid åtskilliga svårlösta problem om vilka jag för min del endast delvis lyckats skaffa någon bestämd uppfattning. Det är klart att ett studium av ett lagstadgandes förhistoria mången gång är det enklaste sättet att få inblick i stadgandets faktiska funktion. Och skulle motiven till stadgandet ha angivit visst ändamål för detsamma, så lägger man också i regel detta ändamål till grund för stadgandets tillämpning. Men för det första är ju motiven främst avsedda att fylla en annan uppgift än att tjäna som vägledning vid lagens tillämpning. Det är också vanligt förekommande att ändamålet icke alls eller endast oklart eller delvis anges i motiven. Därtill kommer emellertid att motiven enligt stadgad rättsuppfattning ej äro bindande utan endast vägledande. Så snart skäl därtill föreligger bör man sålunda kontrollera om motiven riktigt angivit ändamålet.

¹ *Germann* framhåller i *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, årgång nr 46, 1927, s. 205 angående lagens rätta tillämpning följande: "Er (domaren) wird auf alle philologischen und formallogischen Deutungen und Deuteleien verzichten, er wird sich auch nicht, wenn Zweifel auftauchen, in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vergraben, um aus mehr oder weniger massgeblichen Äusserungen den Willen des damaligen Gesetzgebers zu ergründen, sondern er wird sich fragen, welchem *sozialen Zweck* die Bestimmung heute tatsächlich dient." Vidare må i detta sammanhang även återges följande uttalande av *Max Rümelin* i *Arch. civ. Praxis*, årgång nr 122, 1924, s. 274: "Auch für das BGB muss daran festgehalten werden, dass der sprachliche Ausdruck und die Begriffsbildung (des Gesetzes) Hilfsmittel sind für des letzten Ziels, die Erkenntnis der gesetzgeberischen Zwecke."

Bortser man från motiven, kan ändamålet endast fastställas genom att man känner ett medel, varigenom ändamålet kan realiseras. Ett sådant medel är naturligtvis domstolarnas verksamhet i överensstämmelse med lagen. För att kunna bestämma ändamålet måste man sålunda känna till åtminstone några fall varpå lagen äger tillämpning. I vårt exempel utgingo vi från att dessa fall icke blott med säkerhet skulle kunna subsumeras under lagtextens ordalydelse utan att de även skulle vara "typiska". Meningen med sistnämnda rekvisit är att utesluta sådana fall i vilka ett "y" föreligger och det sålunda föreligger skäl att tolka lagen restriktivt eller m. a. o. i strid mot dess ordalydelse. Man kan emellertid under sådana omständigheter fråga sig om det är möjligt att fastställa vilka fall som äro "typiska" annat än med utgångspunkt från lagens ändamål. Det föreligger m. a. o. risk för att man rör sig i cirkel. Här är en av de punkter vilka jag ej kan reda ut. Måhända bör man såsom "typiska" endast beteckna situationer vilka ha sådan praktisk betydelse eller av annan anledning äro så iögonfallande att lagens upphovsmän ej kan ha undgått att uppmärksamma dem.

Med att man fastställt några fall av ovan nämnt slag är emellertid ändamålet icke omedelbart givet. Domstolarnas tillämpning av det ifrågavarande lagstadgandet på dessa fall kan ju på ett flertal olika sätt påverka medborgarnas beteende. Att lägga hela denna effekt till grund för stadgandets tillämpning kan naturligtvis ej komma ifråga. Endast den del därav har betydelse som stadgandets ändamål, vilken utgör ett moment i det helhetsresultat som förverkligas genom en harmonisk samverkan mellan detta stadgande samt andra i gällande rätt ingående regler.

Med utgångspunkt från det sålunda fastställda ändamålet har man sedan att bedöma vilka omständigheter som utgöra ett "x" eller ett "y" med avseende på det ifrågavarande stadgandet. Jag får därvid erinra om att jag med "x" menar en sådan omständighet som medför att stadgandets tillämpning bidrar till förverkligandet av stadgandets ändamål, ehuru

dess rättsfaktum endast delvis föreligger. Och med "y" menar jag en omständighet som medför att stadgandets tillämpning ej bidrar — eller rent av motverkar — dess ändamål, ehuru nämnda rättsfaktum till fullo föreligger. Härav framgår att jag med att ett lagstadgande är "tillämpligt" i visst fall icke förstår att dess rättsfaktum föreligger utan endast att stadgandet kan åberopas som stöd för att dess rättsföljd äger giltighet i det ifrågavarande fallet. Och ehuru all teleologisk rättstillämpning innebär en subsumtion under en regel, så överensstämmer denna dock icke alltid med lagtextens ordalydelse.

Att undersöka vilka omständigheter som ha betydelse såsom ett "x" eller ett "y" framstår för mig som den juridiska doktrinen's måhända allra viktigaste uppgift. Och jag menar sålunda att det föreligger en fundamental skillnad mellan denna och de olika naturvetenskapernas arbetsuppgifter. Dessa vetenskaper undersöka vilka naturlagar som gäller eller hur redan kända naturlagar måste modifieras för att komma i överensstämmelse med erfarenheten, varvid man bortser från allehanda omständigheter, vilka medföra att i vissa situationer den ifrågavarande orsaken ej får den verkan som naturlagen anger. Den juridiska doktrinen har däremot att godta de rättsregler, som framgå av lag och prejudikat, medan å andra sidan varje omständighet, som motiverar att dessa ej tillämpas efter sin ordalydelse, är av fundamentalt intresse. Såvitt möjligt söker rättsvetenskapen fastställa samtliga de omständigheter, som ha denna betydelse.

Även i nästföregående stycke föreligger en punkt, som jag ej kan klara ut. Jag säger där att vid analogislut lagens rättsfaktum "endast delvis" föreligger. Men hur mycket krävs då härvidlag eller kan man rent av godta en analogisk tillämpning i fall som överhuvudtaget ej visa några momenter överensstämmande med lagens rättsfaktum? Det senare väcker den betänkligheten att om överensstämmelse med avseende på ändamålet anses tillräckligt, man av lagtextens

ordalydelse ej ens kan skaffa sig en ungefärlig överblick av vad som är gällande rätt. Å andra sidan må här uppmärksammas att enligt en ofta hävdad uppfattning lagen (men däremot icke gällande rätt) innehåller "luckor" samt att domaren har att genom rättstillämpning "utfylla" dessa. Innebär ej utfyllandet av en sådan lucka att man analogiskt tillämpar ett lagstadgande, ehuru det icke föreligger någon — eller åtminstone endast ringa — överensstämmelse mellan lagens rättsfaktum och det föreliggande fallet?

Som framgått av det föregående skiljer sig den här skildrade teleologiska metoden från de flesta andra lagtolkningsmetoder genom den mera underordnade roll som enligt densamma tillkommer analysen av lagtextens innebörd. Man söker ej genom studium av motiven och annat material fastställa någon speciell betydelse hos de ord, varav lagen består, utan nöjer sig med den vaga innebörd denna har enligt vanligt språkbruk. Det är ju en vanligt förekommande uppfattning att en väsentlig uppgift för den juridiska doktrinen är att närmare fixera vad lagen egentligen "betyder". Och man tänker sig väl i allmänhet att rättsvetenskapsmannen härvid konstaterar den betydelse som de begagnade orden nu en gång har men som folk i gemen ha svårt att göra klart för sig. Men det är en illusion. Vad rättsvetenskapsmannen härvid gör är att han ersätter ordens allmänna, ofta ganska vaga betydelse med annan, speciell och mera fixerad. Han fastställer den "juridisk-tekniska" betydelse som orden ha — eller bör tillerkännas — just i den lag eller det stadgande som det är fråga om.

Detta problem har tangerats av Agge i hans intressanta uppsats i festskriften för Eberstein om "Abstrakt norm och konkret verklighet". Agge skiljer mellan termer med deskriptiv och termer med normativ betydelse, ehuru han understryker att gränsen dem emellan är flytande. Om jag förstått honom rätt menar han med "normativ" detsamma som

jag här kallat för "vag". Medan beteckningen på ett tal är en deskriptiv term, skulle "skog" sålunda vara en normativ sådan.

Agge gör flera uttalanden som visa hur man menar att man kan fastställa betydelsen av de normativa termerna. "Den rättsliga betydelsen av valda ord och vändningar kan endast fastställas under hänsynstagande till de juridiska uttrycksmedlen i allmänhet och ändamålet med den aktuella lagregeln i synnerhet. Lagtolkningen får då en starkt teologisk prägel.¹ "Termerna skada, men och liknande uttryck kunna knappast fattas som deskriptioner utan som vaga termer som för sin användning kräva allehanda värderande och uppskattande bedömningar från domarens sida".² "I varje särskild förbindelse där ett uttryck som t. ex. sammankomst förekommer, har detta sin specifika juridiskt-tekniska betydelse, som endast kan förstås med utgångspunkt från brottsbeskrivningen i övrigt och lagstiftarens mening ävensom i förekommande fall med ledning av rättspraxis".³

Agge skiljer tydligen ej som här har skett mellan fastställandet av ett stadgandes innebörd samt dess tillämpningsområde och om jag förstått honom rätt, menar han innebörden kunna fastställas endast genom induktion ur alla de fall å vilka stadgandet äger tillämpning. Där emot framgår det ej av hans uppsats huruvida han anser det vara en arbetsuppgift för doktrinen att från dessa utgångspunkter fastställa den juridiskt-tekniska betydelsen hos de termer varav lagtexten är uppbyggd. Det ligger emellertid nära till hands att anta detta vara meningen.

Egentligen innebär detta att lagen ges en sådan innebörd att all rättstillämpning kan ske genom subsumtion under lagens ordalydelse. Det blir m. a. o. aldrig

¹ a. a. s. 12.

² a. a. s. 30.

³ a. a. s. 31.

fråga om att fastställa något "x" eller något "y". Då Agge enbart berör rättstillämpningsfrågor inom straffrätten, kunde man tänka sig att detta sammanhänge med principen "nulla poena sine lege", vilken som bekant ansetts utesluta analogislut inom straffrätten. Nu är det klart att ändamålet med en lag eller ett lagstadgande kan motivera att densamma tillämpas på ett visst bestämt sätt. Ett rent ordningsstadgande, t. ex. angående tid för begagnande av rättsmedel, skulle förfela sitt ändamål om det ej tillämpades så strikt efter ordalydelsen som möjligt är. Någoting liknande kan gälla ett straffstadgande. Den personliga tryggheten i samhället kan motivera att ingen straffas för en gärning som ej med säkerhet kan subsumeras under straffbudet.¹ Men härav följer dock icke att själva sättet att angripa rättstillämpningsproblemen bör vara ett annat inom straffrätten än inom andra rättsområden. Ja, jag skulle vilja ifrågasätta om ej den av Agge tillämpade metoden kan tänkas medföra fara för just den personliga tryggheten i samhället. Ty hur skall strafflagen kunna fungera som en "brottslingens Magna Charta" om de ord som lagen begagnar sig av, ha en speciell juridisk-teknisk betydelse i varje särskild brottsbeskrivning? Under alla omständigheter tror jag det av mig föreslagna tillvägagångssättet ger bättre garanti än det av Agge begagnade för att den ifrågavarande ändamålssynpunkten överhuvudtaget kommer att beaktas inom rättstillämpningen.

Vad jag har emot att tolkningen av ett stadgande uppfattas som ett fastställande av dess betydelse är framför allt följande. Av det föregående har framgått att den teleologiska

¹ I detta sammanhang må även erinras om att man vid rättstillämpning alltid bör uppmärksamma värdet av *regelsystemets överskådlighet*. Emot t. ex. en analogisk tillämpning av lagen talar alltid det förhållandet att man härigenom försvårar fastställandet av vad som är gällande rätt. En sådan tillämpning kan därför försvaras endast om jämförelsevis starka ändamålsskäl kunna åberopas till stöd för densamma.

rättstillämpningen förutsätter värderingar från den tillämpandes sida. Detta gäller ej blott fastställandet av ändamålet utan även av att stadgandets tillämpning på det föreliggande fallet är ett lämpligt medel för ändamålets realiserande. Med den ovan skildrade metoden föreligger emellertid risk för att värderingsproblemen ej bli tillräckligt genomtänkta, enär de förblandas med den rent teoretiska uppgiften att konstatera lagens innebörd. Visserligen menar Agge att inom juridiken det säregna förhållandet skulle råda att ett ords betydelse ej enbart skulle vara beroende av visst språkbruk utan att här även värderingar skulle spela in.¹ För min del tror jag emellertid att man ej kan förhindra att domaren influeras av det vanliga sättet att fastställa vad orden betyda.² Ja, då domaren är bunden av lagen kan han rent av känna sig förpliktad att använda detta tillvägagångssätt. Anknytes i lagen rättsföljder till det förhållandet att det föreligger en skog och det ifrågavarande trädbevuxna området med hänsyn till allmänt språkbruk kan betecknas som en skog, kommer han att finna lagen vara tillämplig utan att det är nödvändigt att närmare begrunda dess ändamål. Den tanken ligger dessutom nära till hands att om det avgörande är lagens betydelse och denna kan bedömas utan hänsyn till lagens ändamål, så är det icke heller nödvändigt att utreda detta. För undvikande av missförstånd må emellertid i detta sammanhang understrykas att även enligt den här rekommenderade metoden en tränad jurist i de flesta fall kan tillämpa lagen utan närmare reflexion över dess ändamål. Är det ifrågavarande området uppenbareligen en skog och känner han på sig att något "y" icke föreligger, så har han allt skäl att utan vidare finna lagen tillämplig. Vid lagens tillämpning i praktiken har "den juridiska intuitionen" alltid spelat en

¹ Se även Binder i The 20th Century legal Philosophy Series II, 1948, s. 308.

² Jag utgår härvid från att det är fråga om att fastställa den betydelse som ett ord *faktiskt* har och ej att framställa *förslag* om att ordet måtte användas i en viss betydelse.

stor roll och så kommer nog att bli fallet även i framtiden. Några sakliga invändningar kunna ej heller resas mot detta arbetsbesparande tillvägagångssätt.

Den ovan påpekade risken ökar i den mån författarna till lagmotiv, kommentarer och systematiska arbeten uppfattar det som sin uppgift att så definiera innebörden av lagens termer att så många fall som möjligt kan lösas genom subsumtion under lagtextens ordalydelse. Särskilt om det är fråga om en författare med stor auktoritet frestas den praktiske juristen att godta hans definition som uttömmande. Men ingen har en sådan fantasi att han kan förutse alla de skiftande fall som kunna dyka upp i det praktiska rättslivet. Å andra sidan kan det av framställningstekniska skäl vara svårt att helt undvika uttalanden om lagtextens "betydelse". Har man klart för sig att det härvid endast är fråga om en sammanfattning av författarens åsikter i de av honom behandlade tillämpningsfrågorna, behöver väl detta uttryckssätt ej heller vålla några olägenheter.¹

Emellertid vill jag gärna medge att mitt betraktelsesätt är mera konstlat än Agges. Vad är väl naturligare än att man i ett lagstadgande ser ett handlingsmönster för alla de fall å vilka stadgandet äger tillämpning! Och visst är det konstlat att vid fastställande av ett ords betydelse i ett stadgande bortse från vad stadgandets upphovsmän haft att säga därom. Jag skall här ej återupprepa min tidigare argumentation utan endast med avseende på den sista frågan påpeka att om man här förfar så som synes vara det naturliga, vissa uttalanden i motiven på en omväg bli bindande för domstolarna Dessa äro bundna av lagens innehåll, men avgörande för detta skulle i sin tur

¹ Enligt min erfarenhet kan det stundom vara ändamålsenligt att rättsvetenskapsmannen rent av *uppställer förslag till en rättsregel*, som klarare än lagens stadgande anger de fall varpå detta enligt hans mening äger tillämpning.

vara uttalanden i motiven. Enligt min mening bör ett sådant uttalande icke tillerkännas större betydelse än om detsamma istället avsett lagens ändamål. Även av ett uttalande av det förra slaget kan man ju i allmänhet dra slutsatser om de ändamålsföreställningar som lagens upphovsmän haft. Endast om det ifrågavarande uttalandet även influerats i lagen i form av en legaldefinition, är domaren bunden av detsamma på samma sätt som av andra lagstadganden.

En vanlig invändning mot den teleologiska metoden är att den leder till godtycke och oenhetlighet i rättstillämpning. Frågan är emellertid om man har något bättre att sätta istället. Enligt en uppfattning skulle subjektiv lagtolkning vara att föredra. Augdahl framhåller härom: "Er loven tvetydig eller ordgränsen flytande, vil fortolkeren — ikke minst domaren — dersom lovgiverviljan ikke kommer i betraktning, vesentlig komme til å måtte bygge på sin personlige opfatning av hvilken løsning der stemmer med sakens natur — d. v. s. den rimlige, rettferdige, fornuftige o. s. v."¹ Denna kritik tar emellertid ingen hänsyn till att ändamålet enligt den teleologiska metoden skall fastställas enligt vissa principer. Dessutom kan man fråga sig om det är rimligt att domaren är bunden av uttalanden i motiven angående lagtextens betydelse och ändamål. Något sådant synes förutsätta att lagens upphovsmän nedlägga ett arbete på motivens utformning, vartill de i allmänhet sakna både tid och resurser. Erfarenheten visar dessutom att många invecklade tolkningsfrågor överhuvud icke beröras i motiven. Att i sådana fall bygga på en "hypotetiska" lagstiftarvilja kan lätt leda till att man pressar uttalanden i motiven och läser ut ur dessa uppfattningar, som varit lagens upphovsmän främmande. Mindre betänklighet väcker visserligen detta tillvägagångssätt om den här rekommenderade teleologiska metoden läggs till grund för påståenden om upphovsmännens hypotetiska vilja. Men i så fall saknar denna varje självständig bety-

¹ Augdahl a. a. s. 111.

delse för argumentationen. Man anför ju inga skäl för att lagens upphovsmän skulle ha fattat dess ändamål precis så som man själv gör.

Låt oss nu mot bakgrunden av det föregående skärskåda frågan om den juridiska doktrinen är en teknik eller vetenskap, då den teleologiska metoden kommer till användning. Tydligt har densamma teknisk karaktär. Författarens rekommendationer grundas ju på ett val mellan olika möjligheter att tillämpa lagen och som argument anföras de verkningar som den ena och andra tillämpningen skulle få, om de accepterades inom domstolsväsendet. Häremot kan icke med skäl invändas att de värderingar, det är fråga om, på ett egendomligt sätt äro "bundna". Domaren och rättsvetenskapsmannen måste — i viss olikhet med den som är verksam inom lagstiftningsarbetet — utgå från att rättsordningen i övrigt är på visst sätt beskaffad samt från den påverkan på människornas beteenden som denna rättsordning på det hela taget har. Han måste utgå från denna påverkan såsom ändamålsenlig och fråga sig hur det föreliggande problemet bör lösas för att den ifrågasvarande effekten icke skall motverkas utan förstärkas. Men även under dessa betingelser kan han icke undgå att göra värderingar. Till grund för bedömande av det tidigare berörda rättsfallet från skiljemannalagens område låg sålunda den uppfattningen att det var ungefär lika viktigt för jordägarens trygghet att han kunde övergå till domstolsvägen, då tiden för skiljedomens meddelande utgått som då arrendatorn vägrat utse skiljeman. Denna frågeställning är ateoretisk och utan värderingar kan man ej fatta ståndpunkt till densamma. Någon kan sålunda vilja fästa särskilt avseende vid att i det senare fallet risken för att svaranden i fortsättningen kommer att sabotera förfarandet typiskt sett är större än i det förra fallet. Anledningen till att skiljemännen ej meddelat dom inom sex månader kan helt enkelt vara målets

invecklade beskaffenhet. Å andra sidan kan även skiljemännen vara skuld härtill, något som också kan åberopas som skäl för att käranden bör ha rätt att övergå till domstolsvägen. Vilken vikt man bör tillerkänna dessa olika omständigheter skola vi ej gå in på i detta sammanhang. Klart är emellertid att avgörande för frågans bedömande ej bör vara förhållandena i det enskilda fallet utan den otrygghet som det överhuvudtaget medför för käranden att en övergång till domstolsvägen ej står honom till buds.

Men kan ej doktrinen uttalanden om vad som är rätt fattas som påståenden om domstolspraxis, såvida rättsvetenskapsmannens värderingar överensstämmer med domstolarnas? Detta har nyligen gjorts gällande av Ross i en recension i Tfr. Han säger där: "I det omfang, den fortolkende jurists vurderingsattityder og socialteori falder sammen med domstolenes, kan hans pragmatiske fortolkning lige så vel opfattes som et bidrag til den teoretiske kalkulation af, hvad domstolene vil gøre, som det kan opfattes som et praktisk postulat."¹ I detta uttalande kan jag icke instämma. Vilken funktion en sats fyller — praktisk eller teoretisk — kan endast bedömas med hänsyn till det sammanhang i vilken den förekommer. Antag att jag möter en god vän på gatan och säger till honom: "Du borde ha gått ut och promenerat i söndags för det var så vackert väder". Om det var just på detta sätt som han tillbragt sin söndag, så följer icke därav att vad jag sagt var ett påstående om vad han haft för sig under vilodagen.

En annan sak är att man stundom av rekommendationer i rättsvetenskapliga arbeten kan dra ganska säkra slutsatser om domstolarnas beteenden. Alméns kommentar till köplagen åtnjuter som bekant ett utomordentligt anseende. Kommentaren är därför en värdefull källa för den som vill studera hur köpmålen bedömts vid våra domstolar under den

¹ Tfr 1950 s. 271.

tid som förflutit sedan den första upplagen av densamma utkom av trycket. Men därav kan man icke dra den slutsatsen att Alméns arbete har karaktären av en skildring av hur svenska domstolar sedan denna tidpunkt tolkat köplagen.

Som jag påpekat i början av min framställning har under de senare åren här i landet gjorts gällande uppfattningar angående den juridiska doktrinen karaktär och uppgifter, vilka mer eller mindre avvika från de åsikter som här framförts. Jag skall i det följande beröra några dylika uttalanden. Man synes kunna indela dessa i tvenne grupper. Författare, vilka själva sysslat med att vetenskapligt behandla gällande svensk rätt, ha gjort sig till tolk för den uppfattningen att den juridiska doktrinen bör så förändra sin inriktning att den blir rent teoretisk till sin karaktär. Andra, som icke varit på detta sätt verksamma, ha däremot menat att redan den hittillsvarande doktrinen i stort sett är på detta sätt beskaffad.

I sitt arbete "Om rätt och moral" framhåller Hedenius följande: "Fyllandet av en lucka i lagen behöver ej vara detsamma som en komplettering av gällande rätt. Med kännedom om gällande lagtolkningsprinciper kan man ofta bestämt ange, hur den juridiska rätten ligger till, oberoende av någon process, trots att klara bestämmelser för fallet saknas. Vad man då anger är hur en domstol skulle förfara om gällande tolkningsprinciper tillämpades."¹ Enligt det föregående skulle detta aldrig vara fallet vid användning av den teleologiska metoden. Vid "fyllandet av en lucka i lagen" använder man sig härvid av en argumentationsteknik, vilken icke tillåter några slutsatser om hur frågan bedömts eller kommer att bedömas i domstolspraxis.

Av ett visst intresse är i detta sammanhang även Hedenii definition av uttrycket "gällande rätt". Juridiska arbeten, som ej äro rättshistoriska eller syssla med lagstiftningspro-

¹ a. a. s. 134.

jekt, brukar ju betecknas som "positivrättsliga" och de rättsregler författaren uppställer, uppfattas såsom tillhörande "den gällande rätten". Att en regel är gällande rätt anser Hedenius nu innebära att domstolarna förfar enligt densamma samt härvid "tillämpar de bestämmelser vilka enligt härskande juridisk uppfattning betecknas som bindande".¹ Anser man detta utgöra objektet för positivrättsliga undersökningar, så råkar man emellertid ut för vissa svårigheter. Huruvida det överhuvudtaget existerar någon "härskande uppfattning" med avseende på de p r o b l e m, som behandlas i ett dylikt arbete, är ofta en mycket svårbedömbär fråga.² Nu kan man invända att vad skall väl vetenskapen ge sig i kast med, om inte med det som är svårt! Men det säregna med den juridiska doktrinen är att man i densamma i allmänhet icke finner skynten av argument för vad som är härskande åskådning rörande de problem som behandlas. Ja, även om författaren har goda skäl att anta en sådan åskådning föreligga, så brukar han ej ens påpeka detta. Detta förhållande finner sin naturliga förklaring i att doktrinen tagit till sin uppgift att framställa rekommendationer om hur lagen bör tillämpas i svårbedömbära fall och icke i att konstatera huru dessa blivit eller kan väntas bli bedömda i domstolspraxis.

I sitt arbete "Är juridiken en vetenskap?" har Ahlander gjort sig till tolk för uppfattningar erinrande om dem vi ovan funnit hos Hedenius. Enligt Ahlanders åsikt kunna alla satser i ett rättsvetenskapligt arbete om rätt och plikt uppfattas som påståenden om domstolarnas beteenden. Men han gör härvidlag en reservation som är av särskilt intresse: "Den omständigheten, att alla juridiska satser, vilka enligt vanligt språkbruk kan uttrycka ett antagande eller ett påstående, k a n uppfattas som teoretiska, betyder emellertid inte, att de alltid m å s t e uppfattas på detta sätt. Det

¹ a. a. s. 102.

² Se Heck, Ph. i Arch. civ. Praxis årgång nr 112, 1914, s. 253 f.

betyder endast, att envar är berättigad att uppfatta varje juridisk sats som teoretisk, närhelst han anser det vara fruktbart för behandlingen av ett visst problem. För akademiska jurister blir detta sätt att behandla juridikens satser det dominerande och även för andra jurister är det av stor betydelse".¹

Enligt min uppfattning förhåller det sig tvärtom. I ett rättsvetenskapligt arbete k u n n a alla satser om att någon skall eller kan göra det eller det eller att han har den eller den förpliktelsen eller rättigheten uppfattas som rekommendationer, medan sådana satser m å s t e uppfattas på detta sätt i den mån de redovisa författarens åsikt i ett invecklat tillämpningsproblem vid vars behandling den teleologiska metoden kommit till användning. Och då det är på dylika problem som de akademiska juristerna koncentrera — eller åtminstone böra inrikta — sin verksamhet, så är den juridiska doktrinen teknik och icke vetenskap.

Om jag sålunda menar den ovan refererade uppfattningen vara oriktig i vad angår den hittillsvarande doktrinen, så vågar jag emellertid ej göra motsvarande uttalande med avseende på framtidens svenska rättsvetenskap. Bland våra yngre forskare har nämligen framträtt en påtaglig tendens att ur rättsvetenskapen utmönstra alla värderingar och omskapa densamma till en rent teoretisk verksamhet. Man återger innehållet i lagstadganden och motiv samt tillgängliga rättsfall. Vidare analyserar man uttalanden i lagmotiv och domsmotiveringar ur logisk synpunkt. Däremot undviker man sorgfälligt att fatta ståndpunkt till tolkningsproblem. På sin höjd påpekas vilken praktisk effekt den ena eller andra tolkningen skulle få utan att man träffar något val häremellan. Istället för en rekommendation kan man stundom få sig till livs författarens framhållande av att han med intresse avvaktar vilken lösning domstolarna kommer att stanna för.

¹ a. a. s. 98.

Det skulle föra för långt att här närmare granska framställningar som ha denna karaktär. Jag får därför nöja mig med att återge några uttalanden som principiellt uttrycka sympati för en värderingsfri rättsvetenskap. I inledningen till sin gradualavhandling "Om konfiskation som brottspåföljd" framhåller Tore Strömberg: "Den summariska behandlingen av konfiskationspåföljderna i lagstiftningen, särskilt utanför strafflagen, har föranlett författaren att gå in på åtskilliga detaljfrågor, som ej kunna besvaras utan anläggandet av rättspolitiska synpunkter och som alltså icke kunna betraktas såsom rent vetenskapliga. Utan en ventilerung av sådana spörsmål och utan praktiska ståndpunkts-taganden, vilka ofta måste bli diskutabla, skulle en framställning som denna te sig alltför ofullständig".¹ Av detta uttalanden synes man kunna dra den slutsatsen att författaren skulle ha avhållit sig från alla uttalanden i rättstillämpningsfrågor, såvida lagstiftningen om konfiskation varit mera utförlig och detaljerad.

I inledningen till Stjernquists avhandling "Om handräckningsutslag" finns ett liknande uttalande. Sedan Stjernquist med avseende på tillämpningen av UL § 191 konstaterat att "praxis i stor utsträckning ligger utanför lagen" tillägger han följande: "Jämförelsen mellan lag och praxis leder i dessa fall av sig själv till kompletterings- och ändringsförslag. Däremot har avsikten icke varit att lösa speciella tillämpningsfrågor. Då man icke kan utforma nya regler med hjälp av helt objektiva metoder, bör man i en rent vetenskaplig framställning vara försiktig med sådana uttalanden".² Vad Stjernquist menar det vara för skillnad mellan "kompletterings- och ändringsförslag" samt förslag i "speciella tillämpningsfrågor" må här lämnas därhän. Tydligt är att han icke anser det senare begreppet falla inom det förras omfång. Av intresse att notera i detta sammanhang är där-

¹ a. a. s. 1.

² a. a. s. 17.

emot att om man gör verkligt allvar av att enbart använda "helt objektiva metoder" så kan några förslag icke framställas vare sig av det ena eller det andra slaget.

Stjernquist hänvisar i förevarande sammanhang till några uttalanden av Rodhe dels i inledningen till dennes arbete "Gränsbestämning och äganderättstvist" dels i hans installationsföreläsning. I den sistnämnda har Rodhe gjort följande programmatiska uttalande om sin rättsvetenskapliga verksamhet: "Man skall ur de vetenskapliga framställningarna ta bort alla uttalanden om hur lagstiftare och domstolar borde handla och nöja sig med att undersöka hur de faktiskt handla".¹ Gäller det att behandla ett prejudikat, skulle man visserligen ej behöva begränsa sig till att återge vad handlingarna förmåla om det ifrågavarande målet. Rättsvetenskapsmannen kan också uttala sig om sådana tankegångar hos de dömande justitieråden, som ej kommit till uttryck i HD:s motivering för sin dom, samt om den vägledning domstolarna kan väntas komma att hämta i det ifrågavarande prejudikatet — såvida man nu har den ringaste chans att få någon kunskap därom. Däremot borde man avhålla sig från att tolka rättsfallet. Man skulle icke få uttala sig om de ändamålsskäl som enligt ens egen mening motivera att domsgrunden har den i domslutet angivna rättsföljden samt att prejudikatet är vägledande i vissa men ej i vissa andra fall, liknande det som HD avdömt genom den ifrågavarande domen. Sin egen rättsvetenskapliga forskning har Rodhe karakteriserat som "domstolssociologi".

I inledningen till sitt ovan angivna fastighetsrättsliga arbete har Rodhe anfört några argument för sin ståndpunkt som är av särskilt intresse, enär det är den enda mera utförliga motivering för den juridiska doktrinen reformering i rent teoretisk riktning som hittills publicerats.²

¹ Ekonomen, årgång 1944 s. 3 f.

² a. a. s. 4 ff.

Angående rekommendationer i rättsvetenskapliga arbeten frågar Rodhe vem som har givit doktrinen i uppgift att uppställa sådana och han menar att denna fråga ej kan tillfredsställande besvaras. Det skall gärna medges. Men jag skulle vilja bemöta detta argumentum ad hominem med en motfråga. Vem har givit våra professorer i medicin i uppgift att ge några rekommendationer om hur man skall bota tarmkatarr?

Vidare fruktar Rodhe att våra domare okritiskt kommer att följa doktrinen rekommendationer. Men inte har då jag det intrycket att våra domare faller i farstun för oss professorer. Dessutom kan man fråga sig hur långt man skall gå för att eliminera den ifrågavarande risken. Även motiven till en lag innehåller ju ofta rekommendationer om hur den ifrågavarande lagen skall tillämpas. Då motiven liksom doktrinen enbart äro vägledande för domaren, så borde man väl enligt Rodhes uppfattning strängt taget utesluta dylika rekommendationer ur motiven.

Slutligen menar Rodhe att "advokaterna endast ha intresse att få material för bedömande av frågan vilken regel en domstol kan väntas tillämpa". Det är klart att om en advokat verkligen kan få kunskap härom, så är han bäst betjänt därav. Är det ifrågavarande målet invecklat, är chansen härtill emellertid ringa. Och inte är väl våra advokater så beskaffade att de i detta läge undantagslöst avråda klienten från att processa! Tvärtom kan advokaten härvid vara lidelsefullt intresserad av att få kännedom om alla de argument som tala till hans klients förmån. Och vad angår utgången av ett sådant mål visar erfarenheten att denna kan bli i hög grad beroende av vilka argument advokaten kan finna ut samt hans förmåga att utveckla dessa. Härvidlag kan han emellertid ha användning av ett rättsvetenskapligt arbete i vilken författaren uppställer rekommendationer samt i detalj redovisar sina argument för dessa.

Emellertid finns det även uttalanden i modern svensk dok-

trin som gå i motsatt riktning mot den av Rodhe förordade, ehuru dessa äro äldre än Rodhes ovannämnda arbete och därför ej innehålla någon kritik av vad Rodhe har sagt. Bl. a. har Olivecrona i sitt arbete "Om lagen och staten" gjort gällande att det är en uppgift för doktrinen att "ge domaren ledning i situationer för vilka någon klar regel icke är given".¹ Vidare har Lundstedt uttalat sig i frågan i första bandet av senare delen av sina "Grundlinjer i skadeståndsrätten".² Då Lundstedt är den som mest ingående behandlat problemet samt hans uttalanden ej förefaller ha väckt den uppmärksamhet de förtjäna, skall jag här i all korthet återge några av hans synpunkter.

En juridisk doktrin, som sysslar med uppställande av rekommendationer, kallar Lundstedt för "konstruktiv rättsvetenskap" och han understryker den roll som författarens värderingar spela inom denna. Lundstedt finner övervägande skäl tala för att rättsvetenskapsmannen även bör ägna sig åt en sådan verksamhet. Ett av hans skäl är att ingen kan vara mera skickad att göra de värderingar det här är fråga om än just rättsvetenskapsmannen. Lundstedt menar anledningen härtill vara att denne har "den bästa överblicken över och den grundligaste inblicken i samt följaktligen de tillförlitligaste föreställningarna om sammanhangen i rättsmekanismen". Jag skulle vilja understryka denna synpunkt. Att en person är "säker" i sina värderingar beror icke blott på att han har "gott omdöme" utan även på hans kunskaper. Ju mer en jurist trängt in i det ifrågavarande rättsområdet, bildat sig en helhetsbild av rättsreglernas praktiska funktion samt mot denna bakgrund studerat effekten av olika tillämpningsmöjligheter, ju större förmåga har han att träffa ett val mellan dessa som kommer att visa sig välbetänkt. Däremot kommer den okunnige ofta att se sig tvung-

¹ a. a. s. 56.

² a. a. s. 549.

en överge de värderingar som hans bristfälliga kunskap förlätt honom till.

Rodhe skulle måhända vilja invända häremot att om det värdefulla är argumenten för rekommendationerna, så kan väl rättsvetenskapsmannen åtnöja sig med att återge dessa utan att åberopa desamma som grund för något val mellan de olika tillämpningsmöjligheterna. Eftersom argumenten äro teoretiska, skulle ett sådant framställningssätt ej komma i strid med Rodhes reformprogram. Lundstedt invänder häremot dels att det är förkonstlat att anföra alla för ett val relevanta argument utan att företa det ifrågavarande valet dels att med denna metod risk föreligger för att skälen för och emot olika tillämpningsmöjligheter bli otillräckligt analyserade. Och detta besannar sig nog i vad angår de juridiska författare som ha den här kritiserade uppfattningen. Det är också begripligt att det måste bära emot att grundligt analysera en lämplighetsfråga utan få fatta ståndpunkt till densamma. Därtill kommer emellertid att de relevanta kausalsammanhangen kunna vara så invecklade att det framför allt kommer an på att skaffa sig en intuitiv överblick av desamma. Författaren ställs i sådana fall inför hart när olösliga framställningstekniska svårigheter, såvida han måste fullständigt redovisa sin argumentation. Och ju bättre detta lyckas honom ju större blir naturligtvis risken att man kommer att kunna läsa mellan raderna vilken av de olika tillämpningsmöjligheterna som har författarens sympati.

Till de av Lundstedt anförda skälen skulle jag vilja föga ytterligare ett: Rodhes reformprogram kommer att leda till att de mest komplicerade problemen bli föga eller icke alls behandlade. Som framgått av det föregående är det just i dessa fall som det har sin betydelse att de praktiska verkningarna av olika tillämpningsmöjligheter bli noggrant undersökta och ställda i relation till effekten av gällande rätt i övrigt. Att man måste ge sig i kast härmed

beror emellertid ofta på att varken lagstiftaren eller HD vågat sig på att utforma några fasta riktlinjer för frågans bedömande. Just i sådana fall ha 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 försöka bringa dylika spörsmål till slutgiltig lösning.

Vidare må erinras om att såvida lagens tillämpning vid våra domstolar skall leda till ett ändamålsenligt helhetsresultat, så måste ofta lösningen av en fråga göras beroende av den ståndpunkt man intar till andra spörsmål. Antag nu — vilket ingalunda är sällsynt förekommande — att såväl den betingande som den betingade frågan är komplicerad. Antag vidare att man med avseende på den förra tre olika lösningar kunna diskuteras. Enligt Rodhes uppfattning skulle man få anföra vad som talar för den ena och den andra av dessa, men ej träffa ett val mellan desamma. Härav följer att man vid behandlingen av den betingade frågan måste röra sig med alla de tre alternativ, som uppställts med avseende på det betingande spörsmålet. Att behandla sådana frågor i överensstämmelse med Rodhes program blir tydligen så tungrott, att man med säkerhet kan förutspå att den ifrågavarande undersökningen aldrig kommer att utföras.

Å andra sidan tror jag det vara oriktigt att påstå Rodhes metod aldrig böra komma till användning. Just i ett sådant fall som det ovan berörda kan en mera begränsad användning av densamma visa sig ändamålsenlig. Antag att författaren finner tvenne av lösningarna på det betingande spörsmålet ungefär likvärdiga. Framställningen vinner i så fall i värde, om författaren behandlar det betingade problemet såväl från den ena som från den andra av dessa båda utgångspunkter. Vilken ståndpunkt praxis än intar till det förra spörsmålet, kommer man nämligen i så fall att kunna hämta vägledning ur framställningen vid bedömande att det betingade problemet.

Vidare förtjänar det understrykas att om en rättsvetenskapsman av personliga skäl hyser motvilja mot att överhuvudtaget göra några rekommendationer, så bör han naturligtvis ej tvinga sig därtill, ty det arbete blir bäst gjort för vilket man har intresse. Själv finner jag visserligen rättsfilosofiska och rättssociologiska frågeställningar vara de intressantaste, men jag har också ett levande intresse för s. k. positivrättsliga problem — såvida jag får göra ett val mellan olika tillämpningsmöjligheter. Om jag förvägras denna stimulans, skulle jag ej kunna förmå mig att syssla därmed. Nej, låt var och en av oss få bli saliga på sin fason!

Hur man än bedriver rättsvetenskap är det emellertid av betydelse att man uttrycker sig så att läsaren ej lägger in något annat i framställningen än vad författaren avsett. I den mån man uttalar sig om domstolarnas eller medborgarnas beteenden, är det givetvis lämpligt att man ej formulerar sina påståenden som rättsregler utan ger dem formen av rättssociologiska satser. Vad därefter rekommendationerna angår, har Olivecrona gjort ett uttalande som är av intresse i detta sammanhang: "Det kan och bör alltid ställas tvenne fordringar till den, som påtager sig det ansvarsfulla värvet att lämna vägledning för rättsskipningen. Det ena är att man alltid skall göra klart, när man skildrar den givna lagens innehåll och när man vid sidan därav uppställer handlingsmönster för domarna på egen hand. De egna idéerna böra icke smusslas in i lagen, ty då blir framställningen vilseledande".¹

Detta problem ställer sig olika om man tillämpar den här rekommenderade metoden eller om man söker så fastställa lagens innehåll att detta mer eller mindre s. a. s. täcker dess tillämpningsområde. I det senare fallet torde det vara mycket svårt att göra den åtskillnad Olivecrona påfordrar. Antag att man menar analogisk lagtillämpning i motsats till ex-

¹ Olivecrona: "Lagen och staten" s. 59.

tensiv sådan, innebära uppställande av ett nytt "handlingsmönster". Som vi tidigare sett kan man icke dra någon skarp gräns mellan dessa båda olika former av rättstillämpning. Om man anser något ingå i lagens innehåll eller utgöra en rättsregel, som kompletterar lagen, kommer under sådana omständigheter bli beroende på rena tillfälligheter.

Långt lättare blir det däremot att upprätthålla den ifrågasvarande distinktionen om man tillämpar den här föreslagna teleologiska metoden. Visserligen måste man även enligt denna uttala sig om lagens innehåll. Men härvidlag är det blott fråga om att fastställa vissa fall som med säkerhet kan subsumeras under lagtextens ordalydelse. I övrigt begagnas lagen endast som utgångspunkt för fastställande av dess ändamål, vilket blir avgörande då man sedan bedömer andra fall, varå lagen kan tänkas äga tillämpning. Och att lagen är tillämplig på visst fall betyder icke med nödvändighet att dess rättsfaktum föreligger utan endast att lagen kan åberopas som stöd för att dess rättsföljd gäller i den ifrågasvarande situationen. Åtminstone om författaren redovisar sin tankegång någorlunda utförligt, så tror jag icke att det under sådana omständigheter behöver uppkomma något missförstånd om vad författaren menar att lagen "betyder" och vad han anser vara dess tillämpningsområde.

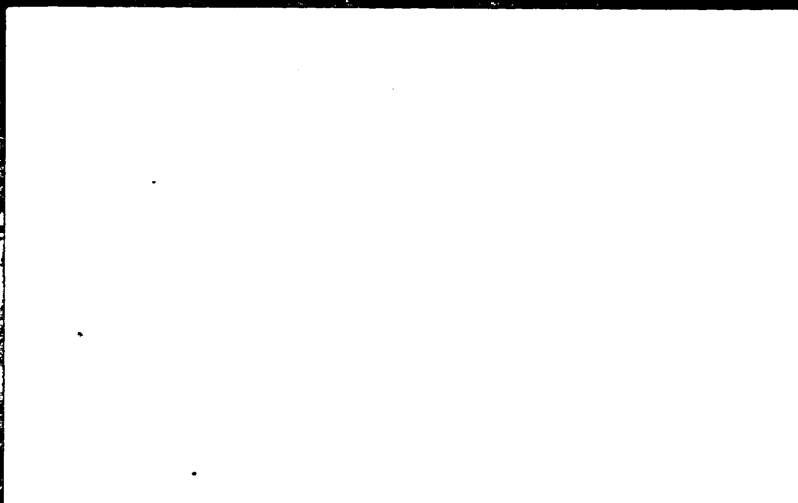
Men hur böra då rekommendationerna uttryckas? Ja, jag tror inte det är lämpligt att säga lagen böra tolkas på det eller det sättet, ty ordet "tolka" kan uppfattas som om det avsåge fastställande av lagens betydelse i ovan nämnd bemärkelse. Däremot kan det väl ej vålla missförstånd om man säger lagen böra "tillämpas" på visst sätt. Jag skulle emellertid vilja ifrågasätta om man icke även för undvikande av onödig omgång borde kunna ge sina förslag formen av rättsregler, varvid det naturligtvis är underförstått att man rekommenderar reglerna till efterföljd. Visserligen är det av vikt att läsaren får klart för sig vad författaren menar sig kunna utläsa ur lagen och vilka regler som är resultatet av hans undersökning. Med den här rekommenderade metoden

bör det emellertid i varje särskilt fall framgå av sammanhanget om det är fråga om det ena eller det andra.

Slutligen skulle jag vilja understryka att jag med det föregående ej velat ta avstånd från att man inom doktrinen uppställer förslag om att viss i lagen förekommande term fattas i en från det allmänna språkbruket avvikande juridisk-teknisk betydelse. Vad jag reagerat mot är endast att man på detta sätt generellt uttrycker det resultat man kommit till vid rättstillämpningen. Av systematiska och framställningstekniska skäl kan vara lämpligt att vissa termer, som ofta återkomma i lagtexten och äro av central betydelse för dennas uppbyggnad, fattas i en speciell, noga fixerad betydelse. Härvid avser rekommendationen sålunda icke hur domstolarna, böra tillämpa lagen utan med vilka begrepp de böra röra sig, då de bedöma rättstillämpningsfrågor.¹ Och vid tillämpningen av ett stadgande, i vilket en på detta sätt definierad term förekommer, får man alltid räkna med möjligheten att termens juridisk-tekniska betydelse icke helt överensstämmer med stadgandets tillämpningsområde.²

¹ Se Heck a. a. s. 105 och 160.

² Jfr mina uttalanden i SvJT 1950 s. 521 och 546.



Skrifter utgivna av
Juridiska fakulteten i Lund:

- I. Karl Olivecrona: **Döma till konung.**
2: —
- II. Karl Olivecrona: **Domen i tvistemål.**
8: 50
- III. Hjalmar Karlgren: **Skadeståndsläran.**
8: 50
- IV. Folke Schmidt: **Faran och försäkrings-
fallet.** 8: 50
- V. Sven Larsson: **Om personligt betal-
ningsansvar för inteckning.** (Slutsåld)
- VI. Per Nilsson-Stjernquist: **Om hand-
räkningsutslag.** 8: 50
- VII. Folke Schmidt, L. Gräntze, A. Roos:
**Arbetstid och semester för jordbrukets
utarbetare.** 5: —
- VIII. Albert Ernberg: **Grunder för gruverätt
till stenkol och eldfasta leror.** 7: 50
(Gleerupska Universitetsbokhandeln)
- IX. Tore Strömberg: **Om konfiskation som
brottspåföljd.** 14: —
- X. Håkan Strömberg: **Om rättsförhållan-
det mellan offentliga anstalter och
deras nyttjare.** 16: —
- XI. Sven Bramsjö: **Om avtals återgång.**
16: —
- XII. Fritjof Lejman: **Rättsförhållandet mel-
lan hyresvärd och hyresgäst.**
- XIII. Per Nilsson-Stjernquist: **Förenings-
firmans funktion.** 8: 50
- XIV. Per Olof Ekelöf: **Är den juridiska
doktrinen en teknik eller en veten-
skap?** 3: 50

C. W. K. GLEERUP, LUND

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

000568193

Pris kr. 3: 50