

Domarkarriären:

Att höja sig över medelmåttan är ingen merit.

Per Olof Bolding

Att juridiken måste vara integrerad med samhällsvetenskap, politik och med allmän samhällsdebatt, måste verka som en chockerande tanke.

Statsministern visade en mycket hög uppskattning av juristers förmåga att hantera brännbara spörsmål.

Studenten kommer i kläm mellan auktoriteterna. Han skall lära sig de rätta lösningarna och får inte stor chans till övning i att debattera öppet och fördomsfritt.

JURIDIK och samhälls- debatt

Almqvist & Wiksell

Juridik och samhällsdebatt

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023
eISBN: 9789198899917

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.241>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

PER OLOF BOLDING

Juridik och samhällsdebatt

Almqvist & Wiksell

Stockholm

© Per Olof Bolding
Almqvist & Wiksell/Gebers Förlag AB
Stockholm 1968

Printed in Sweden by
Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB
Uppsala 1968

Innehåll

Förord	7
1 Rättsregler — fundament för juridiken?	9
Finns det rättsregler? 10	
Vad menas med att en viss rättsregel gäller? 12	
Prognosteorin 15	
Rekommendationsteorin 16	
Domaren och civilingenjören 18	
Behovet av att mäta rättskällor och samhälls- kanskaper 21	
2 Tolkning — juristens främsta uppgift?	24
Tillämpning och tolkning 24	
Vilket är tolkningens objekt? 25	
Försiktig lagtolkning 27	
Forcerad lagtolkning — hinder för en adekvat mätmetod? 30	
Åtskillnad mellan olika slags lagbestämmelser som tolkningsobjekt? 34	
Tolkning av rättsfall 44	
3 Dubiösa inslag i den juridiska debatten	50
Rättsreglerna som forskningsobjekt 51	
Tricks med tolkning 57	
Dogmatik 63	
4 Juridik och samhällsvetenskap	70
Juridikens »hjälpvetenskaper» 70	
Juridik — tillämpad sociologi? 76	
Sociologiska data, common sense och juridisk argumentation 78	

5 Juridik och politik	89
6 Juridik och samhällsdebatt	98
7 Samhällsdebatt genom yrkesutövning	104
8 Den juridiska utbildningen	116
Sensmoral	119
Förklaringar	121
Register	125

Förord

Vilken roll spelar juristerna i samhällsdebatten? Borde de spela en mer aktiv roll? Det är dessa båda frågor som boken skall handla om. Min tes är att juristerna isolerar sig från andra grupper på ett sätt som kan bli till skada på längre sikt. Man använder alltför ofta juridiskt-tekniska resonemang i stället för sådana öppna resonemang som även icke-jurister skulle kunna delta i. Man hänvisar alltför ofta till rättsregler och har en orealistisk tilltro till tolkning som medel för problemlösning.

Boken är avsedd inte bara för jurister. Det finns inga bestämda skiljelinjer mellan å ena sidan juridik, å andra sidan samhällsvetenskap, politik och allmän samhällsdebatt. Alla som deltar i samhällsdebatten kan ha intresse av att bilda sig en uppfattning om problem som möter juristerna och som har betydelse för deras yrkesutövning och deras attityder. De olika avsnitten i boken är så skrivna att jag hoppas de skall kunna läsas fristående från varandra (kap. 2, om tolkning, är i viss mån specialinriktat och mer krävande för icke-jurister än kapitlen i övrigt).

Jag tackar amanuenserna Ragnar Olsson och Håkan Fälth för manuskriptgranskning och synpunkter.

Lund i februari 1968

P. O. Bolding

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

1 Rättsregler — fundament för juridiken?

Vad sysslar juristerna med? De har olika yrken. De kan vara domare, advokater eller åklagare. De kan ha arbetsuppgifter som faller inom den statliga eller kommunala förvaltningen eller inom det privata näringslivet. De kan syssla med exekutiva frågor, frågor som mest gäller verkställighet av högre myndigheters beslut. Eller de kan ha mer teoretiska arbetsuppgifter.

Var är då det gemensamma för juristerna, det som ger anledning till att de kan ses som en grupp med i viss mån enhetlig prägel, trots den stora olikheten mellan de samhällsfrågor som de är engagerade i och trots att de ofta har att bevaka helt olika intressen vid sådana samhällsfrågors lösning?

Ett vanligt svar är att alla jurister på ett eller annat sätt har att syssla med *gällande rätt*, med de *rättsregler* (eller *rättsliga normer*) som har betydelse för samhällets organisation och för samvaron mellan grupper och individer. Det finns rättsregler av de mest skilda slag: om statens och kommunernas förvaltning, om påföljder för brott, om familjemedlemmarnas förhållanden till varandra, om konsekvenserna av att vi har köpt mer än vi hade råd till. Det gemensamma för alla sådana regler är att de är just rättsregler. Och förutsättningen för att man skall kunna tala om juristerna som en grupp är att det verkligen finns fog för uppfattningen att rätts-

reglerna — som sådana — har någon slags egenskap som gör dem fundamentala.

Vill man diskutera juridikens förhållande till samhällsdebatten kan det därför vara lämpligt att börja med att ta upp en del frågor som gäller just rättsreglerna. Det är möjligt att det myckna talet om rättsregler har bidragit till att juristerna inte är så särdeles väl inpassade i samhällsdebatten. När en jurist karakteriserar ett problem som ett rättsligt problem, ett problem som kräver hänsyn till rättsregler, så innebär det ofta att han gör anspråk på att få se problemet inte som ett samhällsproblem i allmänhet utan som ett problem som skall lösas med juridik och inte på annat sätt. På detta sätt placerar sig juristerna utanför samhällsdebatten i en hel mängd viktiga frågor som egentligen borde angå dem men som de menar faller utanför deras kompetens bara därför att frågorna inte kan lösas med hjälp av rättsregler. De håller sig inom en avgränsad sektor av samhällslivet. Inom den sektorn anser de sig ha en alldeles speciell behörighet att komma med argument och träffa avgöranden. Men utanför den sektorn anser de att de, som jurister, inte har något alls att säga till om.

En första fråga blir då vad vi menar när vi talar om rättsregler. Är en rättsregel detsamma som en lagregel? Om inte, vari består skillnaden? Eller är det kanske rentav illusoriskt att tala om rättsregler?

Finns det rättsregler?

Vilhelm Lundstedt i Uppsala, lärjunge till Axel Hägerström, hävdade på 1920-talet och senare att det egentligen inte finns några rättsregler. Han drog mycket radikala konsekvenser av den filosofi som sedermera kommit att kallas uppsalafilosofin eller värdenihilismen. Det finns inga rättigheter, detta var ett

stående tema i hans skrifter, och heller inga rättsregler. Juridik är, menade han, en fråga om samhällsnytta, och det som vi åsyftar när vi talar om rättigheter och rättsregler är rent illusoriskt, ren metafysik. Att det skulle finnas rättsregler som kan medföra exempelvis att äganderätten övergår från en person till en annan, detta är inte realistiskt. Vad som i verkligheten äger rum vid en övergång av »äganderätt» (Lundstedt satte regelmässigt citationstecken kring sådana ord) är att vissa åtgärder företas — exempelvis överlämnar säljaren en vara i utbyte mot ett penningbelopp — som får en viss betydelse genom det sätt varpå samhällsmaskineriet arbetar. Köparen får typiskt sett en viss tryggad position genom att var och en vet att menliga konsekvenser — straff, skadestånd m. m. — hotar den som försöker rubba honom i hans besittning.

Lundstedt spelade stor roll som idégivare, men det var inte många bland juristerna som han lyckades övertyga. Han måste själv medge att ord som »äganderätt», »panträtt» och »rättsregel» inte kan undvaras i det juridiska språket. Det måste finnas termer som i korthet anger exempelvis just detta att en person har fått en viss tryggad position genom att han — genom betalning och besittningsöverflyttning — köpt en viss sak. Varför skulle man då inte kunna säga att »äganderätten övergått» på honom och att det nu är han som är ägare? Jovisst, medgav Lundstedt, men man måste då göra det förbehållet att man i så fall brukade orden endast »såsom etiketter». Köparen hade inte i realiteten förvärvat någon äganderätt, men man kunde i korthet uttrycka saken så!

Det dröjde ganska länge innan Lundstedt fick något seriöst bemötande. I början av 1940-talet kom en bok av Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral*. Den innehöll ett kapitel med titeln »Det Hägerström-Lundstedtska misstaget». Där hävdades att både Hägerström och Lundstedt arbetade med ohåll-

bara teorier om vad som är ordens mening. De hade, enligt Hedenius, förväxlat ordens mening med verklighetsfrämmande teorier om deras mening och på så sätt lyckats konstruera en sax med vars hjälp det var möjligt att klippa vilken rättsfilosof som helst.

Det kom bemötanden från Lundstedts sida, men Hedenius kritik blev accepterad. Det förekommer numera inte så ofta att någon frågar om det »finns» rättigheter eller rättsregler. Det är onödigt och förvillande att ställa sådana frågor. Man bör vända på saken och utgå från språkbruket. Vilka realiteter kan åsyftas när man använder de och de orden? Vilken funktion skall vissa ord och satser fylla i bestämda sammanhang?

Om vi nu lämnar frågan om rättigheterna och koncentrerar oss på rättsreglerna så tycks det som om vi kunde våga utgå från följande. Det är inte någon mening med att fråga om det finns några rättsregler. Däremot kan vi ge oss på spørsmålet om vad som faktiskt åsyftas och vad som rimligen bör åsyftas när man i olika sammanhang nyttjar ordet rättsregel. Vid en sådan undersökning finns det många argument att hämta från Lundstedts arbeten. Även om man inte kan godta det sätt varpå han ställde sina frågor så kan man dra lärdomar av de synpunkter som gav anledning till hans skepsis.

Vad menas med att en viss rättsregel gäller?

Under vilka betingelser kan det finnas acceptabel mening i ett påstående om att den eller den rättsregeln gäller? Sådana påståenden kommer vi dagligdags med i de mest skilda sammanhang. Det finns rättsregler, säger vi, om att en människa blir myndig vid 21 års ålder, om att köp av fast egendom skall lagfaras, om att bilar skall vara trafikförsäkrade.

Så länge vi håller oss till sådana enkla och oproblematiske

påståenden är det inte nödvändigt att bekymra sig om något terminologiskt problem. Kraven på exakthet i språkbruket är beroende av vad det är för slags meningsyttring eller samtal som man håller på med. Ofta kan man tillåta sig att använda ordet rättsregel som synonym till andra ord, t. ex. ordet lagregel.

Det är emellertid nyttigt för vår följande debatt att vi nu diskuterar ordet rättsregel med den utgångspunkten att stor exakthet i språkbruket bör begäras. I vissa fall är det naturligtvis på det sättet, t. ex. när ordet rättsregel används inom ramen för en vetenskaplig diskussion i ämnet allmän rättslära.

Vi kan då rikta uppmärksamheten på sådana satser som att »här gäller en rättsregel» av den och den innebörden eller »här skall en rättsregel tillämpas» som går ut på det eller det. Sådana satser förekommer ofta när man frågar: »Hur är det med den här gärningens straffbarhet?» — »Hur är det med möjligheten att få ut skadestånd i den och den situationen?» Vi besvarar ofta sådana frågor genom att hänvisa till rättsregler. Vilken innebörd lägger vi i detta, om vi nu vill göra anspråk på att uttrycka oss adekvat?

Det mest klagörande är nog att till en början använda uteslutningsmetoden. Vad finns det för olika alternativ som ligger någorlunda nära till hands men som dock måste avfärdas som oacceptabla?

För det första tror jag vi kan slå fast att ett påstående att rättsregeln R gäller inte är likvärdigt med ett påstående om att det finns en *lagt* som har lydelsen R. Man menar ju att det finns — exempelvis inom skadeståndsrätten — rättsregler även på områden som är oreglerade av lagen. Därtill kommer att en lag antas kunna bli försatt ur spel inte bara genom att den i vederbörlig ordning upphävs utan även av andra orsaker, t. ex. om den framstår som hopplöst föråldrad

(obsolet). En rättsregel kan alltså ha ett annat innehåll än en samtidigt gällande lagtext.

För det andra bör vi kunna avvisa tanken att påståendet »rättsregeln R gäller» skulle vara likvärdigt med ett påstående om att någon viss myndighet, t. ex. högsta domstolen, i något tidigare fall eller i en serie av tidigare fall företagit vissa åtgärder eller gjort vissa uttalanden (*rättspraxis*). En myndighet kan tänkas ha handlat i strid mot en rättsregel, och dessutom kan rättsregeln tänkas ha fått ett annat innehåll när påståendet om R görs än vad som var fallet när myndigheten avgjorde saken.

För det tredje måste vi självklart förkasta den möjligheten att ett påstående om rättsregeln R:s giltighet skulle vara likvärdigt med ett konstaterande av att någon auktoritativ juridisk skribent, t. ex. författaren till en proposition eller en lagkommentar, framställt en åsikt om att R är den regel som skall tillämpas. Den juridiska *doktrinen* — så kallar man ibland en viss sorts juridisk litteratur — har inte någon behörighet att konstruera rättsregler.

Vad återstår? Påstår man att rättsregeln R gäller så räcker det tydligen inte att hänvisa till någon av de rättskällor som juridiken arbetar med. Ingen sådan rättskälla kan, sedd isolerad, ge tillräckliga skäl för antagande av rättsregler. Tydligen måste en rättsregel vara något som man kommer fram till genom en mer komplicerad tankeoperation, genom något slags helhetsbedömning av rättskällorna och eventuellt dessutom av annat kunskapsstoff som är av sådan art att det kan ge vägledning i en valsituation. Här är det två teorier som kommer med i bilden. Den ena teorin — *prognoseorin* — går ut på att påståendet »rättsregeln R gäller» innebär en förutsägelse om att en domare eller annan beslutsfattare skulle handla på visst sätt om han vid en viss tidpunkt hade att träffa ett avgörande beträffande en viss fråga. Den andra

teorin kan vi kalla *rekommendationsteorin*. Dess kvintessens är att påståendet »rättsregeln R gäller» kan uppfattas — åtminstone i vissa typer av situationer — som ett råd till beslutsfattaren om hur han bör göra.

Prognosteorin

Det finns vid första påseendet mycket som talar för prognosteorin. Ställer man en fråga beträffande rättsregeln R så är det ofta just detta man är intresserad av: hur skulle en domstol — eller något annat beslutsfattande organ — handla om saken blev aktuell just nu?

Men om vi nu tänker oss att påståendet om rättsregeln R skulle utgöra en förutsägelse, en prognos, vad har vi då för grundval för prognosen? Vi kan tänka oss att påståendet gäller ett fall som skulle kräva behandling vid domstol. Vi vet i stort sett hur en domare brukar bete sig när han skall ta ställning till ett problem som faller inom hans behörighet. Han utnyttjar de s. k. rättskällorna. Om frågan inte är alldeles enkel tar han reda på vad som står i lagen och kanske forskar han i rättspraxis och lagmotiv. Därutöver kan emellertid hans privata värderingar och hans allmänna uppfattning i samhällsfrågor spela en stor roll. Skall vi då i förutsägelsen inrymma ett hänsynstagande till att saken kan komma upp inför en viss domare, kanske en domare i lägsta instans som är känd för att driva en alldeles speciell linje i den typ av mål som vi nu tänker på?

Det vore orimligt att göra så, bl. a. på grund därav att den som är missnöjd med ett underrättsavgörande kan fullfölja sin sak till högre rätt. Skall vi då låta förutsägelsen avse ett tänkt handlande av högsta domstolen (eller något annat organ som har »sista ordet» i saken)? Det låter säga sig. Men vilket material har vi i så fall att bygga på när vi gör för-

utsägelsen? Den högsta instansen består av ett antal personer som delvis är anonyma för oss. Domstolens sammansättning skiftar. Förutsägelsen borde alltså grundas på sådana omständigheter som har betydelse oberoende av vilka ledamöter vi tänker oss som medverkande i prövningen. Vad finns det då att grunda förutsägelsen på?

Det återstår väl bara rättskällorna och de övriga kunskapsmoment och värderingar som vi normalt väntar oss att en ambitiös och skicklig domare skall låta bli vägledande för sitt handlande. Men vinner vi i så fall ökad klarhet genom att uppfatta det hela som en förutsägelse om hur *en annan person*, en anonym domare, skulle se på saken? Är det inte snarare så att vi siktar in oss på hur *vi själva* skulle vilja avgöra saken om vi hade till uppgift att döma? Vi kan väl inte vinna ökad kunskap genom att tänka oss någon annan person försatt i samma belägenhet som den vi själva befinner oss i?

Rekommendationsteorin

Denna teori har debatterats särskilt i sammanhang med meningsutbyten om rättsvetenskapens arbetsuppgifter. Den har emellertid ett mera allmänt intresse just i vår diskussion om vad som menas med rättsregler. Juristen — rättsvetenskapsmannen eller någon annan jurist som det nu gäller — skall ta sikte på den situation som en domare eller annan beslutsfattare skulle befinna sig i om han vid den aktuella tidpunkten hade att pröva den fråga som vi är intresserade av. Så långt råder överensstämmelse mellan prognosteorin och rekommendationsteorin. Men enligt den senare teorin skulle juristen inte försöka göra en förutsägelse utan försöka ge ett råd. Säger juristen att rättsregeln R gäller så är detta att uppfatta som en rekommendation att lösningen R bör väljas av beslutsfattaren.

Rekommendationsteorin går fri från de invändningar som vi nyss funderade över i samband med prognosteorin. Rekommendationsteorin tycks innehålla en ganska god beskrivning av den verksamhet som ofta bedrivs inom rättsvetenskapen. Rättsvetenskapsmannen tar vanligen med i beräkningen alla sådana faktorer som han anser betydelsefulla för domaren, och han är ofta angelägen om att hans slutsatser skall få sådan utformning att de direkt kan tjäna till ledning för domaren. Hävdar rättsvetenskapsmannen att rättsregeln R gäller så är detta, anser många, att uppfatta som en rekommendation till domaren vid valet mellan skilda lösningsalternativ.

Men nog finns starka skäl till dubier även beträffande denna teori. Det förefaller ganska malplacerat att dra några mera vittgående slutsatser av hur just rättsvetenskapsmännen — eller snarare en del rättsvetenskapsmän — ser på sina arbetsuppgifter. En viktigare invändning är att teorin lägger alltför stor tonvikt vid de *syften* som kan finnas hos den person som säger att rättsregeln R gäller. Det är ingenting som säger att en jurist — inte ens om han är rättsvetenskapsmän — behöver ha ett visst syfte när han uttalar sig om en rättsregel. Han kan visserligen ofta räkna med att hans arbetsresultat kan få en viss betydelse för personer som på ett eller annat sätt har att träffa avgöranden i samhällsfrågor, men vetenskapen om detta behöver inte ha någon betydelse för det sätt varpå juristen bedriver sitt arbete. Om en jurist påstår att rättsregeln R gäller så förstår vi så mycket som att han menar att ett visst problem bör lösas på ett visst sätt. Men vi har anledning att fråga oss: vilket *underlag* måste krävas för att hans påstående skall kunna anses meningsfullt? Det är, efter vad vi nu har sett, en besvärlig fråga. Juristen kan inte grunda sitt påstående bara på en formulering i en lag, inte heller enbart på något uttalande eller någon

åtgärd från någon myndighets sida eller på vad som sagts i lagförarbeten, handböcker eller annan juridisk litteratur. Vilket eller vilka alternativ återstår? Det tycks som om varje utsaga av typen »rättsregeln R gäller» måste vara grundad på en *helhetsbedömning* av ett kunskapsmaterial som står den person till buds som gör uttalandet. Men hur skall denna helhetsbedömning i så fall utföras? Finns det en särskild juridisk metod som man här kan dra nytta av? — Vi kanske kan få en bakgrund till bedömningen av den frågan genom att göra en liten jämförelse mellan en jurist och någon funktionär som i ett icke-juridiskt sammanhang har att spela rollen som beslutsfattare.

Domaren och civilingenjören

I ett uttalande av Ivar Strahl görs en jämförelse mellan en domare och en »naturforskare»:

»Det är . . . att fasthålla, att rättsreglerna icke existera i egentlig mening och att domarens verksamhet därför icke kan gå ut på att konstatera dem på samma sätt som naturforskaren söker konstatera det verkliga eller lagarna för detta. Däremot äro själfvallet uttrycken för rättsordningen, t. ex. lagens ord och förarbeten, tillgängliga för ett konstaterande av samma art som naturforskarens. Domaren måste emellertid sedan han sökt reda på dessa uttryck därav sluta sig till rättsreglerna och däri ligger det för hans verksamhet specifika. Han är därvid . . . mer eller mindre bunden, och på den grund är det försvarligt och kanske till och med lämpligt att kalla hans verksamhet för ett finande av rättsreglerna.»

Jag tror att jämförelsen med domaren blir mer intressant om vi byter ut naturforskaren mot en naturvetenskapligt utbildad tekniker, t. ex. en civilingenjör som sysslar med byggnadstekniska konstruktionsproblem.

Anta att vi säger till en sådan ingenjör: »Du skall tillämpa gällande byggnadstekniska principer!» Mot detta uttalande

kan väl i så fall riktas samma invändning som mot uppmaningen till domaren att han skall tillämpa gällande rättsregler. Kan man säga att rättsreglerna »icke existera i egentlig mening» — som Strahl hävdade — så kan man säga alldeles detsamma om gällande byggnadstekniska principer.

Låt oss då vidare anta att vi säger följande till civilingenjören: »Du skall skaffa dig kunskap om vissa fakta, t. ex. olika ämnens hållfasthet och brukbarhet för konstruktionsändamål. Därav skall du sluta dig till vilka byggnadstekniska principer som råder!» Vad skulle ingenjören säga om han fick en sådan uppmaning? Kanske han skulle säga så här: »Jag skall inte alls sluta mig till några gällande byggnadstekniska principer. Jag skall sluta mig till hur konstruktionsproblemet bör lösas!»

Här kan vi spetsa till jämförelsen mellan domaren och ingenjören. Vi kan nämligen tänka oss att en domare gör följande kommentar: »Jag behöver inte heller sluta mig till någon rättsregel. Sedan jag skaffat mig kunskap om 'uttrycken för rättsordningen', dvs. lagtext, rättsfall, uttalanden i förarbeten m. m., så blir min uppgift att avgöra vilket innehåll domen skall få. Det är lika onödigt för mig att skjuta in »gällande rättsregler» mellan fakta och dom som det är för ingenjören att skjuta in 'gällande byggnadstekniska principer' mellan fakta och ställningstagande».

Låt oss nu anta att detta domarens resonemang i huvudsak är godtagbart. Vilka konsekvenser följer därav? En konsekvens ser vi genast. Domaren kan inte hämta *vägledning* av någon rättsregel. Rättsregeln betecknar bara det *slutresultat* som domaren kommit fram till i sina överväganden. Det resultatet kan han låta komma till omedelbart uttryck i domen. Varken domaren eller ingenjören behöver bekymra sig om något annat än att komma fram till en slutsats på grundval av det material som hans prövning omfattar. Något fristå-

ende problem som skulle bestå i att finna en regel behöver domaren alltså inte ta itu med.

Men om detta är riktigt, hur skall man då förklara att det inom juridiken så ofta talas om rättsregler? Jag tror att förklaringen åtminstone delvis är den att även andra jurister än domaren (eller beslutsfattaren i vidsträckt mening) kan ha anledning att överväga vilken lösning på ett juridiskt problem som i viss mening är den »riktiga». Det kan gälla exempelvis för en advokat som skall ge en konsultation eller för en rättsvetenskapsman som studerar en teoretisk fråga. Om en sådan person kommer fram till en slutsats beträffande sitt problem så kan han inte låta slutsatsen få omedelbar effekt i ett praktiskt handlande. Han får därför nöja sig med att göra en formulering som innefattar hans privata slutomdöme. Han kanske skriver eller säger att en viss rättsregel får antas gälla.

Innebär då det sagda att det, i de berörda avseendena, skulle råda överensstämmelse mellan domarens och ingenjörens tillvägagångssätt när de på grundval av sina kunskaper konstruerar sina produkter (domen, bygget)? Nej, en viktig skillnad bör vi notera. Ingenjören behöver inte på samma sätt som domaren bekymra sig om vilken relativ vikt som bör tillmätas olika delar av det kunskapsmaterial som han baserar sitt ställningstagande på. Vid sin behandling av konstruktionsproblemet kan han fritt operera med alla slags kunskaper, både sådana som han hämtat in från böcker och sådana som han kommit på själv. Domaren är sämre — eller kanske bättre, i varje fall annorlunda — ställd: han måste använda en metod som innefattar principer för hur olika delar av hans kunskapsmaterial skall värderas inbördes. Det specifika för domarens verksamhet ligger inte däri att domaren måste »sluta sig till rättsreglerna» — för att återigen anknyta till Strahl — utan i att domaren på visst sätt

är bunden vid sin värdering av kunskapsmaterialet. Han skall behandla vissa argument som auktoritativa.

Behovet av att mäta rättskällor och samhällskunskaper

Om det hittills sagda är hållbart har vi anledning till stor försiktighet i våra påståenden om rättsregler. Säger vi att rättsregeln R gäller så kan detta inte, åtminstone inte alltid, uppfattas som en prognos eller en rekommendation. Påståendet måste vara grundat på ett visst kunskapsmaterial. Men vill vi vara noga så kan vi inte som material bruka enbart lagtexter, rättsfall eller uttalanden i lagförarbeten eller andra skrifter. Det måste, har vi antagit, vara fråga om en helhetsbedömning av ett kunskapsmaterial som inte har någon enhetlig struktur. Till materialet hör inte bara det som brukar kallas rättskällor utan också kunskaper beträffande de samhällsförhållanden som direkt eller indirekt har anknytningspunkter till det problem som beslutsfattaren har att ta ställning till.

En viktig fråga måste då vara förhållandet mellan å ena sidan kunskapen om rättskällorna, å andra sidan samhällskunskaperna. Rättskällorna har en fastare struktur och är på olika sätt formaliserade så att juristen lätt skall kunna använda dem. Samhällskunskapen är däremot något mycket obestämt. Två jurister som skall lösa ett och samma problem kan ha helt skilda utgångslägen i fråga om samhällskunskap, både när det gäller bredd och när det gäller djup. Om de vill bredda eller fördjupa sin samhällskunskap så kan det tänkas att de använder helt skilda metoder vid inriktningen av sina studier och vid bedömningen av frågan om samhällskunskapens relativa vikt i jämförelse med rättskällorna. Detta kan sägas vara en nackdel, men det är i så fall en ofrån-

komlig nackdel. Samhällskunskapen måste spela en viss roll, medvetet eller omedvetet, för juristen i hans beslutsfattande. Stundom är saken enkel, t. ex. om lagen ger tydlig anvisning och det redan vid första påseendet är klart att det inte finns några samhällsintressen, som skulle kunna ge argument för en annan lösning än den som lagen anvisar. Men det kan å andra sidan hända att två tänkbara lösningar är lika väl förenliga med rättskällorna och att ställningstagandet måste ske uteslutande på grundval av domarens samhällskunskap.

Om vi då utgår ifrån att det måste finnas en metod varmed man kan pröva hållbarheten av ett uttalande om att en viss rättsregel gäller, så måste denna metod uppenbarligen innefatta en avvägning av samhällskunskapens betydelse i jämförelse med rättskällorna. Dessutom måste metoden ge en anvisning om hur rättskällorna skall vägas mot varandra inbördes.

Den sistnämnda frågan — frågan om rättskällornas inbördes vikt — skall vi inte gå så mycket in på i det följande. Vill vi se på förhållandet mellan juridiken och samhällsdebatten så är det naturligtvis förhållandet mellan å ena sidan rättskällorna, å andra sidan samhällskunskapen som drar till sig intresse. Men för att en preciserad jämförelse skall kunna ske på den punkten är det av betydelse att vi har en allmän uppfattning om var yttergränserna går för rättskällornas tillämpningsområden. Vi har ju antagit att samhällskunskapen spelar en *viss roll* som underlag för varje påstående om att en viss rättsregel gäller. Men *hur stor roll* spelar den? Det sammanhänger med frågan om hur rättskällorna skall tolkas. Menar man att tolkning av en rättskälla, t. ex. en lagtext eller ett rättsfall, kan ge argument i mycket vidsträckt mån, så blir naturligtvis samhällskunskapens relativa vikt därigenom mindre.

Vi skall alltså ägna en viss uppmärksamhet — det kan inte

bli fråga om några detaljerade studier — åt spörsmålet vad som avses med tolkning av lag och tolkning av rättsfall. Vi skall sedan återkomma till problemet om samhällskunskapens betydelse som grundval för ställningstaganden i juridiken.

2 Tolkning — juristens främsta uppgift?

Tillämpning och tolkning

Det är nog en ganska vanlig uppfattning att tolkning av lagar och rättsfall är den mest kvalificerade och samtidigt mest intressanta av de arbetsuppgifter som juridiken bjuder på. I enkla fall blir det bara fråga om att *tillämpa* en lag eller kanske att anpassa ett avgörande direkt efter ett rättsfall. När svårare problem möter blir det inte längre fråga om tillämpning utan om *tolkning*, något som ställer större krav på skarpsinne.

Vad åsyftar man närmare bestämt när man gör denna åtskillnad mellan tillämpning och tolkning? Jag skulle tro att en vanlig tankegång är ungefär följande. Tillämpning blir det fråga om när en lagtext eller en språklig formulering i ett rättsfall direkt, enligt sin ordalydelse, ger vid handen att ett förekommande problem skall lösas på det eller det sättet. Man finner att det aktuella fallet kan *subsumeras* direkt under lagtexten eller under den rättsregel som kan utläsas av rättsfallet. Tolkning blir det däremot fråga om i det fallet att subsumtion ej kan ske. Man måste då fråga sig om lagtexten eller rättsfallet skall tolkas på ena eller andra sättet och om till följd därav det aktuella fallet skall få den ena eller den andra utgången.

Det finns emellertid också en annan möjlighet — eller kanske ännu fler — att se på förhållandet mellan tillämpning och tolkning. Enligt en uppfattning skall den språkliga lydel-

sen av en lagtext endast tjäna som utgångspunkt för en tolkningsprocedur, och lagtextens »betydelse» blir beroende av hur tolkningsoperationen faller ut. Om man sedan träffar ett avgörande som överensstämmer med lagtextens betydelse så kan detta — ehuru möjligen inte alltid — sägas innebära att man tillämpar lagen.

Ingendera av dessa åsikter kan anses acceptabel som utgångspunkt för ett mera exakt resonemang om rättskällornas vikt i jämförelse med samhällskunskapen. Det finns alltså skäl att försöka åstadkomma några preciseringar. Vi kan börja med att ställa frågan: När man inom juridiken utför en tolkningsoperation, vad är det närmare bestämt som utgör objektet för tolkning, vad är det som man tolkar?

Vilket är tolkningens objekt?

Om vi anser synpunkterna i förra kapitlet acceptabla så följer den viktiga slutsatsen att *en rättsregel aldrig kan vara objekt för tolkning*. Rättsregeln utgör en beteckning för den definitiva slutsatsen av en tankeoperation. Någon ytterligare bearbetning av rättsregeln kan det inte bli fråga om. Rättsregeln är ju bara ett uttryck för att problemet skall lösas på visst sätt.

Man kan nog generalisera detta och säga att en tolkning alltid måste avse något konstaterbart faktum som inte, innan tolkningsproceduren sätts in, har gjorts till föremål för någon rättslig kvalificering (blivit inordnat under något begrepp, blivit ställt i relation till någon princip eller något dylikt). Det som man tolkar är för det mesta någon språklig utsaga sådan som den framträder i en text, t. ex. en lagtext, en passus i ett rättsfallsrefererat, ett kontrakt eller ett testamente. Men det kan också vara fråga om en språklig utsaga som givits i muntlig form, t. ex. under en avtalsförhandling eller i samband

med ett vittnesförhör. Ett tredje fall är att man tolkar något faktum — ofta benämnt *indicium* — som alls inte utgör något språkligt fenomen, t. ex. en åtgärd som vidtagits av en avtalskontrahent eller en kroppslig reaktion som man kunnat märka hos ett vittne eller en part i samband med bevisupptagningen i en rättegång.

Vad menar man då när man säger att man utför en tolkning i sådana fall som dessa? I vissa fall kanske man inte menar mer än att man utför en närmare undersökning av det objekt som tolkningen avser. Man »lusläser» kanske en språklig text för att inte gå miste om några ordvalörer. Man spelar kanske om och om igen upp ett ljudband för att få klarhet om karakteristiska detaljer i en muntlig utsaga. Men vanligen är det väl inte bara sådant som man menar när man säger att man utför en tolkning. När man säger sig tolka en text kan det vara fråga om en mängd olika slags aktiviteter utöver dem som består av studium av själva texten. Man kanske frågar efter den persons avsikt som skrev texten. Man kanske sätter in texten i ett större språkligt sammanhang för att få fram en viss betydelse — kanske ett slags teknisk betydelse — hos de begagnade orden. Man kanske frågar efter textens ändamål (om det gäller en lagtext) eller dess symbolfunktion (om det gäller ett diktverk).

Inom juridiken är det framförallt lagtexter och rättsfalls-
texter som tilldrar sig intresset. Här brukar man tala om olika tolkningsprinciper. En tolkning kan exempelvis vara *subjektiv*, vilket innebär att särskild hänsyn tas till synpunkterna hos den person som skrivit texten (kanske en lagskrivningsexpert eller en domare). En tolkning kan också vara *teleologisk*, varmed menas att särskild hänsyn tas till de ändamål som texten skall fylla. Det förekommer också att man gör åtskillnader som kan sägas gälla tolkningens intensitet. En tolkning kan vara mer eller mindre försiktig, mer eller

mindre forcerad. Man kan med andra ord gå mer eller mindre långt när det gäller tolkningsverksamhetens mål och medel. När vi skall syssla med sådana frågor i det följande kan vi lämpligen göra en åtskillnad på så sätt att vi först går in på frågor som gäller tolkning av lagtext och därefter — i ett särskilt avsnitt — berör några problem som särskilt har betydelse vid tolkning av rättsfall.

Försiktig lagtolkning

Om man menar att samhällsdebatten bör ha ett visst spelrum inom juridiken så är det av intresse att få klarhet i hur långt man kan komma genom tolkning av lagen. Vi har konstaterat att en problemlösning inte på ett alldeles mekaniskt sätt kan läsas fram ur lagen ens om lagen är alldeles tydlig — lagen kan exempelvis vara så föråldrad att den inte kan tjäna som vägledning. Men i stort sett förhåller det sig naturligtvis så att lagens innehåll blir bestämmande för domarens avgörande i och med att domaren konstaterat att lagens ord passar in på det fall som han har framför sig. När det nu begärs av domaren att han skall tolka lagen så ställs han inför flera möjligheter. Han kan tolka lagen på sådant sätt att den får mindre betydelse för avgörandet än vad den vid första påseendet borde ha. Domaren kanske uttrycker detta så att han gör en »*inskränkande*» tolkning av lagen eller att han tolkar lagen »*inte alltför bokstavligt*». Men han kan också ge större verkningsområde åt lagen genom att tolka den »*extensivt*» eller genom att utnyttja lagen som grundval för *analogier*.

Båda de nu nämnda förfaringssätten — metoden att tolka inskränkande och metoden att tolka extensivt — är problematiska från de synpunkter som vi är intresserade av i det här speciella sammanhanget. Orsaken till att domaren väljer den

ena eller den andra tolkningen kan vara att han vill tillgodose ett visst samhällsintresse. Men det är inte säkert att det blir klart utsagt vilket samhällsintresse som han tänker på. Det kan på något sätt förefalla som om lagtolkningsoperationen i och för sig skulle ge lösningen på domarens problem. Genom att inrikta sig på att vara verksam som lagtolkare kanske domaren frestas att lägga alltför djup innebörd i tekniska förfaranden och att se alltför ytligt på samhällsintressen som kräver beaktande.

En lämplig utgångspunkt för vidare diskussion kan vi få genom att ställa följande fråga: Om man anser att tolkning bör utföras efter en metod som innebär *maximal försiktighet*, vilken beskaffenhet bör då tolkningsoperationen få? Ett preliminärt svar ligger nära till hands. Tolkningen borde, kan man tycka, inte drivas längre än fram till den punkt där två eller flera olika möjligheter är lika väl förenliga med lagtextens ordalydelse. Men detta preliminära svar är alldeles för obestämt. Det måste konfronteras med något exempel som visar vilka svårigheter som möter. Vi kan begagna ett rättsfall från 1950-talet:

I samband med talan om återvinning till ett konkursbo (begäran att viss egendom hos tredje man skall förklaras ingå i konkursboet och stå till disposition för konkursborgenärerna samfällt) uppkom frågan vad som skulle avses med frasen »betalt förfallen gäld» (konkurslagen 30 §). Kunde man med detta förstå inte bara betalning i penningar — ett alldeles klart fall — utan också det fallet att en person som fått förskottslikvid för varor fullgjort sin skyldighet att leverera dessa varor? Skulle alltså leveransen vara likvärdig med en betalning?

I målet fördes fram en hel del olika tolkningsresonemang. Det hävdades att lagtextens ord hade en speciell juridiskt-teknisk betydelse med hänsyn till att en annan bestämmelse i samma lag innehåller en fras om betalning »annorledes än med penningar» (betalning borde därför inte avse bara det

typiska fallet, dvs. betalning med kontanter, check eller dylikt). Från motsatta sidan hävdade man att uttrycket »betalt förfallen gäld» borde ges en tolkning som svarade mot de föreställningar som affärslivets folk rimligen kunde väntas få vid läsningen av en sådan text som denna: man kunde knappast komma på den tanken att lagtexten skulle åsyfta en varuleverans. Vidare kom man med en hel del andra argument. Konkurslagens förarbeten, bl. a. den omständigheten att den tyska Konkursordning stått modell för den svenska lagen, ansågs motivera en viss ståndpunkt vid tolkningen. Det gjordes också gällande att affärslivets behov av skydd mot åtgärder till skada för borgenärer krävde beaktande på så sätt att lagorden borde tolkas vidsträckt eller åtminstone analogivis.

Den för oss intressanta frågan är nu vilka av dessa argument som har sin plats inom ramen för ett försiktigt tolkningsresonemang. En utgångspunkt är därvid given. Det räcker inte, för att ett argument skall kunna anses ha betydelse *för tolkningen*, att argumentet är av betydelse *för avgörandet*. Det är ju helt illusoriskt att tänka sig att man genom lagtolkning skulle kunna åstadkomma en fullständig inventering av alla de skäl för och emot som kan kräva beaktande när en dom skall ges. Det gäller alltså att skilja mellan å ena sidan sådant som hör till tolkningen, när denna görs försiktigt, och å andra sidan sådant som inte har med tolkningen att göra men som dock kan vara beaktansvärt.

En annan utgångspunkt är att varje tolkning, alltså även den mest försiktiga tolkningen, måste ta hänsyn inte bara till isolerade ord utan även till sådana »menings- och motivationssammanhang» som orden ingår i. Det förekommer ofta att man i juridiken begagnar banala vardagsord i en speciell juridiskt-teknisk betydelse, t. ex. när man i processrätten använder ordet »sak» som beteckning för ungefär det som tyskarna kallar »Prozessgegenstand» (processföremål). Natur-

ligtvis framgår det ofta av sammanhanget i en lagtext att ett visst i och för sig tvetydigt ord måste tillmätas en viss fixerad betydelse. Men att redan detta spörsmål kan vara mycket problematiskt och besvärligt, det finner vi just i exemplet med återvinnningen. Nog fanns det visst fog för ståndpunkten att ordet »betalning» borde anses som en juridiskt-teknisk term, inkluderande även varuleverans? Men nog fanns det väl också förnuft i det mera semantiskt präglade resonemang som gick ut på att en sådan läsning av texten knappast skulle framstå som naturlig för affärsmännen? Exemplet tycks alltså visa att en försiktig tolkning ibland måste lämna två möjligheter öppna, även i en situation där det vid första påseendet ser ut som om den rent språkliga faktorn borde vara den avgörande. I själva verket förhåller det sig så att lagtextens innebörd i komplicerade fall inte kan bedömas utan att man tar hänsyn till sådana typiska intressen som kan finnas hos dem som är lagtextens adressater (i detta fall främst affärsmän, banker m. fl.). En rent språklig analys kan ge vägledning endast beträffande de grova linjerna i våra lagar. En försiktig lagtolkning borde inte ha ambitioner att komma längre än till att klarlägga de grova linjerna, så långt detta är möjligt vid studiet av lagtexten som sådan, dvs. lagtexten betraktad som en språklig utsaga.

Forcerad lagtolkning — hinder för en adekvat mätmetod?

Den lagtolkning som vi nyss var inne på — den »försiktiga» lagtolkningen — skulle tydligen ofta ge klen resultat och skulle lämna många i och för sig viktiga argument utanför blickfältet. Många synpunkter skulle anses ovidkommande för tolkningen trots att de obestridligen hade betydelse för avgörandet. Vi kan då fråga oss om det verkligen finns skäl att betrakta lagtolkningen som en så avgränsad, nästan steril,

verksamhet. Är det inte bättre att acceptera en mera forcerad lagtolkning?

Innebörden av den forcerade lagtolkningen kan vi kanske få en uppfattning om genom att än en gång återvända till det exempel — återvinning till konkursbo — som nyss nämdes. Vi kan reflektera över rådhusrättens dom i målet. Där sägs det, helt lakoniskt:

»Åberopade efter förskottsbetalning verkställda varuleveranser och i samband därmed gjorda utlägg kunna icke anses utgöra betalning av gäld.

Någon rätt till återvinning i yrkat hänseende för konkursboet föreligger därför icke.»

Hur skall man uppfatta detta rådhusrättens yttrande? Är det en lagtolkning som man har gjort? Är det i så fall en försiktig eller en forcerad lagtolkning?

Rådhusrätten har motiverat sitt ställningstagande uteslutande genom en hänvisning till lagtexten. Det förefaller därför naturligt att anta att rådhusrättens ledamöter har uppfattat problemet som ett problem om lagtolkning. Men det är knappast troligt att man ansett alla andra argument ovidkommande för avgörandet än dem som enbart en läsning av lagtexten kunnat aktualisera. I så fall kan vi säga att lagtolkningen har varit inte försiktig utan forcerad. Efter en diskussion av flera argument — varav en del ligger helt vid sidan av lagtexten — har man stannat för en viss lösning och sedan uttryckt sig som om lagtexten hade en viss betydelse, en betydelse som avgörandet överensstämde med.

Onekligen kan det i många sammanhang vara praktiskt att begagna tankemodeller som denna. Inom juridiken finns det ofta behov av att kunna uttrycka sig starkt förkortat. En jurist kanske frågar en annan: »Vad gällde saken?» Och svaret kan bli: »En fråga om tolkning av 30 § konkurslagen.» Man begagnar lagtexten som en referensram, något att hän-

visa till. Det kan alltså inte bli tal om att man skulle utmönstra ordet tolkning som beteckning för tankeoperationer som endast har en vag anknytning till en viss lagtext. Men nu är det inte närmast det terminologiska problemet som vi är intresserade av. Den viktiga frågan är i stället denna: Är den forcerade lagtolkningen en godtagbar metod när den ställs upp som ett konkret alternativ till den försiktiga lagtolkningen? Detta är en fråga som egentligen skulle kräva en ingående undersökning. Här måste vi emellertid nöja oss med att se på några enstaka argument och sedan välja en hypotes som kan vara brukbar i det fortsatta resonemanget.

En viktig aspekt får vi fram genom att tänka oss att en domstol idag skulle ta ställning till alldeles samma problem som det som var uppe till prövning i återvinningsfallet. Vilken vägledning skall domstolen i processen nr 2 hämta dels från lagtexten, dels från det avgörande som skedde i processen nr 1? Vi kan laborera med några olika alternativ.

A. Domstolen resonerar: I processen nr 1 blev det klarlagt att lagen skall tolkas så att här inte är fråga om »betalning av förfallen gäld». En enkel tillämpning av lagen blir följaktligen att återvinning ej kan beviljas.

B. Domstolen menar sig kunna tolka lagen på annat sätt än vad som skedde i processen nr 1 (under tiden mellan de båda processerna kanske det har visat sig att skada för borgenärer ofta uppkommit genom transaktioner av det aktuella slaget). Man säger: Lagen bör tolkas så att varuleverans inbegrips i »betalning av förfallen gäld». Alltså skall enligt lag återvinning beviljas.

C. Domstolens resonemang går ut på följande: Lagtexten ger i och för sig ingen vägledning. Domen i processen nr 1 ger alltså inget bidrag till frågan om vad lagen säger. Däremot har domen som sådan ett prejudikatvärde som vi nu måste beakta. Återvinning bör därför inte beviljas.

I fallen A och B är det tydligen fråga om forcerad lagtolkning. I fallet C har lagtolkningen däremot varit försiktig (frågan om rättsfallstolkning skall vi återkomma till i ett föl-

jande avsnitt). Resonemangen skiljer sig åt i väsentliga avseenden.

Vad som förekommit i fallet A är ägnat att inge betänkligheter. Domstolen utgår ifrån att lagen ger ett mer uttömmande besked efter domen i den första processen än vad den kunde ge tidigare. Och lagen, uppfattad på det nya sättet, får med hela sin auktoritet dirigera utgången. Det uppstår inte något behov att ventilera andra synpunkter.

I fallet B har domstolen likaledes utgått ifrån att problemlösningen finns att hämta i lagtexten. Men man har tillåtit sig att läsa fram en annan betydelse ur texten. Betänkligheterna mot den forcerade lagtolkningen ökas här ytterligare. Man kan spela ut lagens hela auktoritet på ett alldeles nytt sätt utan att behöva iaktta försiktighet vid textanalysen. Man behöver heller inte — om man skall vara helt konsekvent — bekymra sig om att en domstol i ett tidigare fall kommit till ett annat avgörande. Har man lagen att åberopa behöver man ju inte böja sig för ett prejudikat.

I fallet C har vi en kombination av försiktig lagtolkning och stark respekt för ett prejudikat. Såvitt gäller lagtolkningen tycks mig resonemanget ha ett betydande företräde just därigenom att det inte rymmer in något falskt auktoritetstänkande. Man tänker sig inte saken som om man hade lagstiftaren bakom sig utan tvingar sig till att söka — och redovisa — andra argument än sådana som lagen kan hålla till handa. Det argument som domstolen erbjuder — hänvisningen till domen i den första processen — kan lättare ställas under debatt genom att detta argument inte snärjs in i ett lagtolkningsresonemang.

Det innebär ofta en alltför stark förenkling att begagna tillrättalagda exempel som medel i en diskussion av komplicerade frågor. Jag tror emellertid att det är möjligt att göra en generalisering på grundval av det sagda. Vill man

åstadkomma en mätmetod för juridiken så måste man se till att lagtexten bedöms dels med konsekvens, dels med försiktighet. Man får inte slumpmässigt negligera den i vissa fall och lägga stor vikt vid den i andra fall. Man får heller inte blanda ihop olika sorters argument på så sätt att förskjutningar uppstår när det gäller argumentens relativa betydelse.

Men — mätmetod för juridiken? Är det verkligen något som behövs? Det kan väl ändå inte komma i fråga att vi skulle släppa in datamaskiner i domstolslokalerna? Man kan nog våga den gissningen att det i viss mån kommer att ske. Men den frågan kan lämnas öppen. Juridiken arbetar för närvarande praktiskt taget utan mätmetoder. Oberoende av vad som kommer att ske i framtiden på det tekniska området måste vi försöka åstadkomma vissa förbättringar som gör juridiken mer vetenskaplig och mer anpassbar till den initerade samhällsdebatten. En ganska väsentlig sak i det sammanhanget är, tror jag, att vi minskar tendensen till forcerade lagtolkningar.

Därvid möter vi emellertid en del svårigheter som inte bör lämnas obeaktade i det här sammanhanget. Gäller invändningarna mot den forcerade lagtolkningen generellt, oberoende av vad för slags lagar det är fråga om, exempelvis regeringsformen lika väl som brottsbalken eller någon civilrättslig lag?

Åtskillnad mellan olika slags lagbestämmelser som tolkningsobjekt?

Vi kan göra flera sorters åtskillnader mellan lagtexter. En typ av åtskillnader gäller formuleringsteknik. En lagbestämmelse kan vara *kasuistisk*, dvs. innehålla en formulering som täcker endast en starkt individualiserad situation, eller också

— det numera vanligaste — ha en mer *generell* avfattning, dvs. den beskriver en grupp av omständigheter i mera allmänna ordalag. En lagbestämmelse kan också hänvisa till en *standard*, som när det talas om »god advokatsed», eller överlämna åt beslutsfattarens fria *skön* vilket avgörande som skall träffas.

En annan sorts åtskillnader måste göras med hänsyn till de olika typer av samhällsfrågor som lagarna är avsedda att reglera. När det gäller brottsbalken skall lagtolkaren tillämpa *legalitetsgrundsatsen*, som innebär att en åtalad gärning i ett tveksamt fall skall anses icke straffbar (»in dubio pro reo»). Någon motsvarande grundsats kan naturligtvis inte gälla beträffande civillagarna. Dessa avser skiftande sorters intressekonflikter mellan individer och grupper: ingen är åtalad. I vissa fall förekommer direkta lagstadganden om hur tolkning skall utföras. Ett testamente skall tolkas under hänsynstagande till »testators vilja» (ärvdabalken 11:1). Och beträffande grundlagarna finns följande stadgande i regeringsformens 84 §:

»Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas.»

Till en början kan vi ägna vår uppmärksamhet åt *skillnaden mellan kasuistiska och mera generellt avfattade lagtexter*. Vi kan ta vår utgångspunkt i ett klassiskt exempel på en kasuistisk bestämmelse, en paragraf i den numera upphävda rättegångsbalken av år 1734 (10: 23):

»Står någon i det ena häradet, och skadar den, som är i annat; svare där skadan timade.»

Även utan statistiskt belägg kan man nog utgå ifrån att slagsmål just vid häradsgränser är sällsynt förekommande. Det är följaktligen klart att en bestämmelse som denna skulle vara helt intresselös om man inte finge förutsätta att den

skulle ha en viss betydelse utöver vad som framgår av ordalydelsen. Exempelvis kunde man tycka att följande sats innebär en rimlig tolkning av bestämmelsen: »Skadeståndsmål (inte bara mål om kroppsskador) skall anhängiggöras vid den domstol inom vars domkrets skadan uppstod (oavsett om det är häradsgränser eller andra gränser som frågan gäller).» Men redan denna till synes mycket försiktiga utvidgning av lagtextens betydelseområde är diskutabel, och det ter sig överhuvudtaget tveksamt om en kasuistisk lagbestämmelse — som sådan — bör uppfattas som ett argument annat än beträffande just den speciella fråga som beskrivs i texten. Bestämmelsens betydelse i övrigt skulle i stället kunna anses ligga däri att den bildar en utgångspunkt för domarens överväganden: »Vi har en lagbestämmelse om häradsgränser. Här är det nu fråga om en annan gräns som lagen inte säger något om, men finns det anledning att göra någon skillnad mellan dessa olika slags gränser?» Ställningstaganden inom juridiken måste ske med en viss konsekvens. Den ena problemlösningen måste så väl som möjligt kunna passa ihop med den andra. Det är just detta som gör att en kasuistisk bestämmelse kan ge en viss styrsel, trots att den i och för sig har så liten räckvidd som argument. Den kasuistiska bestämmelsen kan fylla sin funktion även om man förutsätter att den skall tolkas försiktigt.

Som exempel på en mer generellt avfattad lagbestämmelse kan vi begagna följande (2 § i den s. k. bilansvarighetslagen):

»För skada, som i följd av trafik med automobil tillfogas annan person än föraren . . . vare automobilens ägare ansvarig . . .»

När det här talas om skada »i följd av trafik med automobil» så är det en oerhörd mängd tänkbara situationer som lagtextens ord utan tvekan blir tillämpliga på. Trafik kan avse bilar av alla de sorter och det kan vara fråga om resor lika väl mellan Stockholm och Uppsala som mellan Kävlinge och

Stehag. Detta innebär visserligen inte med säkerhet att den generella lagbestämmelsen har större förmåga än den kasuistiska att ge styrrelse åt det juridiska beslutsfattandet. Det är nämligen tänkbart att en generalisering i viss riktning ter sig självklar för domaren även om det är en mycket speciell situation som lagtexten nämner. Bilansvarighetslagen skulle säkerligen ha fyllt sin funktion lika väl om den hade varit skriven mer kasuistiskt som en lag för resande mellan Kävlinge och Stehag. Men tydligen förhåller det sig så att fler argument kan hämtas från lagtexten som sådan — även vid en försiktig lagtolkning — när det är fråga om en generellt avfattad lag än när det gäller en kasuistisk.

Den i sammanhanget intressantaste frågan är emellertid vilken betydelse olika sorters lagar kan ha såsom utgångspunkter för forcerade lagtolkningsresonemang. Den kasuistiska bestämmelsen kan naturligtvis inte tolkas i inskränkande riktning: redan språkligt har ju bestämmelsen en i hög grad inskränkt betydelse. Däremot är det helt klart att en forcerad tolkning i utvidgande riktning ter sig välmotiverad (om man förutsätter att forcerad tolkning överhuvudtaget bör komma ifråga). När det gäller generella lagbestämmelser står däremot båda möjligheterna öppna för den forcerade lagtolkningen. Det kan tänkas inskränkningar lika väl som utvidgningar i förhållande till vad som går att läsa ut ur lagtextens ord. Vi skall se på ett exempel:

En bil hade lämnats in till en verkstad för reparation. En reparatör satte i gång motorn men förbisåg att växelspaken låg i växel. Bilen kom i rörelse, och en annan reparatör, Karlsson, fick klämskador. Hovrätten yttrade: »Lika med häradsrätten finner hovrätten den Karlsson tillskyndade skadan hava uppkommit i följd av trafik med bilen.»

Det som här förekommit kan beskrivas som en forcerad tolkning i utvidgande riktning av en generellt avfattad lag-

text (»i följd av trafik«). Fallet är märkligt från flera synpunkter. När lagstiftaren konstruerar en generell bestämmelse borde det ligga närmast till hands, kan man tycka, att han i den valda generella formuleringen vill lägga innebörden »om, och endast om . . .«. Vad kan det vara för mening i att fixera uttrycket »i följd av trafik« om det antas att lagtextens ord genom en tolkningsoperation skall kunna fås att inkludera även skador som *inte* har samband med trafik utan orsakas av bilar som är intagna i verkstäder? Är det rimligt att man genom lagtolkning — i så fall forcerad lagtolkning — skall kunna utvidga betydelseområdet för generellt avfattade lagtexter på motsvarande sätt som man gör i fråga om kasuistiska lagtexter? Det speciellt intressanta med fallet är emellertid att det ger ett så gott exempel på vådorna med forcerad lagtolkning. En sak är att det kan finnas argument som talar för att en bilägares försäkring bör täcka även skador som orsakas av en bil inne i en verkstad. En helt annan sak är om det finns något stöd *just i lagen* för att döma ut skadestånd. Varför skulle man inte i stället kunna låta följande tankegång komma till uttryck: »Här är en skada som inte har inträffat i följd av trafik. Lagtexten föranleder i och för sig den slutsatsen att skadeståndstalan inte borde bifallas. Det finns emellertid starka skäl som talar för att skadestånd dock bör utgå, nämligen . . .«. Är det kanske så att man har velat befria sig från bekymret att precisera de sist antydda skälen genom att i stället tolka lagen? Har man kanske rentav fruktat att skälen skulle anses otillräckliga om de ställts upp till konfrontation mot lagtexten i stället för att — såsom skedde i rättsfallet — tolkas in i densamma?

Jag har här givit några synpunkter på kasuistiska och generella lagtexter som föremål för tolkning. Såsom antytts tidigare kan lagtexter också ha sådan form att de hänvisar

till någon *standard* (»Säljaren åligger att . . . vidtaga de åtgärder i avseende å godsets inlastning, som enligt lag eller sedvänja . . . ankomma på avlastare.») eller ger domaren frihet att begagna ett mer fritt *skön* (»... äge rätten uppskatta skadan till skäligt belopp»).

När det gäller lagtexter av dessa båda typer uppkommer det knappast något problem som kan sägas vara ett lagtolkningsproblem. Domaren får en viss frihet att handla utan närmare direktiv i lagen. Ett problem kan inte framstå som ett lagtolkningsproblem endast därför att det finns en lagbestämmelse som säger att domaren har en viss handlingsfrihet. Domaren kan naturligtvis inte anse sig ha något särskilt stöd *i lagen* för en bedömning som han kommer fram till genom att ha undersökt vissa beteenden exempelvis i köpmannakretsar eller genom att ha utövat sitt fria *skön*.

Som en sista punkt i diskussionen om försiktig och forcerad lagtolkning skall vi ta upp den omständigheten — antydd inledningsvis — att lagar kan ha olika beskaffenhet beroende på *vilka typer av samhällsfrågor* de är avsedda att reglera. Vilken betydelse för vår diskussion har den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen? Vilka slutsatser kan dras av stadgandet i regeringsformen om att grundlagarna skall tillämpas »efter deras ordalydelse»? Vad innebär det att ett testamente skall tolkas efter testators vilja?

Den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen går i korthet ut på att intet brott skall anses föreligga och att ingen straffrättslig påföljd skall kunna utdömas utan klart stöd i skriven lag. Denna grundsats har tydligen en viss betydelse för frågan om tolkningsmetodiken. Men vilken betydelse närmare bestämt? Den kan inte gärna ligga däri att en försiktig lagtolkning skulle utföras på annat sätt i brottmål än i andra typer av mål. En brottsbalk bör naturligtvis *läsas* på samma sätt

som vilken annan lag som helst, och de uppkommande semantiska problemen har väl knappast någon särprägel. Under sådana omständigheter förefaller det naturligast att se saken på det sättet att den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen är avsedd att inskräpa vikten av att forcerad lagtolkning ej utförs på sådant sätt att det straffrättsliga området i realiteten blir utvidgat till att avse även sådant som inte direkt nämns som straffbart i texten. Men om man vill förkasta forcerad lagtolkning överhuvudtaget, blir då konsekvensen att det framstår såsom meningslöst att tala om en straffrättslig legalitetsgrundsats? Jag tror att det vore felaktigt att anta något sådant. Jag tror nämligen att man i denna grundsats måste lägga inte bara den innebörden att forcerad lagtolkning till den åtalades nackdel är förbjuden utan också att den relativa vikten av brottsbalkens text skall, i vad gäller yttergränserna för det straffbara området, vara större än vad som normalt gäller för en lagtext. Som exempel kan vi anta att en i brottsbalken icke beskriven gärning framstår som minst lika klandervärd från alla tänkbara synpunkter som en i balken straffbelagd gärning. En bedömning av den förstnämnda gärningen som klandervärd kan inte här få betraktas såsom något tillräckligt vägande argument för att gärningen skall anses straffbar. Däremot vore det inte oförenligt med legalitetsgrundsatsen — möjligen diskutabelt från andra synpunkter — om man resonerade på följande sätt i en annan typ av fall: »Efter ordalagen i brottsbalken är denna gärning straffbar. Gärningen är emellertid av speciellt slag och inte mer förkastlig från samhällelig synpunkt än vissa motsvarande gärningar som lagen har lämnat utan påföljd. Den skall följaktligen anses straffri.» Att ett sådant resonemang ej framstår såsom oförenligt med den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen beror helt enkelt på att denna grundsats bärs upp av det alldeles speciella syftet att den skall för-

hindra en utvidgning av den grupp av fall inom vilken straffrättsliga påföljder skall inträda.

Låt oss därefter se på den nyss citerade bestämmelsen i *regeringsformen* (»Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas»). Har denna bestämmelse någon betydelse i valet mellan försiktig och forcerad lagtolkning? Ja, det förefaller motiverat att hävda att bestämmelsen innebär ett förbud mot forcerad lagtolkning. Och det tycks som om en intressant skillnad skulle framträda mellan å ena sidan denna bestämmelse och å andra sidan den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen. Bestämmelsen i *regeringsformen* tycks nämligen innebära ett förbud mot forcerad lagtolkning inte bara i en viss riktning utan helt generellt. Men vad innebär då detta? Vi kan tänka oss två skilda fall som ger anledning till några reflektioner. A. En viss fråga beträffande regeringsmaktens utövning — alltså en fråga som har omedelbart sammanhang med *regeringsformen* — får ej något bestämt svar i grundlagarna, lästa »efter deras ordalydelse». B. En annan fråga om regeringsmaktens utövning får ett bestämt svar i grundlagstexten; svaret framstår emellertid såsom i hög grad otillfredsställande med hänsyn till det sätt varpå vårt statskick numera fungerar.

I det första av dessa båda fall måste man väl säga sig att *regeringsformen* ej duger som argument för vare sig den ena eller den andra lösningen av problemet. Detta är i så fall ett resultat som man skulle ha kommit fram till helt oberoende av 84 §, nämligen om man helt generellt vill avvisa forcerad lagtolkning som juridisk metod. I det andra av de båda fallen ligger saken annorlunda till. Här ger tydligen lagtexten som sådan ett argument även vid en försiktig lagtolkning. Men det argumentet får ökad tyngd just genom att det hämtas från grundlagen. Det är just detta som tycks vara det väsentliga i fråga om 84 §. Paragrafen ger anledning till

att grundlagen får större relativ vikt än andra lagar i sådana situationer där det uppstår brytningar mellan å ena sidan argument som anges i lagen och å andra sidan argument som kan hämtas från andra rättskällor eller från en öppen samhällsdebatt.

Slutligen har vi frågan om *testamentstolkning*. Att ett testamente skall tolkas efter testators vilja måste väl innebära att tolkningen skall vara inte försiktig utan forcerad, närmare bestämt subjektiv? Man skall väl läsa texten inte med syfte att få fram dess språkliga betydelse utan i avsikt att därur läsa fram vad testator egentligen ville?

Så kanske man kan uttrycka saken. Men jag undrar om det inte är mest klagörande att här skilja mellan två frågor: Vilken innebörd har testamentstexten? Vilken var testators vilja? Det specifika i testamentsfallet — liksom i en del andra fall av tolkning inte av lagtexter utan av privata texter — tror jag ligger däri att den givna texten får en slags subsidiärt styrande funktion i stället för — som i lagtext — en omedelbart styrande funktion. Har ett testamente blivit upprättat i vederbörliga former så är utgångspunkten att ärvdebalkens regler om egendomsfördelningen skall anses försatta ur spel. Fördelningen skall i stället ske efter testators vilja. Det är denna vilja som — ehuru ofta svåråtkomlig — utgör beviset. Texten i testamentet skall tjäna dels som ett bevis för testators vilja, dels som ett hjälpmedel i andra hand. Här är det den sistnämnda funktionen som mest intresserar oss. När man skall bedöma textens värde, finns det då någon orsak att läsa texten på annat sätt än med en försiktig tolkningsmetod? Vi kan tänka oss att en författare kallar sitt biblioteks- och skrivrum för »arbetsbod» och att han testamenterar »vad som finns i arbetsboden» till en obesläktad kollega. Om nu en arvsberättigad släkting gör gällande att det inte är böcker och skrivbord utan spadar och räfsor —

befintliga i en bod i ett uthus — som skall skiftas ut till testamentstagaren, hur skall man då bedöma saken? Arvlåtarens vilja skall tydligen vara det väsentliga. Kan den fastställas med någorlunda stor säkerhet skall kvarlåtenskapen fördelas därefter. Kan den däremot inte fastställas så måste texten i testamentet bli vägledande. Men denna text bör väl i så fall komma under bedömning som en sak för sig? Dess värde som argument bör väl bedömas efter språkliga grunder, alltså enligt en försiktig tolkningsmetod?

Den diskussion som vi nu har fört duger knappast som grundval för någon säkrare slutsats. Men vi har fått fram en tes som kan ge riktlinjer för den fortsatta framställningen. *Försiktig lagtolkning bör föredras framför forcerad.* Lagen tillhandahåller argument som måste vägas mot andra argument. För att detta skall kunna ske på ett rationellt sätt bör lagen betraktas som just vad den är, nämligen en text. Argument som inte med normala läsmetoder — inkluderande menings- och motivationssammanhang — går att läsa ut ur denna text bör anses som ovidkommande för lagtolkningen (men kan givetvis ha betydelse som fristående argument).

Vi skall nu gå över till frågan om tolkningen av andra rättskällor än lagen. Därvid är det rättsfallstolkningen som särskilt kommer i blickpunkten. Men varför inte också andra rättskällor, kanske *lagmotiv*? Jag tror att vi kan nöja oss med att diskutera rättsfallstolkningen, detta av två skäl. För det första ter det sig uppenbart att en försiktig tolkning måste vara minst lika välmotiverad i fråga om lagmotiv som i fråga om lagtexter. Varför skulle man ha anledning att tolka in främmande element, t. ex. ändamålssynpunkter, i utsagor som gjorts av en lagkommitté, ett lagråd eller en departementschef? Varför skulle inte sådana utsagor kunna få tala för sig själva och, vid tvekan om deras innebörd, lämnas utan avseende? För det andra är det en diskutabel fråga om det är

nödvändigt eller lämpligt att laborera med några andra rättskällor än lagen och rättspraxis. Att något är en rättskälla måste rimligtvis ha den betydelsen — och såvitt jag förstår endast den betydelsen — att ifrågavarande faktum skall tillmätas särskilt stor vikt och betraktas som i viss mening auktoritativt i samband med ett beslutsfattande. Lagen kan man inte negligera bara därför att man tycker tvärtom, inte ens om man har ganska goda skäl för sitt tyckande. Inte heller kan man bortse från rättspraxis endast av det skälet att man anser sig själv ha recept på en bättre lösning. Men lagmotiv? Härom råder det mycket delade meningar. Att studera lagmotiv har givetvis sitt intresse helt oberoende av om dessa skall anses som rättskällor eller inte, eftersom motiven kan ge snabba och välgrundade besked om relevanta argument. »En bok kan vara värdefull», lär någon klok man ha sagt, »därför att man där snabbt kan läsa sådant som det skulle ha tagit längre tid att fundera ut själv». Men om dessa argument skall värderas högre än de argument som beslutsfattaren kommit på själv, det förefaller diskutabelt. Vi kan lämna den frågan öppen och nöja oss med några synpunkter på rättsfallstolkningen.

Tolkning av rättsfall

Det skulle gå mycket väl för sig att ha ett system som inte krävde någon tolkning av rättsfall, nämligen ett system som innebar att rättsfallen inte placerades i särställning såsom kunskapsobjekt. De skulle anses likvärdiga med alla andra källor — utom lagtexten med dess styrande funktion — som beslutsfattaren kunde hämta ledning av när han bildade sig en åsikt. Rättsfallen skulle i så fall vara nyttiga att läsa, men beslutsfattaren skulle inte behöva ta större hänsyn till dem än

vad som svarade mot tyngden i de saksål som fallen kunde erbjuda.

Sådant är emellertid inte det system som vi har för närvarande. Visserligen har vi inte någon prejudikatlära som innebär att högre domstolars avgöranden skulle på något sätt anses bindande för lägre domstolar. Men i praktiken drar sig en domare för att driva fram en egen åsikt, även om han anser den mycket välgrundad, om åsikten är oförenlig med ett tidigare rättsfall. Rättsfallen har betydelse som argument inte bara därigenom att de ger synpunkter på förekommande problem. Man tillmäter dem en särskild vikt och låter dem, på ungefär motsvarande sätt som lagtexter, styra beslutsfattandet och utesluta möjligheten av vissa problemlösningar som beslutsfattaren kanske eljest skulle ha velat begagna.

Men när man i detta sammanhang talar om rättsfall så innebär det en grov generalisering. Med rättsfall menar man avgöranden som tidigare träffats av domstolar eller andra myndigheter. Naturligtvis är det då av vikt vilka domstolar eller andra myndigheter som det är fråga om. Alla rättsfall kan inte ha någon styrande funktion. Men ett viktigare problem — i det sammanhang som här intresserar oss — har sin grund däri att ett rättsfall har en mängd olika ingredienser. Vi kan anta att det gäller ett rättsfall som blivit utförligt refererat i Nytt Juridiskt Arkiv, den officiella publikationen för högsta domstolens domar. Ett sådant referat innehåller mångahanda. Där förklaras med stor exakthet hur det problem varit beskaffat som domstolarna — högsta domstolen och de lägre instanserna — haft att ta ställning till. Det lämnas redogörelse för bevismaterialet och — åtminstone i viss mån — för parternas argument beträffande rättsfrågorna. Vidare kan det förekomma referat av sakkunnigutlåtanden och särskilda yttranden av domare som hamnat i minoritet eller som av någon orsak velat belysa en fråga mera utförligt.

Och så det viktigaste: de olika instansernas domskäl och domslut. Vad av allt detta är det som bör tillmätas denna särskilda betydelse som gör prejudikaten auktoritativa, som gör dem till »rättskällor»?

Här, liksom tidigare när det gällde lagtexter, kan vi börja med att fråga vad det skulle innebära om en maximalt försiktig tolkningsmetod skulle tillämpas. Vilka rättsfall, och vilka uppgifter i dessa rättsfall, bör förtjäna särskilt beaktande och tillmätas en viss styrande funktion, om vi förutsätter att rättsfallen bör begagnas inte bara som kunskapskällor i allmänhet utan som rättskällor i just den meningen att de bör få en särskild betydelse som argument åt beslutsfattaren?

Här möter många frågor som är i hög grad omdiskuterade. Vilken betydelse bör tillmätas rättsfall som blivit publicerade i tryck jämfört med rättsfall som endast finns tillgängliga i arkiven? Bör inte bara högsta domstolens utan även hovrätternas (i den mån de publicerats i tryck) avgöranden ha prejudikatvärde? Skall sådana avgöranden av högsta domstolen som intagits i Nytt Juridiskt Arkivs notisavdelningar tillmätas lägre betydelse än sådana avgöranden som blivit utförligt refererade? Dessa frågor, och åtskilliga andra, skall vi här gå förbi. Vi skall koncentrera oss på den fråga som har störst intresse vid en diskussion av tolkningsmetodiken: Om nu ett rättsfall skall anses ha visst prejudikatvärde och följaktligen måste tolkas, vilka uppgifter i rättsfallet är det som skall vara tolkningsverksamhetens objekt?

Oavsett vilken ståndpunkt man har i valet mellan försiktig och forcerad tolkningsmetod så är det klart att tolkning av ett rättsfall primärt måste avse att ge besked beträffande följande båda spørsmål: Hur var, närmare bestämt, den fråga beskaffad som domstolen gav svar på genom sitt avgörande? Vilket svar, närmare bestämt, var det som domstolen gav?

Vid en försiktig rättsfallstolkning skulle man kunna tänka sig att stanna vid detta (och utnyttja informationsmaterialet i övrigt endast som ett led i sökandet efter icke-auktoritativa argument). En forcerad rättsfallstolkning måste däremot bygga på den förutsättningen att auktoritativa argument bör hämtas från rättsfallet även genom andra studier än sådana som avser sakens beskaffenhet och avgörandets innebörd. Härvid kan man tänka sig olika urvalsprinciper. Man kanske fäster sig särskilt vid vad som anförts i domskälen (majoritetens domskäl), vilket innebär att vissa i och för sig beaktansvärda motargument — som kanske inte alls blivit nämnda i domskälen — blir klassificerade såsom icke-auktoritativa och därför mindre betydelsefulla. Man kanske gör distinktionen, välkänd (eller om man så vill: okänd) från den anglosaxiska rätten, mellan *ratio decidendi* och *obiter dicta*, dvs. mellan skäl som haft omedelbar betydelse för avgörandet och skäl som hänför sig till frågor som ligger mera i periferin. Man kanske söker få en uppfattning om vilken rättsregel som kommit till uttryck genom avgörandet.

Jag tror emellertid att det finns anledning till skepsis mot sådana tendenser som de nu nämnda. Tanken att man genom närmare studium av domskälen skulle kunna få belägg för en viss rättsregel tror jag grundar sig på en ohållbar uppfattning om vad som bör avses med en rättsregel (jag hänvisar härvidlag till tidigare avsnitt i boken). Avgörandet grundas inte på någon rättsregel utan på argument. Vill man tala om någon rättsregel i sammanhanget så kan man inte gärna åsyfta något annat än just domstolens ställningstagande till den fråga som avgörandet gällde. Kritik kan riktas även mot tendensen att sortera upp domskälen efter exempelvis den urvalsprincipen att argument som uttryckligen angivits i domskälen skulle räknas som en kategori för sig. Varför skulle sådana skäl anses mer betydelsefulla än skäl som inte blivit

nämnda men som dock måste ha legat till grund för avgörandet? Varför, alltså, skulle man inte kunna begagna metoden att låta avgörandet i det enskilda fallet bli bestämmande för prejudikatvärdet utan att känna sig tvingad att sovra mellan alla de argument som kan ha blivit ventilerade — eller borde ha blivit ventilerade — när avgörandet träffades? Det finns en uppenbar fördel med en sådan försiktig tolkningsmetod. Domaren skulle, om en sådan metod tillämpades, kunna vara mindre ängslig för att »skriva fast» sig. Han behövde inte räkna med att hans nyanseringar i domskälen skulle betraktas som auktoritativa. Han skulle inte behöva dra sig för att ge utförliga skildringar av sin uppfattning om de förekommande problemen. Han skulle kunna räkna med att dessa skildringar kunde dra till sig intresse och inverka på den juridiska debatten, men inte som auktoritativa uttalanden utan som fria debattinlägg.

Här, som på så många andra ställen i denna bok, får vi drista oss till att ta ståndpunkt på bräcklig grundval. Vi skall senare återkomma till vissa aspekter på domskrivning och därmed förbundna problem. Såsom utgångspunkt för diskussionen i det närmast följande kan vi anta — även om det säkert finns många skäl till invändningar mot den tesen — att *försiktig rättsfallstolkning bör föredras* framför forcerad. Om denna tes är riktig så öppnar den en del intressanta perspektiv på frågan om förhållandet mellan juridik och samhällsdebatt. Accepterar man tanken, att tolkningen bör vara försiktig, så ökar man utrymmet för sådana argument som har samhällsvetenskaplig eller politisk prägel eller som kan hämtas från den allmänna samhällsdebatten. Vi kommer därmed in på nya frågor. Vilken relation har juridiken till samhällsvetenskaperna, politiken och den allmänna samhällsdebatten?

Innan vi griper oss an med dessa frågor tror jag emellertid

att ytterligare något bör sägas om den bakgrund som frågorna bör ses emot. Vi har antagit att det finns anledning till skepsis mot vissa sorters bruk av termen rättsregel. Vi har också antagit att försiktighet bör iakttas när lagar och rättsfall tolkas. Men är nu dessa synpunkter så särskilt viktiga? Kan vi konstatera några väsentliga brister i vår vanliga juridiska debatt? Finns där några dubiösa inslag?

3 Dubiösa inslag i den juridiska debatten

De båda föregående kapitlen har givit vissa premisser för en diskussion om förhållandet mellan juridik och samhällsdebatt. Juristen kan inte i sina resonemang hämta någon särskild styrka från det som man med en vag term ofta kallar »rättsregler». Säger man att en rättsregel gäller så innebär det ingenting annat eller mer än om man skulle säga att ett visst problem skall lösas på ett visst sätt. Något argument har man inte kommit med. Argument finns däremot att hämta från de s. k. »rättskällorna». Dessa spelar rollen av *auktoritativa* fenomen på så sätt att de räknas som särskilt viktiga argument i jämförelse med andra. Står det i en lagtext att faktum X skall få konsekvensen Y eller har högsta domstolen i ett avgörande — kanske utan direkt stöd av lag — kommit till den slutsatsen att Y skall följa på X så utesluter detta visserligen inte att motargument kan förtjäna beaktande. Lagtexten är kanske uppenbart otidsenlig, och högsta domstolens avgörande har kanske grundats på överväganden som inte längre är beaktansvärda. Men lagtexten och domen är auktoritativa i den meningen att de får en *styrande effekt* i de normala fallen, fall som inte aktualiserar motargument som har betydande styrka.

Redan detta innebär att man inte bör se saken på det sättet att juridiken — dvs. allt som brukar för ses med prefixet »rätts-» — innefattar ett slutet system med specifika argu-

ment och specifik argumentationsteknik. Därtill kommer att de s. k. juridiska rättskällorna, lag, rättspraxis, eventuellt också motivuttalanden o. d., även om man skall anse dem auktoritativa, inte har någon räckvidd alls annat än i den mån deras betydelse kan fastställas genom en rationellt utförd *tolkning*. Om denna tolkning, såsom vi har kommit fram till i det föregående resonemanget, skall vara inte *forcerad* utan *försiktig* så reducerar detta ytterligare de rent juridiska momentens betydelse som grundvalar för beslutsfattandet.

Men vilken praktisk betydelse har då detta? Om den juridiska debatten tar åt sig alltför stort utrymme så kan det knappast innebära någon olägenhet annat än om denna debatt på ett eller annat sätt är olämpligt utformad i jämförelse med en sådan mera öppen samhällsdebatt som den egentligen delvis kunde utbytas emot. Hur förhåller det sig härmed? Vi har i någon mån varit inne på saken tidigare men bör nu närmare granska vilka dubiösa inslag som eventuellt kan finnas i den juridiska debatten. Vi kan göra det genom att ta upp några speciella frågor som exempel. Vi bör vara medvetna om att den kritik som kan riktas mot juristdebatten lätt skulle kunna söka även andra måltavlor. I många andra sorters debatter — t. ex. i teologernas — förekommer yviga uttalanden om regler och normer, görs orimligt bruk av tolkningsmetodik och laboreras med dogmer och fiktioner på det mest egendomliga sätt. Men här blir det bara fråga om juristdebatten. Är den dubiös till sin karaktär så är det en speciellt allvarlig sak, ty det är viktiga samhällsfrågor som det där är fråga om.

Rättsreglerna som forskningsobjekt

Det förekommer ofta att en jurist, när han har ett problem att lösa, ställer frågan »Vilken rättsregel gäller?» Han tänker

sig saken så att han först skall försöka få fram ett svar på den frågan och därefter skall tillämpa rättsregeln på det förekommande fallet. I sökandet efter rättsregeln kan juristen ofta finna ledning i lagen. Lagen är den »viktigaste formen för uppställande av nya rättsregler». Lagen är, tillsammans med bl. a. rättspraxis, en rättskälla.

En rättsregel kan alltså vara ett forskningsobjekt för den praktiskt verksamme juristen, anser man. Och även rättsvetenskapen skall syssla med rättsreglerna. Dess föremål är »den gällande rätten i dess historiska utveckling och aktuella gestaltning». Dess uppgift är bl. a. att »utveckla grundsatser för de i dessa rättskällor (lagstiftning och rättspraxis) framträdande reglernas tillämpning och komplettering».

Vad innebär då detta, att uppfatta rättsregeln som forskningsobjekt? Vi har funnit att en utsaga om en rättsregels giltighet inte gärna kan ha någon annan realistisk innebörd än en utsaga om att ett visst problem skall lösas på visst sätt. Är denna utgångspunkt riktig så får man säga att det är ganska vilseledande att beskriva rättsvetenskapens uppgift på det nyss angivna sättet. Hur skall det vara möjligt att »utveckla grundsatser för . . . de framträdande reglernas tillämpning» om dessa regler betecknar de slutsatser man kommit fram till vid bedömningen av ett problem eller en grupp av problem? Och när det sägs att föremålet för rättsvetenskapen är »den gällande rätten», vad innebär det? Kanske det totala antalet rättsregler? Är detta kanske detsamma som att säga att rättsvetenskapen skall syssla med det sätt varpå vissa samhällsproblem (åsyftade med prefixet »rätts-») skall lösas i samhället?

En mängd frågor av den typen går lätt att ställa, och alla är lika besvärande. Det är en helt otillfredsställande generalisering — dels alltför opreciserad, dels missvisande — att ange rättsreglerna som forskningsobjekt. Men detta i och för

sig spelar kanske inte så stor roll. Det är alltid svårt att med några korta ord göra invändningsfria beskrivningar av komplicerade ting. Om man beskriver rättsvetenskapens objekt på det ena eller det andra sättet borde anses tämligen oviktigt. Det som bör intressera oss är att se om beskrivningen av rättsreglerna som forskningsobjekt har en motsvarighet i en viss tendens att behandla realfrågor med hjälp av rättsregelresonemang. Vi kan lämpligen studera några frågor som varit uppe till diskussion inom rättsvetenskapen för att få klarhet i detta. Därvid kan vi tillåta oss att vidga perspektivet i någon mån. Det finns något gemensamt i de flesta debatter som avser företeelser med prefixet »rätts-». Exempelvis ser man ofta saken på det sättet att *rättsordningen* består av — eller byggs upp av — ett system av *rättsregler*.

Karl Olivecrona har nyligen givit ut en bok med titeln *Rättsordningen. Idéer och fakta*. Den gängse uppfattningen är, säger han, att man med »rätten» eller »rättsordningen» närmast avser »ett system av regler, som tänkes reglera såväl de enskilda människornas rättigheter och skyldigheter mot varandra som också domstolar, regering, folkrepresentation och gränser m. m.». En viktig fråga för Olivecrona blir därför att ta ställning till »rättsreglernas natur». Han gör vissa distinktioner. Det finns regler som man »återfinner» i modern skriven lag. Dem kallar han lagregler. Det finns vidare »rättsregler vid sidan av lagstiftningen», nämligen »domarrätten» och »sedvanerätten», mellan vilka någon skarp gräns dock ej kan dras.

Tydligen menar Olivecrona att *lagreglerna* kan betraktas som rättsregler. Enklast och naturligast är, säger han, »att på vanligt sätt räkna de i lagen givna reglerna överhuvudtaget som rättsregler». I så fall är det tydligt att man måste räkna med den möjligheten att en rättsregel — enligt Olivecronas definition — inte alltid skall följas. Det kan ju finnas argu-

ment att hämta från »domarrätten», argument som föranleder att lagregeln måste få vika! Men i så fall förefaller det tveksamt om man kan hävda, som Olivecrona gör med stor emfas, att rättsreglerna utgör »imperativer». I detta, att en regel är imperativisk, förefaller det mest naturligt att lägga den innebörden att regeln *ovillkorligen skall följas*. Men varken lagregler eller domarregler skall ovillkorligen följas. Den viktigaste frågan, när det gäller de regler som Olivecrona behandlar, är frågan om deras relativa betydelse i jämförelse med motargument som kan ställas upp mot desamma. Vill man begagna en imperativteori — och en sådan är utan tvekan klagörande i vissa hänseenden — så måste den förses med modifikationer som gör rättvisa åt det förhållandet att varken domaren eller någon annan beslutsfattare kan betrakta argument som hämtas från lagen, »domarrätten» eller »sedvareätten», som imperativiska i den meningen att de skulle vara ovillkorligen bindande och befria honom från behovet att tänka själv. De tillhöriga modifikationerna tror jag att man lättast kan precisera om man underlåter att binda resonemanget vid termen rättsregel och genomgående skiljer mellan å ena sidan *argument som kräver beaktande* vid problemlösningar (lagtexter, rättsfallstexter, motivuttalanden, argument som kan hämtas från fria överväganden), å andra sidan sådana *ställningstaganden* som innefattas i problemlösningarna. Faran med bruket av termen rättsregel ligger däri att termen kan framkalla glidningar i resonemangen genom att ibland beteckna en lagtext (en lagregel är en rättsregel), ibland däremot beteckna det sätt varpå ett problem skall lösas (rättsregeln i detta fall är . . .).

Av särskilt intresse i sammanhanget är att studera sådana problem som uppkommer när det påstås att ett misstag begåtts vid en juridisk bedömning, antingen en bedömning som skett av en domstol eller annan beslutsfattare (felaktig rätts-

tillämpning) eller en bedömning som skett av en enskild (rättsvillfarelse).

Ett problem av den förstnämnda typen aktualiseras av den bestämmelse i rättegångsbalken som säger att *resning* i vissa fall kan beviljas, sedan en dom vunnit laga kraft (dvs. inte längre kan överklagas med ordinärt rättsmedel, »vad» eller »revision») under förutsättning att »*rättstillämpning, som ligger till grund för domen, uppenbart strider mot lag*».

Denna bestämmelse har blivit omdebatterad i litteraturen. Felbedömningar från domstolarnas sida kan naturligtvis förekomma både beträffande lagreglerade och icke lagreglerade spörsmål, och det borde egentligen inte finnas anledning att — om ändamålet bara vore att möjliggöra rättelse i de svårare fallen — göra skillnad mellan fel av den ena eller den andra sorten. Varför har man då inte kunnat lösa problemet genom att säga exempelvis att rättstillämpning i uppenbar strid mot någon *rättsregel* skulle utgöra resningsanledning? Det vore, kan man tycka, den mest naturliga lösningen om man har den utgångspunkten att rättstillämpningen består av en tillämpning av rättsregler. Förklaringen är enkel. Det leder inte någon vart att begagna begreppet rättsregel som rekvisit. Ett påstående om att rättsregeln är den eller den leder automatiskt över till frågan: Varför det? Det är onödigt att tänka sig rättsregeln som ett mellanled i en diskussion som avser frågan huruvida en domstol dömt riktigt. Man måste undersöka domen och de argument varpå den vilar, lag, praxis och andra argument.

Därefter problemet om *rättsvillfarelse*. Detta problem har vållat stora svårigheter i straffrätten. I vilken mån kan en åtalad person undgå påföljd därför att han misstagit sig eller varit okunnig om en begången gärnings straffbarhet? Vad skall misstaget eller okunnigheten närmare bestämt ha avsett för att kunna vinna beaktande såsom skäl för frikännande?

I just detta sammanhang har begreppet rättsregel fått spela en betydande roll. I arbetet »Om rättsvillfarelse» hävdar Hans Thornstedt såsom en allmän utgångspunkt att rättsvillfarelse bör antas föreligga

»så snart en felaktig föreställning i ett hänseende som är relevant för tillämpningen av ett straffbud innebär eller beror på okunnighet eller felaktig föreställning om innehållet i en rättsregel, vare sig denna rättsregel utgöres av det överträdde straffstadgandet eller den är en regel som framstår såsom perifer eller preliminär i förhållande till den kriminalisering, varom fråga är».

Ett straffstadgande kan alltså enligt Thornstedt utgöra en rättsregel. Men samtidigt följer av Thornstedts resonemang att man inte kan utgå ifrån att *varje* straffstadgande är en rättsregel. Med rättsregel synes nämligen Thornstedt mena »den normativa idé som besjälat domstolen». Denna idé kan naturligtvis ha ett innehåll som inte alls svarar mot lydelsen av ett straffstadgande (domstolen kanske låter sig ledas av en praxis som har gått i strid mot stadgandets lydelse). Men vad är det i så fall som skall menas med rättsvillfarelse? Om jag uppfattat Thornstedt riktigt vill han se saken på det sättet att det i och för sig är ovidkommande om personen ifråga tagit miste beträffande den ena eller den andra av rättskäl-lorna, om han misstagit sig beträffande innehållet i en lag, beträffande innebörden av ett rättsfall eller något annat. Kan man då tänka sig att misstaget skall avse den normativa idé som besjälat domstolen? Det vore egendomligt. Den idén — om den överhuvudtaget blivit medvetet upplevd — är väl både oåtkomlig och ointressant i den mån den inte kommit till uttryck i ett ställningstagande från domstolens sida. Och om detta är riktigt så kan frågas om inte debatten om rättsvillfarelse skulle må bäst av att den drevs utan hjälp av några rättsregelresonemang. Rättsvillfarelse skulle i så fall kunna sägas föreligga när en person på grund av okunnighet eller

misstag räknat med att ett visst problem — i regel är det straffrättsliga problem som diskussionen åsyftar — *borde få en annan lösning* än den som domstolen stannat för. Jag tror att en sådan definition skulle ge en bättre utgångspunkt för en öppen och förutsättningslös debatt beträffande betydelsen av olika slags okunnighet och misstag.

Tricks med tolkning

Mer kvalificerat dubiösa inslag i den juridiska debatten tror jag emellertid att man kan finna genom att göra stickprov på vad som förekommer vid juridisk tolkning. Vi har förut haft anledning att diskutera en del principiella frågor beträffande tolkning av lagar, rättsfall m. m., särskilt frågan om valet mellan försiktig och forcerad tolkning. Slutsatsen blev att forcerad tolkning inte borde godtas som ingrediens i den juridiska argumentationen. *Vilken roll spelar då den forcerade lagtolkningen?* Drivs den så långt att det finns täckning för ett påstående om tricks med tolkning?

Vi kan ta vår utgångspunkt i ett citat från en färsk tidskriftsartikel:

»Med en tolkning strikt efter ordalydelsen torde det visserligen ... Onekligen tala emellertid ... skäl mot en dylik tolkning.»

Författaren har börjat med en försiktig lagtolkning, ett studium av texten som en rent språklig företeelse. Han introducerar därefter argument som eventuellt kan ge skäl för en annan lösning än den som lagtexten anvisar. Hur bör han fullfölja sitt resonemang och i vilka termer bör han ange sin slutsats? Låt oss se teoretiskt på några olika möjligheter.

A. Författaren kommer fram till att motargumenten vid närmare granskning är ganska svaga. Det visar sig rentav att de skäl som talar för den av lagtexten anvisade lösningen är

starkare än motargumenten. Han sammanfattar: »Lagtexten bör tolkas efter sin ordalydelse.»

B. Motargumenten visar sig vara något starkare — men ej mycket starkare — än de skäl som bär upp lagtexten. Författaren anser att problemlösningen i denna situation bör ske i överensstämmelse med lagtextens lydelse. Han sammanfattar: »Lagtexten bör tolkas efter sin ordalydelse.»

C. Viktiga argument framkommer till stöd för en lösning som strider mot lagtextens lydelse. Ett problem som enligt lagtexten skall lösas på *ett* sätt bör enligt författarens åsikt lösas på *ett annat* sätt. Hans slutsats blir att lagtexten bör tolkas »inte alltför bokstavligt» utan »restriktivt».

Gemensamt för fallen A–C är att problemlösningarna kommit fram som resultat av jämförelser mellan å ena sidan lagtexten, å andra sidan argument av annan typ. Att tala om tolkning av lagtexten är ett bekvämt uttryckssätt men är knappast särskilt träffande som en beskrivning av vad som förekommit. I fallen A och B har utgången visserligen kommit att stämma överens med lagtexten, men lagtexten har inte ensam framkallat resultaten. I fallet C har lagtexten inte alls fått någon betydelse som argument. Efter vilka grunder har valet träffats mellan tolkning efter ordalydelsen — såsom i fallen A och B — och tolkning restriktivt? Själva lagtexten har naturligtvis inte kunnat ge någon ledning härvidlag, och inte heller har författaren kunnat stödja sig på några generella riktlinjer för valet mellan restriktiv och extensiv tolkning. Att han har valt en restriktiv tolkning beror på skäl som inte har haft med lagtexten att göra och som heller inte kunnat hämtas från generella överväganden. Det är argumenten i just det speciella fallet — argument som hänför sig till det aktuella problemets beskaffenhet — som fått fälla utslag. Men vad har dessa argument med lagtexten att göra?

Vi kan observera en annan egendomlighet i detta sam-

manhang. Det händer att en författare gör en försiktig lagtolkning men därefter återoppar lagtexten till stöd för en *analogi*. Ett exempel:

»Någon möjlighet att inpressa detta fall under ordalagen i . . . föreligger emellertid icke. Endast en *analog* tillämpning är möjlig.»

Om man, som författaren här gör, utgår ifrån att lagtexten, försiktigt tolkad, inte ger någon vägledning så måste detta innebära att det är en öppen fråga vilken problemlösning som skall väljas. Lagen som sådan ger inte något argument för vare sig den ena eller den andra lösningen. Andra skäl kan eventuellt föranleda att problemet bör lösas på samma sätt som det problem som lagtexten uttalar sig om, men det kan också tänkas att dessa andra skäl talar för att den motsatta lösningen bör väljas. Är det då inte missvisande, kan man fråga, att här tala om analog tillämpning *av lagen*? En okritisk bedömare — exempelvis en samhällsvetare som är okunnig i juridisk argumentationsteknik — kan lätt få det intrycket att den s. k. analogiska lagtillämpningen innebär att ett argument hämtas just från lagen. Han kanske böjer sig för detta, omedveten om att problemet i själva verket står helt öppet för en diskussion som inte alls behöver vara styrd av lagen.

Dessa kritiska reflexioner gör att man gärna delar en åsikt som framställts av Hans Thornstedt, och som Lars Hjernner instämt i: Lagtolkningen bör inte vara »ett svindlande äventyr». Men samtidigt finns det anledning att reagera mot en del konsekvenser som ligger nära till hands för den som hyser skepsis mot subtiliteterna i lagtolkningen. Bör sådan skepsis leda till den ståndpunkten att även komplicerade juridiska problem bör lösas *enbart* genom en lagtolkning »av enkelt och okomplicerat slag»? Kan detta vara rimligt? Försiktig lagtolkning, därmed basta!

Hjerner har i en uppsats sysslat med tolkning av 72 § utsökningslagen, där det föreskrivs bl. a. följande:

»Påstår någon, som ej har sådan rätt, som i 71 § sägs, sig äga förmånsrätt till betalning ur gäldenärs egendom, vare det ej hinder för egendomens utmätande för annan gäld . . . Ej heller må egendoms utmätande hindras därav att den blivit belagd med kvarstad eller skingringsförbud . . .»

Hänvisningen i lagtextens början avser följande passus i 71 §:

»Har någon panträtt i gäldenärs lösa gods eller rätt att sådant gods till säkerhet för sin fordran kvarhålla, må hinder därav ej möta för godsets utmätande och försäljande för annan gäldenärens skuld . . .»

Hjerner ställer nu den frågan vad som skall ske vid utmätning för den händelse egendom hos gäldenären är *beslagtagen* (t. ex. på grund av att gäldenären har misstänkts för att ha kommit åt egendomen genom brott och säkerställande ansetts behövt i bevissyfte). Hjerner delar upp sin undersökning i två avsnitt. I det första avsnittet utför han en lagtolkning som han kallar enkel och okomplicerad. Den utmynnar i slutsatsen att beslag »är att anse som jämställt med eller innefattat under de i 72 § utsökningslagen nämnda övriga säkerhetsåtgärderna kvarstad och skingringsförbud». Därefter yttrar han:

»Den inledningsvis uppställda frågan kunde visserligen härmed anses besvarad. Någon tycker måhända att svaret funnits alltför enkelt och att denna och därmed sammanhängande frågeställningar äro mera komplicerade än så. Det finns emellertid skäl att med Thornstedt hävda att lagtolkningen normalt bör vara ett relativt enkelt och prosaiskt hantverk och icke ett svindlande intellektuellt äventyr.»

För att tillfredsställa »den intellektuellt äventyrslystne» tar sedan Hjerner i ett andra avsnitt upp problemet med begag-

nande av en annan metod »som mindre läser lagen än frågar efter dess syfte». Han hävdar avslutningsvis att den senare metoden inte bör användas »för att korrigera ett på förstnämnda sätt eller eljest vunnit entydigt tolkningsresultat och sålunda avlasta lagstiftaren honom tillkommande uppgifter».

Till detta skulle jag vilja säga följande. Ansluter man sig till den tanken att lagtolkning bör ske med försiktighet (på det sätt som tidigare skisserats) så blir själva lagtolkningen för det mesta — när inte de semantiska svårigheterna är särskilt stora — en ganska enkel sak att utföra. Men detta hindrar inte att ställningstagandet till det aktuella problemet kan medföra så stora svårigheter att man känner både yrsel och svindel. Lagtexten är ju ett argument vid sidan av många andra. Att man tolkningsvis får fram att lagtexten är tillämplig på det förevarande fallet befriar inte teoretikern eller beslutsfattaren från skyldigheten att ställa frågan vilka argument i övrigt som kan förtjäna beaktande, eftersom dessa argument kan tänkas gå i motsatt riktning mot lagtexten och vara så betydelsefulla att lagtexten ej bör få verka styrande. (En sak för sig är att det i regel är möjligt att omedelbart vid första påseendet konstatera att det inte gärna kan finnas något motargument av sådan styrka att lagtexten bör frångås). Även med risk att bli kallad intellektuellt äventyrslysten vill jag hävda att Hjerner's uppsats skulle ha blivit ytlig om han hade inskränkt sig till att publicera det första av de båda avsnitt som ingår däri.

Såsom framgår av det sagda finns det åtskilliga risker för att de gängse tolkningsmetoderna — om man nu menar att de förtjänar kallas metoder — försämrar möjligheterna till en öppen och upplysande debatt som ger möjlighet till en allsidig inventering av skäl för och emot olika slags problemlösningar. Vi kan sammanfattningsvis se på en del *tricks som en jurist kan tillgripa* och som i realiteten kan medföra att

den öppna debatten får minskat utrymme eller skev inriktning:

A. Han kan genom hänvisning till en formulering i lagen frita sig från bekymret att överväga argument som egentligen borde förtjäna beaktande. Ett belysande citat:

»I detta fall kan ingen slutsats dragas ur formuleringen av ... Problemet kan därför icke lösas med en enkel hänvisning ... utan tarvar en grundligare undersökning.»

Skulle en grundligare undersökning varit obehövlig om formuleringen som sådan tillåtit en slutsats?

B. Han kan reducera betydelsen av lagen — och i motsvarande mån öka vikten av vissa motargument — genom att säga att lagen skall tolkas restriktivt (inte alltför bokstavligt, inte direkt efter sin ordalydelse e. d.).

C. Han kan sätta auktoritetsstämpel på vissa argument — kanske godtyckligt utvalda — genom att tolka in dessa argument i lagtexten trots att denna ej ger något språkligt stöd för detta. Han kan i sådant syfte begagna exempelvis följande fras: »Lagtexten skall i detta fall tolkas extensivt (vidsträckt, utöver sin ordalydelse).»

I vilken utsträckning används sådana tricks som dessa? Vill man svara på den frågan tror jag att man bör göra några distinktioner. Först kan man fastslå att formuleringar av den exemplifierade typen är mycket vanliga och att de brukas både av dem som vill tolka lagen *subjektivt* (under hänsynstagande till bl. a. lagens motiv) och av dem som är anhängare av den *teleologiska* lagtolkningsmetodiken (beaktande av lagens ändamål). Därefter kan man fråga om formuleringarna brukar begagnas i det medvetna syftet att komma ifrån bekymmer, att reducera lagens betydelse eller att haussa vissa argument. Den frågan tror jag bör besvaras nekande. Man använder en traditionell teknik utan några illojala av-

sikter. En tredje fråga blir om tolkningstricksen ofta leder till andra resultat än en mindre tricksbetonad metod skulle ha gjort. Den frågan är svår att besvara. Men den väsentligaste invändningen mot tolkningstricksen är inte att de medför risk för oriktiga resultat i de enskilda fallen. Vad som kan invändas är framförallt att sådana tricks *försvårar samarbetet mellan jurister och icke-jurister*. Vi skall återkomma till den aspekten senare. Men redan nu kan vi kanske medge att det tyvärr finns en viss sanning i följande ord som påstås ha yttrats av Ludvig XII av Frankrike:

»Juristerna brukar lagen som skomakarna lädret. De polerar den. De pressar den. De drar i den. De biter i den. De sträcker den med tänderna. Allt så att den passar deras önskemål.»

Dogmatik

När man vill säga något vänligt och progressivt om juristerna kallar man dem ibland för *samhällstekniker* — och anser dem i vissa hänseenden likvärdiga med exempelvis civilekonomer och statsvetenskapsmän. Men annars använder man ofta mindre smickrande ord, t. ex. när man kallar dem *dogmatiker*.

Man kan visserligen använda ordet dogmatik i en sådan betydelse att ordet inte alls behöver ha någon nedsättande innebörd. Det förekommer exempelvis att man säger om ett juridiskt arbete att det har en rättsdogmatisk prägel endast för att ge en antydning om arbetets inriktning. Man kanske vill ha sagt att arbetet inte har någon kasuistisk eller handboksmissig utformning och heller inte har några direkta beröringspunkter med samhällsvetenskaperna. Det är kanske fråga om ett arbete som utgör en systematisk studie beträffande lag, rättspraxis och doktrin. Sådana arbeten kan vara mycket nyttiga och är på vissa rättsområden t. o. m. nödvändiga.

Men ofta är det i kritiskt syfte som man talar om dogmatik i sammanhang med juridiken. Då tänker man kanske på detta, att juristerna ibland laborerar med *begrepp* och *principer* som givna beståndsdelar i sina resonemang utan att från fall till fall pröva om begreppen och principerna passar in. »Här föreligger äganderätt, alltså . . .» »Av omedelbarhetsprincipen följer . . .» Juristerna använder själva termen »begreppsjurisprudens» när de kritiserar sådana tendenser.

Excesser i dogmatik — jag begagnar nu det ordet i en ganska vidsträckt betydelse — är det lätt att finna prov på inom den allmänna rättsläran, den gren av juridiken som sysslar med allmänna metodspörsmål. Man ställer upp principer och gör konstigt bruk av dem. Vi har tidigare sett exempel på detta i samband med frågor beträffande rättsregler och tolkningsmetoder. Några ytterligare iakttagelser är nu på sin plats.

Hur skall det förfaras när de sedvanliga rättskällorna lämnar beslutsfattaren i sticket, när det inte går att få fram något besked vare sig från lagen (inte ens genom forcerad tolkning), från rättspraxis eller från doktrin? Man skulle kunna tycka att det naturliga vore att juristen i den situationen släppte ambitionen att ha några argument att komma med just i egenkapen av jurist. Här borde, kan man tycka, den öppna samhällsdebatten få komma in och direkt göra sig gällande. Men så ser man i allmänhet inte saken. Man menar att det bör finnas juridiska principer att grunda avgörandena på även i sådana fall. En elementär lärobok, begagnad bl. a. vid de s. k. propedeutiska kurserna i juridik för fakulteternas nybörjare, serverar följande:

»Mången gång finns dock icke något lagrum, som kan tjäna som direkt stöd för en analogi . . . Det säges då ofta att man bör grunda avgörandet på »sakens natur». Men någon entydig vägledning ger icke en dylik formulering. Enligt vedertagen uppfatt-

ning bör en domare i dylika fall försöka att efter samvetsgrann och opartisk prövning komma till ett avgörande, som han finner rimligt och riktigt enligt de allmänna värderingar, vilka präglar vår rättsordning (något som ju innebär att man tillämpar ett slags avlägsnare analogi) . . . Lagar, förordningar, kungörelser och andra författningar, *den skrivna rätten*, innehåller alltså ingalunda alla de principer, som faktiskt tillämpas av domstolarna. Det finns icke så få regler, som utgör *oskriven rätt* men som gäller lika säkert som de skrivna rättsreglerna. 'Rätt' är ett vidare begrepp än 'lag'.»

Man kan hålla med om att en domare i den beskrivna situationen alltid har anledning att ta hänsyn till »de allmänna värderingar, vilka präglar vår rättsordning». Lösningen av ett nytt problem måste i allmänhet bli sådan att den kan stå väl tillsammans med problemlösningar som är väl etablerade tidigare. Men denna synpunkt är så elementär att den inte utgör tillräcklig motivering för uppställande av någon juridisk princip. Dessutom är synpunkten alltför ensidig. Det kan finnas allmänna värderingar som kräver hänsynstagande trots att de inte — ännu — präglar vår rättsordning. Löser man ett samhällsproblem genom en dom så bör lösningen kunna passa väl in i ett mönster som bildas inte bara av juridiska avgöranden utan också av ställningstaganden på andra nivåer än den där domaren är verksam.

En annan del av citatet är värd särskild uppmärksamhet. Det erinras om en princip som säger att »*sakens natur*» skall kunna läggas till grund för avgörandet. Den läran har stor aktualitet i modern tysk rättsvetenskap, där vissa författare hävdar att »*die Natur der Sache*» skall betraktas som en rättskälla. För att en sådan lära skall kunna anses ha någon konkret innebörd måste det givetvis kunna ges riktlinjer för hur vissa omständigheter, som man menar hör till *sakens natur*, skall kunna avgränsas från andra omständigheter. Så-

dana riktlinjer har man försökt dra upp, men med föga framgång. Talet om sakens natur som rättskälla har i stället bidragit till att ytterligare fjärma juridiken från samhällsdebatten. Man kan ta fasta på nästan vilken omständighet som helst och säga: »Detta är inte bara en omständighet som kräver beaktande i största allmänhet, det är en omständighet som — enligt läran om sakens natur — skall betraktas som en rättskälla.» Man närmar sig den situation som för många jurister framstått som den ideala: det finns visserligen *luckor i lagen*, men det finns inga *luckor i rätten*. Den interna juridiska argumentationen kan ge tillfredsställande svar på alla juristens frågor!

Det är emellertid inte bara i den allmänna rättsläran som vi möter problem som har med dogmatik att göra. På alla rättsområden finns begrepp och principer uppställda och det anses vara en naturlig uppgift för juristerna, särskilt rättsvetenskapsmännen, att precisera och omformulera gamla begrepp och principer samt att formulera nya sådana.

Detta är i och för sig naturligt. Juridiken som vetenskap måste naturligtvis, som alla andra vetenskaper, syfta till klarlägganden genom systematiska studier. Som ingredienser häri behövs *terminologiska bestämmingar*, *hypotesställning* och *teoribildning*. Men eftersom juridiken arbetar längst framme vid den front där de praktiska samhällsproblemen möter så finns det alltid en viss fara för att juridiska teorier blir betraktade på något sätt som »*normativa*», att de får tjänstgöra som riktlinjer — styrande principer — för beslutsfattaren. En avhandling av Anders Agell, *Samtycke och risktagande*, är en lämplig utgångspunkt för några funderingar om detta.

Agells bok har underrubriken *Studier i skadeståndsrätt* och sysslar väsentligen med frågor som har med culpabedömning att göra (»*culpa*» är ett latinskt ord med den ungefärliga betydelsen vårdslöshet). Agell ställer frågan: Vilken betydelse

bör vid culpabedömning tillmätas den skadelidandes samtycke? Tre »rättstekniska alternativ» undersöks, nämligen

»för det första möjligheten att taga hänsyn till samtycket inom culpabedömningens ram, för det andra lämpligheten av att därutöver beakta samtycket som av culpabedömningen oberoende, fristående ansvarsfrihetsgrund, och för det tredje samtyckets behandling som medvållande».

Vilken mening har denna diskussion? Vilken betydelse har valet av ståndpunkt? Författaren tycks se det hela som en »rättsteknisk» fråga. »Rättstillämpningen bör», säger han »allmänt sett underlättas, om sådana omständigheter, vilka kunna medföra ansvarsfrihet, samlas i vissa typiserade grupper.» Men på vilket sätt underlättas rättstillämpningen genom en sådan typisering?

En möjlighet är att typiseringen skulle ha uteslutande *pedagogiska* och framställningstekniska fördelar. Vanligen går man vid en problemlösning fram i etapper. Man klargör först vari problemet består. Man gör sedan en inventering av skäl som kan ha betydelse för och emot olika tänkbara problemlösningar. Slutligen väljer man ståndpunkt. En typisering av vissa omständigheter — t. ex. just sådana omständigheter som inom skadeståndsrätten kan medföra ansvarsfrihet — kan underlätta tankeoperationen genom att problemlösaren snabbt får sin uppmärksamhet riktad på viktiga argument. Typiseringen tjänstgör som en slags vägvisare. Den avser inte att ge tyngd åt några argument, men den kan ge anvisning om var argument finns att hämta.

Är det då bara denna pedagogiska och framställningstekniska effekt, som man vill ha fram när man mejslar ut ett begrepp eller lanserar en princip? Säkerligen inte alltid. Oavsett förslagsställarens syfte så ligger det nära till hands att begrepp och principer får betydelse inte bara på så sätt att

de underlättar problemlösningar utan också på så sätt att de *inverkar på ställningstaganden*.

Problemet fick bjärt belysning i följande fall, som avgjordes av högsta domstolen för några år sedan.

En åkare yrkade ersättning av ett skogsbolag på grund av att han med sin lastbil kört genom isen på en älv i Norrland. När saken behandlades i högsta domstolen uppkom följande båda frågor: Kunde skogsbolaget anses *vållande* (bolaget hade utsett en förman och kunde möjligen anses ansvarigt för dennes eventuella vårdslöshet vid tillsyn över isen)? Kunde bolaget anses skadeståndsskyldigt *på annan grund* (bolaget kunde eventuellt anses ha s. k. strikt skadeståndsansvar, dvs. ansvar oberoende av vårdslöshet)? Ledamöterna i högsta domstolen — fem justitieråd — kom preliminärt fram till följande bedömningar:

	Karlgren	Romanus	Digman	Riben	Brunnberg
Vållande?	Nej	Nej	Nej	Nej	Ja
Annan grund?	Nej	Nej	Ja	Ja	Nej

Det var alltså tre justitieråd — en majoritet — som ville bifalla åkarens talan, och det kan förefalla som om saken därmed borde ha varit klar. Emellertid uppkom frågan om man inte borde ordna med *särskilda omröstningar* beträffande »vållande» och »annan grund» såsom från varandra fristående omständigheter. Den frågan framstod som betydelsefull med hänsyn till följande bestämmelse i rättegångsbalken 16: 2.

»Är beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig äro av omedelbar betydelse för utgången, skola de, såvitt sakens beskaffenhet påkallar det, uppställas till särskild omröstning».

Man kom till det resultatet — med fyra röster mot en (Ribem) — att särskilda omröstningar skulle ske. Åkarens talan blev följaktligen ogillad: man bortvoterade först vållandegrunden, därefter den andra grunden, sedan fanns det ingen grund kvar för bifall till käromålet.

För vår diskussion är fallet av intresse eftersom det visar vilken betydelse för avgörandet det kan ha om en domare godtar den ena eller den andra av två rivaliserande *principer*. Hade meningsskiljaktigheterna gällt några speciella argument — lämplighetssynpunkter eller kanske synpunkter som man menade sig kunna hämta från tidigare domstolsavgöranden — skulle man inte ha kommit på tanken att ordna med särskilda omröstningar. Då hade åkaren fått skadestånd. Nu uppfattade man saken så att här stod två huvudprinciper mot varandra. Dessa principer fick inte tjäna bara som hjälpmedel för att leda in resonemangen på vissa spår. De ställdes mot varandra som kontraster och ansågs ha omedelbar betydelse för utgången.

4 Juridik och samhällsvetenskap

Om vi antar — vilket kanske är djärvt — att resonemangen hittills har varit i huvudsak godtagbara så kan vi slå fast följande. Problem som vi kallar »juridiska» eller som vi förser med prefixet »rätts-» kan inte lösas enbart med hjälp av sådana argument (vi har ibland kallat dem auktoritativa) som finns att hämta från »rättskällorna». Juristerna kan inte göra anspråk på att ha någon argumentationsteknik som är helt deras egen. Lagar och rättsfall bör tolkas försiktigt och kan därför inte ge säkra svar på de besvärligaste frågorna. Det måste beredas plats för argument som finns att hämta från den mera öppna debatten, den debatt som är gemensam för oss alla i samhället.

Hur skall i så fall en modell för juristernas (domarnas och andra beslutsfattares) argumentation se ut? Tydligen måste modellen anvisa plats både för argument som brukar kallas juridiska och för argument som kan hämtas från den mera öppna debatten. Juridiken måste konfronteras med samhällsdebatten. Samhällsdebatt förs emellertid i många former. Vi kan tills vidare göra några grova åtskillnader och jämföra juridiken först med samhällsvetenskaperna, därefter med politiken och till sist med samhällsdebatten i övrigt.

Juridikens »hjälpvetenskaper»

Det förekommer ofta att man betecknar en vetenskap — och ofta just en samhällsvetenskap — som hjälpvetenskap i för-

hållande till juridiken. Det är också lätt att inse att det finns visst fog för ett sådant talesätt. Men vilken relativ betydelse har å ena sidan juridiken, å andra sidan hjälpvetenskaperna i sådana sammanhang där man tycker sig se ett beroendeförhållande? Den frågan är av central betydelse för vår diskussion. Vi bör till en början lägga märke till vissa skillnader mellan olika sorters frågor som från juristens synpunkt kräver medverkan av företrädare för hjälpvetenskaperna.

Det vanligaste fallet är att hjälpvetenskaper behöver anlitas för att en domare skall få gott kunskapsunderlag för bedömningen av påståenden om att *vissa fakta inträffat*, fakta som är av betydelse för hans avgörande. Som exempel kan vi tänka oss följande fall:

En åklagare har åtalat A och påstår följande i gärningsbeskrivningen: A körde bil en viss kväll mellan Stockholm och Norrtälje. B och C var medpassagerare. På en viss plats gjorde A en oförsiktig manöver och kom för långt ut på sin högra kant varigenom han kolliderade med en parkerad bil. I den bilen satt personerna X och Y som blev svårt skadade. A kan inte ha undgått att märka kollisionen men begav sig likväl från platsen och fortsatte färden till Norrtälje.

Vi antar vidare följande: A och hans medpassagerare förnekar med bestämdhet att någon kollision inträffat. Båda bilarna har vissa skador som vid ett ytligt betraktande tyder på att de kolliderat med varandra. X och Y säger sig känna igen A:s bil såsom den bil de blivit påkörda av.

Om ett fall sådant som detta framstår såsom särskilt betydelsefullt — t. ex. på grund av att X eller Y blivit invalidiserade — kan det tänkas att åtskilliga av juridikens hjälpvetenskaper blir anlitate. Redan kriminalpolisens rutinarbete inrymmer vissa moment av *naturvetenskap*, t. ex. om man söker svar på följande frågor: Var det däcken på A:s bil som framkallade hjulspåren på platsen? Kan man av reporna på A:s bil sluta sig till att det var den bilen som var in-

blandad i kollisionen? Vilken roll kan vägbanan, belysningen och sikten ha haft i samband med olyckan? Kan man av bucklorna på A:s bil sluta sig till vilken fart bilen hade vid kollisionstillfället? Frågor som dessa utgör vanligen rutinfrågor men kan ibland vara så pass komplicerade att man inhämtar sakkunnigutlåtande från statens kriminaltekniska laboratorium eller från någon enskild sakkunnig med naturvetenskaplig utbildning. Nästan vilka vetenskapsgrenar som helst kan få betydelse. Det har t. o. m. förekommit att primära vetenskapliga upptäckter har gjorts i samband med undersökningar på brottsplatser.

Ett mer intressant problem möter vi emellertid när vi kommer in på *beteendevetenskapernas* betydelse i sammanhanget. Åklagaren hävdar tydligen att A och dennes medpassagere ljuger eller misstar sig när de påstår att A:s bil inte varit inblandad i någon kollision. Och åklagaren kanske i väsentlig mån stöder sin talan på de uppgifter som lämnats av X och Y. Skall även i detta fall hjälpvetenskaper anlitas för att domaren skall kunna grunda sitt avgörande på ett så tillförlitligt kunskapsunderlag som möjligt? Naturligtvis ligger saken så till att domaren faktiskt kan få ett bättre kunskapsunderlag genom att anlita *psykologisk* expertis än genom att spekulera endast på egen hand. Men samtidigt är det klart att varje domare för att kunna sköta sitt arbete måste vara en någorlunda skicklig psykolog. Och av processekonomiska skäl kan inte psykologisk sakkunskap kallas till rätten annat än i undantagsfall.

Ytterligare en aspekt: När hela bevismaterialet blivit presenterat för domaren så skall han avgöra »vad i målet är bevisat». Han skall göra en bevisvärdering och tillämpa bevisbörderegler. Men är bevisvärderingen något annat än en sannolikhetskalkyl? Och vilka insikter har domaren om de metodfrågor som får aktualitet i sådana sammanhang? Kanske

han borde ha möjlighet att samråda med en *praktisk filosof* eller en *statistiker*?

Slutligen en ytterligare fråga: Om nu A anses överbevisad om brottslig gärning och skall fällas till ansvar, efter vilka överväganden skall man då avgöra vilken påföljd han bör få? Naturligtvis får man viss ledning av lagen, liksom kanske även av rättspraxis. Men nästan alltid kommer det i straffmätningen in viktiga frågor som gäller å ena sidan den åtalade person, å andra sidan behovet av hänsyn till »den allmänna laglydnaden». Men vad vet domaren, i sin egenskap av jurist, om den åtalade som människa och vad vet han — eller någon annan — om vad den allmänna laglydnaden kräver? Kanske skulle det också i detta hänseende vara behövligt att någon eller några hjälpvetenskaper ryckte till undsättning?

Redan detta vardagliga exempel ger, tror jag man kan våga påstå, en antydning om att frågan om förhållandet mellan juridiken och dess hjälpvetenskaper egentligen inte så mycket angår huruvida hjälpvetenskaperna har någon funktion att fylla. Det brännande spørsmålet är detta: Vilken roll spelar *juridiken i och för sig*, såsom något artskilt från hjälpvetenskaperna?

Det sägs ibland om en fråga att den är »utpräglat juridisk». Vad menar man då? Vi kan se på följande exempel:

»Krävs samtycke av den lagfarne ägaren till en stamfastighet för att en i stamfastigheten meddelad inteckning skall kunna dödas partiellt i en fastighet som blivit avstyckad från stamfastigheten?»

Man måste ha läst en del juridik för att begripa vad den frågan innebär. Redan detta gör att frågan framstår som juridisk: den förutsätter kunskaper i viss sorts systematik och terminologi. Men dessutom är frågan juridisk i en annan mening: den kan på ett alldeles entydigt och klart sätt besvaras av en jurist utan att denne behöver ha några som helst andra

insikter än sådana som han kan hämta från facklitteraturen. Det kan visserligen hända att juristen gör en egen reflektion, en slags kontenta: »Stamfastighetens ägare kan inte få sin situation försämrade genom att inteckningen dödas i den avstyckade fastigheten, alltså bör inte något samtycke fordras av stamfastighetens ägare.» Men det är i så fall en reflektion som närmast kan kallas en truism. Något egentligt problem föreligger inte.

Finns det då inte utpräglade juridiska frågor som är svåra att lösa men likväl beroende endast av fackmannamässiga juristbedömningar? Det kan synas som om så vore fallet. Ständigt och jämt förekommer mål med vad som brukar kallas »juridiska knäckfrågor», dvs. frågor som man förutsätter att just juristerna måste grubbla närmare på. Vi kan se på några exempel.

A. Det kan vara svårt att *få fram juridiskt källmaterial*, exempelvis beroende på att utländsk lag skall tillämpas eller på grund av att tidigare rättspraxis ej blivit så väl systematiserad att den kan överblickas vid beslutstillfället.

B. Det kan vara svårt att »*vikta materialet*. I rättspraxis kanske har intagits ståndpunkter som går i strid mot lagtextens lydelse. Den juridiska litteraturen — om man nu vill lägga särskild vikt vid den — kanske har intagit en ståndpunkt som inte stämmer överens vare sig med lagtexten eller med rättspraxis.

C. Det kanske är svårt att avgöra vilken problemlösning som *systematiskt går bäst ihop* med problemlösningar som man kan utgå ifrån såsom etablerade tidigare (utan att därvid nödvändigtvis behöva ha lag, rättspraxis eller litteratur att stödja sig på).

D. Man är tveksam om hur man skall *tolka* lag eller rättspraxis.

Fallen A och B kan utan tvekan sägas exemplifiera just

juridiska knäckfrågor. Hur vi skall se på fallet D beror på vilken innebörd som läggs i ordet »tolka». Avses försiktig tolkning så kan det hända att svårigheterna är mer semantiska än juridiska. Avses däremot forcerad tolkning så kan fallet lämnas helt utan avseende (eftersom vi tidigare antagit att sådan tolkning ej bör förekomma).

Återstår fallet C. Jag tror att detta är det fall som bäst karakteriserar beslutsfattarens verkliga dilemma. Han skall lösa ett problem och därvid ta hänsyn till att *andra* problem — som från vissa synpunkter kan te sig likartade — har fått eller bör få lösningar som går väl ihop med hans egen lösning. Det händer då att han inte behöver eller kan räkna med att få hjälp utifrån, därför att hela sammanhanget ter sig inmönstrat av lagar och rättsfall. Problemet framstår som juridiskt. Så är ofta fallet inom exempelvis fastighetsrätten, utsökningsrätten och konkursrätten. Men ibland är jämförelsepunkterna osäkra. Vad hjälper honom då hans ämneskunskaper från fakulteten?

Blir slutsatsen den att juridiken egentligen borde hänvisas till en ganska blygsam plats i beslutsprocessen? Det som är juridik i en mer preciserad betydelse tycks nästan uteslutande vara sådant som datamaskiner kan tänkas få herravälde över. Ty redan nu kan man väl med säkerhet förutse att sådana uppgifter som att ta fram tidigare publicerat källmaterial och att begagna vedertagna mätmetoder på detta material är något som datamaskiner kan utföra. De verkliga svårigheterna i samband med beslutsfattande vid domstolar och i andra liknande organ skulle alltså inte i framtiden kunna betecknas som juridiska svårigheter i någon mera speciell betydelse. Det skulle bli större utrymme än nu för andra sorters kunskaper och färdigheter än de som juristerna vanligen besitter.

Emellertid vore det helt förhastat att av detta dra den slutsatsen att man i beslutsprocessen inte längre skulle ha så stor

användning för jurister såsom en grupp av personer med speciell kompetens. Det gäller bara att från nya utgångspunkter pröva vad man närmare bestämt vill och kan vinna genom att anlita juristerna som beslutsfattare, antingen ensamma eller i samverkan med andra sorters experter. Vi kanske kan vinna ökad klarhet om detta genom att göra en speciell jämförelse mellan juridik och sociologi, som är en av juridikens viktigaste hjälpvetenskaper.

Juridik — tillämpad sociologi?

Tydligen förhåller det sig så att sociologin är en av de vetenskaper som juridiken har nära relationer till. Men hur är denna relation närmare bestämt beskaffad? Sociologin sysslar ju med samhällliga beteenden. Om nu juridiken sysslar med att lösa problem som har sin grund i samhällliga beteenden, är det då kanske motiverat att betrakta juridiken som ett slags tillämpad sociologi?

Mot den tanken kan först invändas att det inte gärna kan vara riktigt att jämföra sociologin, som är en vetenskap, med juridiken, som omfattar mycket annat än vetenskap. Jämförelsen borde, kan man tycka, avse å ena sidan sociologin, å andra sidan rättsvetenskapen. Men den invändningen är alltför formalistisk. En jurist måste ofta, även om han inte till namnet är rättsvetenskapsman, yrkesmässigt ta ställning till ett problem efter att ha utfört ett långvarigt forskningsarbete och efter att ha applicerat ett alldeles förutsättningslöst kunskapskritiskt resonemang på det material som han lyckats samla. Ett särskilt yttrande i en domstolsdom eller en analys i en lagstiftningspromemoria kan ha en lika vetenskaplig prägel som det en akademiskt verksam jurist åstadkommer. Skillnaden går alltså inte mellan vetenskap och praktik utan mellan de olika intellektuella kvaliteter som kan förekomma på

skilda yrkesområden. Följaktligen måste det vara tillåtligt att fråga om juridik — när den är intellektuellt kvalificerad — är en form av tillämpad sociologi.

Man vill kanske komma med en andra invändning: juridik har förekommit i åtminstone ett par tusen år och kan därför inte rimligtvis anses utgöra en tillämpning av sociologi, som bara existerat i några decennier. Men inte heller den invändningen förefaller särskilt stark. Sociologin är ny till namnet och som metodisk disciplin, men som ämne för allmänna spekulationer har den väl under olika benämningar förekommit lika länge som juridiken. Att juridiken klarat sig utan hjälp av några sociologer förklaras väl helt enkelt av att juristerna inte alltid känt något behov av att redovisa sina uppfattningar om de sociala realiteterna, trots att dessa realiteter medvetet eller omedvetet gör ett visst inflytande gällande.

En tredje invändning går mera till sakens kärna. Det är uteslutet, skulle man kunna hävda, att juridiken är något slags tillämpning av sociologin. Sociologin är ju en objektivt beskrivande vetenskap medan juridiken är en »normativ» vetenskap, dvs. har »det rättsliga normsystemet» till sitt föremål.

Den invändningen kräver en mera utförlig diskussion. Vi har redan tidigare haft anledning att märka att talet om »rättsregler» i juridiken lätt kan leda till oklarheter och missuppfattningar. Det finns anledning att tro att även ordet »norm» kräver en precisering. Både i sociologin och i juridiken talar man om normer. Vad avser man därmed? Juristens språkbruk är väl ofta sådant att norm och rättsregel blir synonyma begrepp. Men vad avser man i sociologin med normer? Avser man något annat än det som juristerna menar, och vari består i så fall skillnaden?

Sociologiska data, common sense och juridisk argumentation

Ordet »norm» används både i sociologin och i juridiken, men ofta i olika betydelser. När en jurist talar om normer avser han vanligen »rättsliga normer» eller — synonymt — »rättsregler». Detta är väl något annat än vad sociologen för sin del åsyftar när han begagnar ordet norm? Men vari består skillnaden? Ett exempel från en amerikansk sociologisk undersökning kan få bilda utgångspunkt för en diskussion om detta.

»If there is a shout of 'Fire' in a theatre, people are likely to rush to the doors and injury to some of them is likely to occur.» Detta kan sägas vara en norm i viss mening. »The very statement of the norm carries with it a prediction of injury to some persons in the given situation.» Denna norm i sin tur »can be used to predicate» en norm av annat slag, exempelvis följande: »Shouting 'Fire' in a crowded theatre is improper conduct.» Sistnämnda norm, slutligen, kan begagnas »to serve as a basis for imposing a civil or criminal sanction on those who do shout 'Fire'.»

Genom sista ledet i denna sekvens är vi uppe på beslutsfattarens plan. Om vi förutsätter att beslutsfattaren är *tvingad att ta ställning* till frågan om sanktionerna — som en domare vanligen är — och att *ingen annan relevant kunskap* står till buds så får tydligen den sociologiska normen en direkt betydelse genom att den uttrycker ett handlingssätt som beslutsfattaren skall iaktta.

Det är emellertid orealistiskt att förusätta att en sociologisk norm skulle kunna utgöra en beslutsfattares enda relevanta kunskap — den enda kunskap som han skulle behöva laborera med när han tar ställning. Andra faktorer måste komma med i bilden. Vi kan — utan anspråk på exakthet — be-teckna vissa övriga faktorer, som kräver beaktande vid sidan

av den sociologiska normen, med den sammanfattande benämningen *common sense*. I så fall får vi fram följande bild:

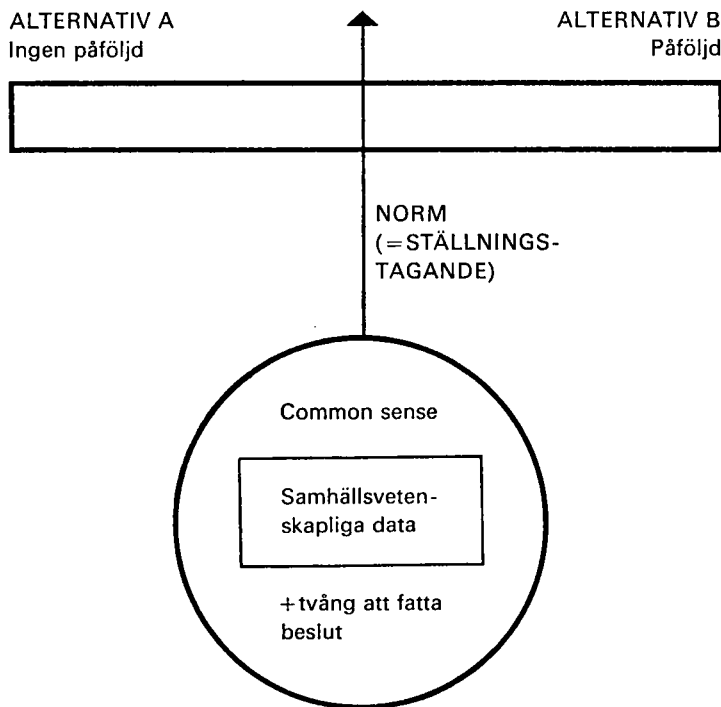


Fig. 1.

Men vilken roll spelar då *common sense* i sammanhanget? Däri ingår kunskaper och värderingar i oöverskådliga kombinationer. *Common sense* är tids- och miljöbunden. Den var annorlunda beskaffad på 1920-talet än nu. Den skiftar även inom grupper som tycks enhetliga i andra avseenden, t. ex. gruppen sociologistuderande i Lund eller gruppen fiskaler i Svea hovrätt. Men det vore å andra sidan orimligt att anta att man inte skulle komma någon vart alls genom att koppla in *common sense* som en faktor i ett resonemang.

ALTERNATIV A
Ingen påföljd

ALTERNATIV B
Påföljd

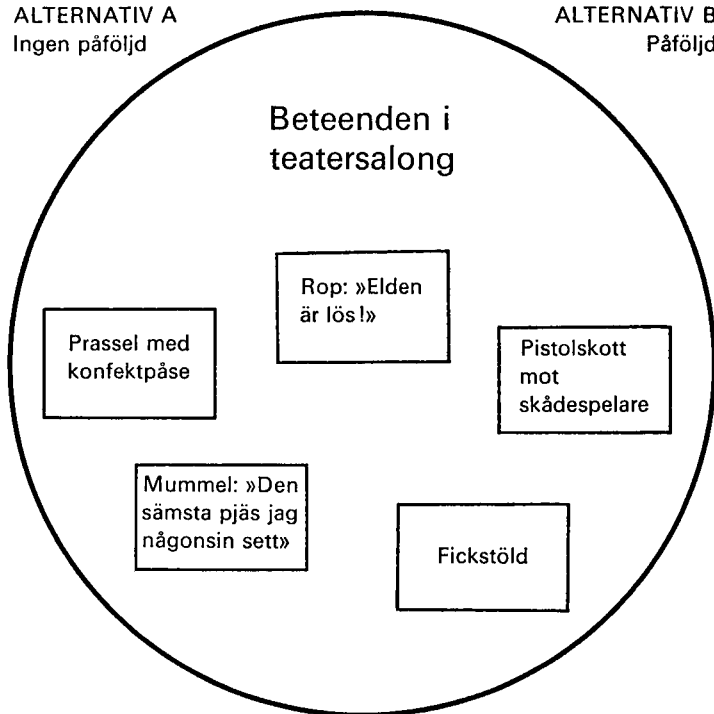


Fig. 2.

En illustration kan vi få om vi broderar på exemplet med den ropande rösten i teatersalongen. Vi kan tänka oss att det har förekommit ett flertal olika intermezzon som skall eller inte skall — det är frågan — ge anledning till påföljd (fig. 2).

Om vi nu räknar även med möjligheter som redan vid första påseendet förefaller absurda så kan vi tänka oss följande meningsyttringar: »Teaterkonfekt är ett överklassattribut, att prassla med en konfektpåse bör medföra påföljd.» — »Fickstöld är en acceptabel metod för åstadkommande av förmögenhetsutjämning i samhället.» — »Det kan vara uppiggande och underhållande om någon skjuter med pistol mot

scenen, sådant bör inte medföra påföljd, i varje fall inte om man skjuter mot dåliga skådespelare.»

När vi ställer oss kallsinniga till dessa yttranden så gör vi det rent intuitivt, på grundval av den common sense som vi med eller mot vår vilja har fått präglad in i oss. Av beteendena i exemplet är det bara det i mitten som tycks problematiskt. Beträffande det beteendet kan samhällsvetenskapliga data ge oss viss vägledning. Men dessa data säger inte så värst mycket mer än vad common sense gör, och de ger oss ingen vägledning alls beträffande en del andra frågor som kanske kräver svar. T. ex. frågan: Vilken betydelse har det om den ropande verkligen trodde att elden var lös?

En kontenta av detta är följande. Man kan få en grundval för ett ställningstagande genom kombinationen sociologiska data + common sense + incitament att fatta beslut. Det är alltså *möjligt* att fatta beslut. Men beslutet kanske blir hipp som happ. Och det kanske inte kan accepteras att likartade beteenden ibland får påföljd, ibland blir utan.

Vill man undgå en sådan konsekvens måste man tillgripa något slags teknik, som kan kallas juridisk. Därmed är vi framme vid rättsreglerna. Skiljer sig dessa från sociologernas normer, och i så fall i vilka avseenden? Vi kan fullfölja resonemanget genom att studera *två tänkbara modeller för juridisk argumentation*.

Fig. 3 förutsätter att en rättsregel kan antas framkomma som resultat av en sammanfattande värdering, grundad på vissa »rättskällor» (lag, rättspraxis, lagförarbeten, ändamåls-synpunkter), som »viktats» i förhållande till varandra enligt viss metod. Den sammanfattande värderingen får formen av en tolkningsoperation. Jag kallar modellen för *tolkningsmodellen*. Vi skall se på vissa karakteristiska drag (vi återkommer därvid till en del frågor som belysts mer ingående i avsnitten om rättsregler och om tolkning).

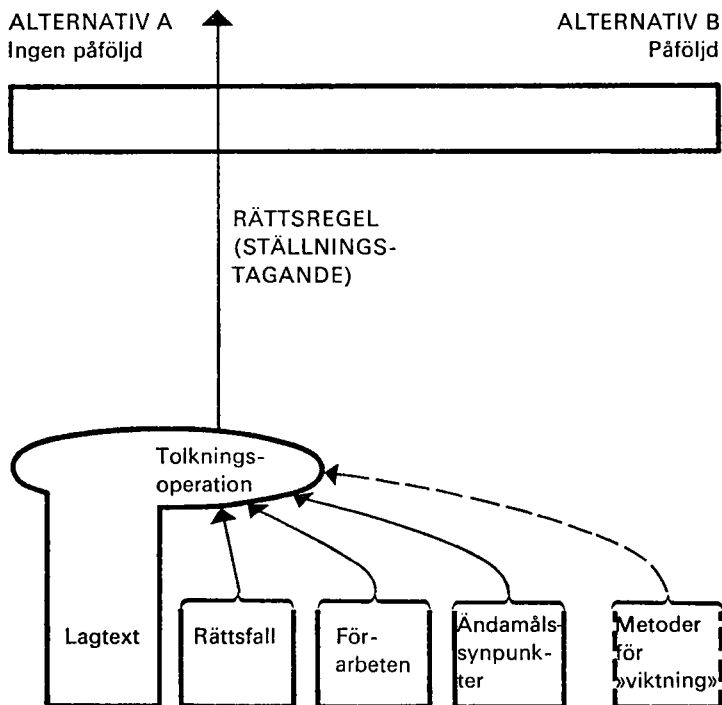


Fig. 3.

Lagtexten får tjäna som *stomme* för den *sammanfattande värderingen*. Det förutsätter naturligtvis att det finns någon lagtext som åtminstone vid första påseendet ser ut att ha relevans för det problem som skall lösas. Brister den förutsättningen kan det tänkas att man i stället formulerar problemet som ett problem om rättsfallstolkning eller tolkning av förarbeten.

Låt oss alltså förutsätta att här finns en lagtext som tycks ha en viss relevans. Och låt oss vidare förutsätta att problemet är av såpass stor betydelse och såpass stor svårighetsgrad att det inte kan lösas rutinmässigt efter en hastig blick på lagtexten.

Det vanliga är att man då direkt ställer frågan: Hur skall lagen tolkas? Och när man söker svar på den frågan så inriktar man sig inte bara på att pressa fram så exakt besked som möjligt från själva lagtexten utan man rycker in annat material i proceduren. Man frågar hur lagen skall tolkas i belysning av de och de rättsfallen. Man kanske inriktar sig på att utföra en s. k. subjektiv lagtolkning genom att undersöka vad som sagts i lagens förarbeten, av lagstiftningskommittéer, av departementschefer, av riksdagsmän osv. Eller man kanske inriktar sig på att utföra en teleologisk lagtolkning och söker efter sådana ändamålssynpunkter som kan anses ha särskilt intresse som tolkningsdata.

Man kan då fråga sig *vilken roll sociologiska data och allmänna common sense-överväganden kan spela* inom ramen för en sådan tolkningsoperation. Svaret kan till en början bli att det säkerligen är mycket vanligt att både lagtext, rättspraxis och förarbeten står i god överensstämmelse med sociologiska data och common sense. Det innebär alltså att sociologiska normer väl kan bli tillgodosedda trots att domaren för sin del inte alls strävar efter att tillämpa sociologi. Sociologiska data och common sense kan dessutom få sin betydelse när man söker efter *ändamålssynpunkter*. Men detta sökande är knappast förutsättningslöst. Man tillgriper ändamålsövervägandena som en nödfallslösning, och vid valet av ändamålssynpunkter är man ofta redan från början styrd av sådana överväganden som man hämtat från lag, rättspraxis och doktrin. Det har gjorts gällande att den teleologiska tolkningen har just den innebörden att man sovrar bland de ändamålssynpunkter som vid första påseendet förefaller relevanta. Det blir alltså inte fråga om någon förutsättningslös debatt.

Ett par andra omständigheter är viktiga att märka: Tolkningsoperationen kan sägas få till följd att man väljer en viss rättsregel. Det är då betydelsefullt att observera att den rätts-

regeln inte i sin tur kan göras till föremål för någon tolkningsoperation. Den är ett uttryck för själva problemlösningen och utgör inte någonting som förtjänar att kallas ett argument för problemlösningen. Man kan, om man så vill, låta bli att tala om rättsregler och direkt ange tolkningens resultat på det viset att man säger: problemet skall lösas så eller så.

En annan viktig sak är att rättsregeln — eller, om man så vill, problemlösningen — ofta kommer att ligga så markant *vid sidan av lagtextens språkliga betydelseområde* att det kan förefalla rent av utmanande att beteckna slutprodukten av resonemanget som en lagtolkning. Det kan bli så att man opererar med lagens auktoritet utan att ha någon som helst täckning för den operationen. Om någon ställer sig skeptisk till en dom så kan man svara: »Domen är grundad på en lagtolkning». Det är inte lätt att genomskåda det ohållbara i det argumentet.

Men därtill kommer en annan synpunkt som kanske kommer att få större betydelse i framtiden än vad den nu har. Det måste vara möjligt att bestämma *vilken relativ vikt som de olika rättskällorna har inbördes*. Det kan exempelvis knappast vara rimligt att säga att med hänsyn till de och de rättsfallen så skall lagen tolkas på det och det sättet eller att lagen skall tolkas mot sin ordalydelse på grund av de och de ändamålssynpunkterna. En lagtext är en lagtext. Ett rättsfall är ett rättsfall. Och en ändamålssynpunkt är en ändamålssynpunkt. Dessa saker måste kunna skiljas åt. Det är någonting som vi måste hålla i minnet nu när vi är inne i datamaskinernas epok. Det är visserligen inte säkert att man kan tänka sig att bruka datatekniken för att få fram problemlösningar i juridiska sammanhang över hela linjen. Men det är i varje fall klart att datamaskiner kan, rätt programmerade, leverera besked om hur långt man kan komma på grundval av ett visst

material, t. ex. på grundval av lagtext. Och det är också möjligt att man kan få ett antal alternativ serverade som det sedan bara gäller för domaren att välja mellan. Men detta förutsätter att det kan göras klara distinktioner mellan olika typer av rättskällor och att det finns vissa principer för hur dessa rättskällor bör »viktas» i förhållanden till varandra.

Jag vill alltså hävda att tolkningsmodellen är förenad med allvarliga olägenheter. Och det tål att fundera över om det finns någon annan modell som man kan ställa upp som alternativ. Följande kan kallas *den öppna modellen*:

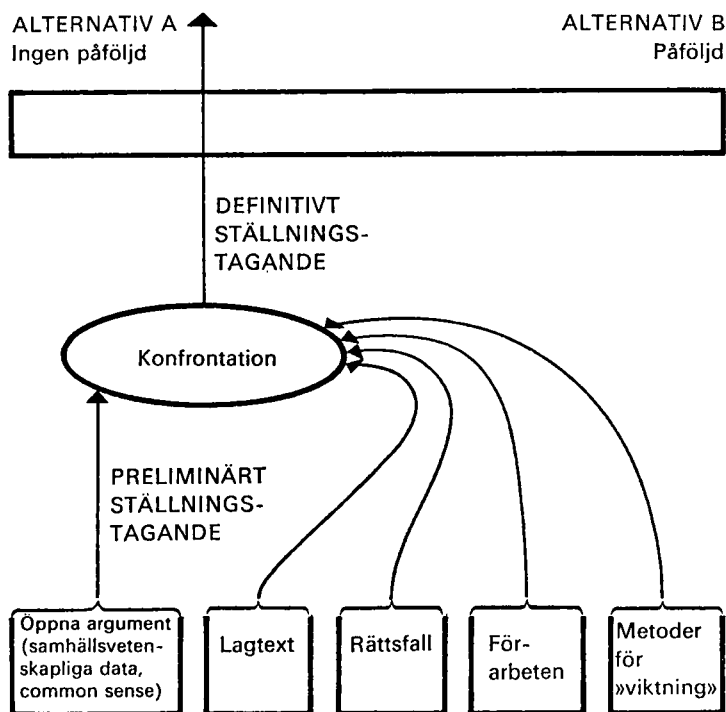


Fig. 4.

Tanken är att den juridiska problemlösningen, t. ex. i en domstol, skall *börja med en öppen och förutsättningslös debatt* av sådan typ att sociologer eller andra samhällsvetare mycket väl skulle kunna delta. Helt förutsättningslös kan förstås inte denna debatt vara, lika litet som någon annan debatt i samhällsfrågor. Man måste ju inordna sitt agerande i ett samhälle av viss typ. Men man kan se till att debatten inte blir primärt styrd av några rättskällor utan erbjuder chans till en ohämmad prövning av argument för och emot.

Modellen är vidare baserad på den tanken att den öppna debatten bör leda till ett *preliminärt ställningstagande*, om man så vill en preliminär norm. Denna preliminära norm skall sedan — innan man får fram ett ställningstagande på det juridiska planet — *konfronteras med de juridiska rättskällorna*. Bland dessa rättskällor finns inte längre symbolen ändamålssynpunkter. Ändamålssynpunkterna skall nämligen vara metodiskt behandlade och slutdebatterade redan i samband med den öppna debatten. Konfrontationen med rättskällorna kommer att avse endast sådana grupper av material (auktoritativa argument) som enligt viktningsprinciperna skall tillmätas större betydelse än öppna argument och som därför kan få betydelse som *korrektiv i förhållande till den öppna debatten*.

Vad jag särskilt vill understryka är att denna modell förutsätter att rättskällorna skall kunna verka korrigerande utan att dessförinnan ha gjorts till föremål för några tolkningsprocedurer av den typ som jag nyss var inne på. Om en lagtext, betraktad såsom lagtext, är lika väl förenlig med en problemlösning som med en annan så bör lagtexten *inte tolkas*. Den bör inte anses utgöra något som helst argument vid valet mellan dessa båda problemlösningar. Och motsvarande bör gälla med avseende på rättspraxis och lagförarbeten (om nu lagförarbeten överhuvudtaget bör anses auktoritativa).

Den i sammanhanget mest intressanta frågan blir då följande: Vilken betydelse har valet mellan tolkningsmodellen och den öppna modellen när det gäller relationerna mellan sociologin och juridiken som vetenskapliga discipliner? Om man använder tolkningsmodellen så blir konsekvensen att juristernas uppmärksamhet på ett alldeles oproportionerligt sätt blir inriktad på frågor som har en juridiskt-teknisk innebörd. Sociologiska forskningsresultat kan visserligen få sin betydelse även inom ramen för ett tolkningsresonemang, men det är fara värt att dessa resultat bara blir beaktade styckevis och slumpartat i samband med s. k. teleologiska lagtolkningar. Anser man däremot att modellen med den öppna debatten bör accepteras så tvingar detta juristerna att betrakta sociologin — och även psykologin och andra samhällsvetenskaper — som grundval för juridisk forskning. Sociologin blir primär i förhållande till juridiken. Det kan exempelvis inte anses riktigt att säga att rättsreglerna bör *jämföras med* de sociologiska normerna. I stället får man säga att de sociologiska normerna *kräver beaktande såsom grundvalar* för rättsreglerna.

Vi har nu på vissa punkter gjort jämförelser mellan samhällsvetenskaperna och juridiken. Det kan inte bli fråga om att ange några säkra slutsatser, men vi måste inta ståndpunkter för att sedan kunna gå vidare in på nya problem. Vi har funnit att det finns en hel del fog för uppfattningen att juridiken är en slags *tillämpad samhällsvetenskap*. När juristen tar ställning till ett komplicerat problem så kan han inte undgå att låta sig influeras av samhällsvetenskapliga data, i den mån sådana finns tillgängliga. Vad som i övrigt utmärker juristens verksamhet — och som tycks vara hans särskilda kännetecken i jämförelse med samhällsvetaren — är att juristen i samband med beslutsfattande måste skaffa sig överblick över större komplex av problem och tillämpa en speciell *viktningmetod*,

som bl. a. innebär att ett öppet samhällsvetenskapligt resonemang inte alltid kan få full genomslagskraft på beslutsfattarplanet.

Vad innebär då detta i fråga om juridikens vetenskapliga aspirationer? Det innebär förvisso inte någon nedklassning men kanske ett krav på vissa frontförändringar. Om juristen säger sig syssla med vetenskapen om vad som är gällande rätt så kan han knappast undgå att möta protester. Självfallet finns det enorma arbetsuppgifter för var och en som vill bedriva juridik i form av tillämpad och med beslutsprocessen integrerad verksamhet. Men här krävs förtydliganden. Om man tänker sig att juristen skall vara en slags samhällsvetenskapernas tekniker, vilken betydelse skulle det ha för de olika roller som juristen har att spela i samhällslivet? Och hur förhåller sig juristen till politikern? Även politikern är ju en beslutsfattare som har anledning att låta samhällsvetenskapliga betraktelser verka styrande på sitt handlingsätt. Den punkten behöver belysas. Och dessutom förhåller det sig så, som vi redan har funnit, att det ofta är mycket pretentiöst att använda ordet samhällsvetenskap när det gäller den fond av vetande som den juridiska och den politiska debatten bygger på. Det kanske är riktigare att säga att såväl juristen som politikern — åtminstone när det gäller vissa grenar av juridiken och politiken — ägnar sig åt tillämpad *samhällskunskap*. Det låter mindre pretentiöst, men var går i så fall skiljelinjen mellan juridik och politik?

5 Juridik och politik

Juridik och politik är mångtydiga ord. Det är lätt att höra skillnaden mellan en föredragning i en hovrätt och ett valtal i Vasaparken. Men det finns juridiska och politiska fenomen som liknar varandra ganska mycket, och det är närmast dem som vi här har intresse av.

När vi fick vår byggnadslag 1947 förekom i riksdagen en diskussion om vad som skulle menas med *tätbebyggelse*. I en utredning — 1942 års stadsplaneutredning — hade hävdats att det borde betraktas som en omdömesfråga, en värderingsfråga, om tätbebyggelse skulle anses föreligga i det särskilda fallet. Två reservanter hade velat ge ett något mer precist besked genom att använda orden »samhällsmässig bebyggelse». Departementschefen hade ansett att lagen inte borde ge några schematiska regler utan endast allmänna riktlinjer. Riksdagen följde honom, och följande text kom in i lagen:

»Med tätbebyggelse förstås i denna lag sådan samlad bebyggelse som nödvändiggör särskilda anordningar för tillgodoseende av gemensamma behov.»

Resultatet har blivit att praxis har fått att arbeta med en regel »som inbjuder till de mest varierande bedömningar». När statsmakterna inte vill ge mer exakta besked genom lagtext så blir det istället domstolarna som får det mesta av de bekymmer som ligger i beslutsfattandet.

Antag nu att en domstol i ett konkret fall säger: »Detta är att uppfatta som tätbebyggelse». Är det då juridik eller poli-

tik som domstolen ägnar sig åt? När frågan var uppe i riksdagen blev den betraktad som en typiskt politisk fråga, till och med en ganska brännbar sådan. Frågan har inte på något sätt förändrat karaktär bara därför att det nu istället blir en domstol som har att ta ställning till den. Talar man om politik i det ena fallet och juridik i det andra så kan man därmed inte avse något annat än att frågan — alldeles samma fråga — har kommit upp till bedömning i olika sammanhang, har blivit bedömd av olika slags beslutsfattare.

Men om en fråga av denna typ kan anses vara politisk, varför har man då fört över den till det juridiska planet? Varför har man inte utnyttjat möjligheten att genom politiskt beslut ge direktiv som på ett mera bestämt sätt kunde länka in utvecklingen i önskad riktning? Anledningarna kan ha varit flera. Man kan ha velat undvika en politisk strid som kanske framstod som olämplig vid viss tidpunkt. Man kan ha velat pacificera problemet genom att koppla in domstolar i beslutsfattandet — i förlitan på att problemet härigenom inte längre skulle framstå såsom särskilt brännbart och i varje fall inte få samma karaktär av partipolitiskt problem. Man kan också ha bedömt saken så att en stel och osmidig lagregel — som det skulle vara komplicerat att successivt förändra — inte var lämplig, därför att det var så svårt att överblicka det framtida behovet i olika typer av bebyggelseområden av sådan åtgärder som byggnadslagen handlade om. Man kan alltså ha menat — det vore konsekvensen av det sistnämnda betraktelsesättet — att domstolarna är bättre skickade än de lagstiftande organen att ta det omedelbara ansvaret för den framtida bebyggelsepolitiken.

Låt oss då utgå ifrån att avsikten har varit den sist antydda, dvs. att överlåta ansvaret för bebyggelsepolitiken på domstolarna. Hur skall man då närmare bestämt uppfatta domstolarnas roll? Domstolarna har inte fått något direktiv av lagstif-

taren, eftersom denne medvetet har lämnat frågan öppen. Och eftersom lagen är ny finns till en början ingen rättspraxis som kan ge vägledning. Uppenbarligen har då domstolarna inga andra principiella grundvalar för sina ställningstaganden än dem som fanns till förfogande när frågan var uppe till behandling på lagstiftarplanet. Men efter en tid kanske domar har givits i en hel del enskilda fall, varav kanske några fullföljts upp till högsta instans. Har problemet då inte förvandlats från ett politiskt till ett juridiskt problem? Nu finns ju rättspraxis att tillgå. Har inte det politiska momentet därmed eliminerats?

Att se saken på det sättet vore ytterst egendomligt. Tanken var ju att domstolarna skulle ha ansvaret för vissa åtgärder med avseende på den framtida bebyggelsepolitiken. Nu finns det visserligen prejudikat som kan ge vägledning. Men det måste alltså vara så att domstolarna öppet kan diskutera varje nytt problem för att sedan kunna avgöra om detta problem bör lösas i överensstämmelse med prejudikatet eller inte. Vi har tidigare antagit att en rättskälla, exempelvis en lagtext eller ett prejudikat, har betydelse inte såsom spärr för ett öppet resonemang utan såsom ett *korrektiv* i förhållande till det öppna resonemangets resultat. Det finns då ingen anledning att rygga tillbaka för den konsekvensen att vi har att göra med politiska frågor även i ett senare skede av »rättsutvecklingen» (för att här begagna ett vanligt men i själva verket ganska missvisande ord).

Mot bakgrund av detta exempel framstår det som ganska besynnerligt att det så ofta kommer upprörda känslor med i spelet när man talar om juridik och politik. Förklaringen är väl att man har svårt att frigöra sig från den nedsättande betydelse som ordet politik har i vissa sammanhang. Att säga att någon »bedriver politik» kan innebära en anklagelse för osaklighet, gruppegoism eller streberaktighet. Men inte heller ordet juridik har alltid vacker klang. Talar man om jurist-

mentalitet så avser man kanske sådant som formalism, ovilja att se samhällsfrågorna i deras mänskliga aspekter eller helt enkelt en allmän torrhet eller tråkighet. Tendensen att generalisera innebär här, som ofta eljest, ett hinder för en konstruktiv debatt. För vilka syften skall man använda personer som har juridisk utbildning? Bör man dra nytta av deras speciella färdigheter endast inom vissa speciella funktionärsområden? Eller borde man försöka att i högre grad än vad nu brukar ske integrera juridiken i den politiska verksamheten?

Låt oss ta ett par exempel till. Det ena avser skärmytslingar som förekommer i samband med att vi fick vissa ändringar i expropriationslagen. Det andra avser debatten om sammansättningen av den s. k. Wennerströmkommissionen.

Höstriksdagen 1949 behandlade ett förslag till ändring i lagen om expropriation. Förslaget gick ut på att expropriationsändamålen skulle ändras så att kommunerna lättare kunde förvärva mark. Yttrande över förslaget hade avgivits av lagrådet (bestående av tre justitieråd och ett regeringsråd, vilka har till uppgift att granska vissa lagförslag). Lagrådet yttrade bl. a. följande:

»För den allmänna rättsuppfattningen i vårt land måste det utan tvivel te sig främmande att i den betydande utsträckning som här föreslagits utbyta den lagstadgade tryggheten mot ett osäkerhetstillstånd, där den administrativa makten efter fritt skön samt mer eller mindre svävande lämplighetsgrunder äger avgöra om den enskildes äganderätt — det må röra sig om större eller mindre jordbruk, större eller mindre bostads- eller andra fastigheter — skall utan tvingande skäl uppoftas.»

Justitieministern replikerade att

»... dylika ställningstaganden — i detta ärende mer än vanligt i lagstiftningsfrågor — enligt sakens natur måste bli beroende av bedömarens samhällsekonomiska värderingar. Det är över huvud taget icke möjligt att enbart på juridisk grundval fatta ståndpunkt till detta spörsmål.»

Förvisso hade justitieministern rätt i sitt påstående att man inte »enbart på juridisk grundval» kunde fatta ståndpunkt. När kan man det? Knappast annat än när det gäller frågor som är rent exercismässiga. Men naturligtvis vore det helt orimligt om man härav skulle dra den slutsatsen att jurister inte borde blandas in i lagstiftningsarbetet. »En jurist som inte är mer än jurist är en stackare.» Lagförslaget aktualiserade en mängd frågor, en mängd argument för och emot. En del av argumenten hade juristerna särskilda förutsättningar att bedöma (t. ex. argument som avsåg förslagets sammanhang med civillagstiftningen i övrigt) och varför skulle i så fall inte juristerna kunna anses kompetenta att ha ett ord med i laget vid helhetsbedömningen?

En mer positiv värdering av juristerna från den första statsmaktens sida förekom i samband med den s. k. *Wennerström-affärens* rättsliga och politiska efterspel.

För utredning i denna sak tillsatte regeringen i juni 1963 en »juristkommission», bestående av tre framstående domare. Från oppositionens sida föreslogs att kommissionen skulle utökas med tre parlamentariker. Detta skulle, menade man, öka möjligheterna att åstadkomma allsidig belysning. En del frågor var nämligen av sådan art att de inte hade en speciellt juridisk karaktär.

Denna begäran från oppositionens sida avslogs av statsministern, som enligt tidningsreferat yttrade:

»Fastläggande av fakta kräver objektivitet och vana vid opartiska genomgångar. — De tre höga domarna i den tillsatta juristkommissionen har stor vana vid just denna form av undersökning.»

Om man jämför detta statsministerns uttalande med vad som ofta i andra sammanhang brukar sägas om behovet av icke-jurister som bisittare i domstolar så kan man notera att statsministern vid detta tillfälle visade en mycket hög upp-

skattning av juristers förmåga att hantera politiskt brännbara spörsmål.

Någon sådan tillförsikt förekommer tydligen inte bland dem som på senare tid kritiserat domstolarna för deras behandling av mål om *gatubråk* och *fönsterkrossning* m. m. i samband med politiska demonstrationer. Domaren bedriver politik när han dömer, har man menat. Två aktuella fall gav anledning till följande konkreta fråga: Kan det anses rimligt att döma en person som krossat fönster på den amerikanska ambassaden i Stockholm till flera månaders fängelse när man samtidigt ger ett lindrigare straff åt en person som genom vårdslös bilkörning vållat en annan människas död?

Genom det sätt varpå denna fråga är ställd görs det en viss antydning om att den vårdslöse bilföraren borde få ett någorlunda strängt straff (tanken kan ju inte gärna vara att fönsterkrossaren borde helt undgå påföljd). Man kan inte undvika att förvånas över att en sådan antydning kan göras av personer som eljest brukar berömma sig av att vara radikala. Vad finns det för en rationell motivering för att bilföraren skulle straffas inte bara för vårdslös körning utan dessutom för den särskilda konsekvens, dödsfallet, som denna vårdslösa körning olyckligtvis fick? Det är ju fråga om ett dödande utan uppsåt, och vetskapen om att den vårdslösa körningen lett till en annan människas död måste utgöra en ytterst allvarlig påföljd för gärningsmannen. Vilka skäl, närmare bestämt, skulle kunna anföras för att han dessutom borde straffas för dödsfallet? Inte blir han en bättre människa av det. Inte behövs fängelsestraffet för att eliminera honom som ett faromoment för framtiden. Behövs kanske fängelsestraffet av allmänpreventiva skäl? Det förefaller tvivelaktigt, ty om en vårdslös bilkörning leder till ett dödsfall så är ju detta beroende på en slump. Härvidlag behövs knappast från allmänpreventiv synpunkt något extra sanktionshot utöver den avhållande faktor

som består i vetenskapen om att andras liv kan sättas i fara. Är det inte den farliga körningen i och för sig som lagstiftaren bör ta sikte på? Är inte straffpålägget för dödsfallet motiverat utslutande av en föga tilltalande omtanke om allmänhetens vedergällningskänslor?

Oavsett om jämförelsen är rimlig eller inte så kvarstår problemet om den stränga påföljden för fönsterkrossningen bör ses som ett *utslag av en politisk värdering* från domarens sida (om man nu förutsätter att juristdomaren har haft större inflytande på straffmätningen än nämnden).

Det kan förefalla som om frågan tveklöst borde besvaras med ja. Domaren har tagit ställning till ett problem som är politiskt laddat. Hans ställningstagande överensstämmer med vissa politiska värderingar och står i motsats till andra. Men detta tillåter i och för sig inga bestämda slutsatser. Domaren har inte kunnat slå problemet ifrån sig. Och av flera rivaliserande opinioner måste med nödvändighet någon känna sig utmanad hur han än dömer. I en sådan känslig situation kan en domare reagera på många olika sätt. Vi kan för resonemangets skull — med acceptering av juristkritikernas terminologi — tänka oss att en »reaktionär» domare personligen skulle vilja ge en sträng påföljd under det att en »radikal» domare skulle vilja ge en mildare dom. I så fall skulle en reaktionär domare kunna tänkas döma hårt på grund av sin reaktionära inställning eller milt för att inte framstå som politiker i sin domargärning. Och för en radikal domare skulle alternativet bli de omvända. Det kan också hända att båda skulle försöka gå en medelväg.

Det innebär dock en viss förenkling — en otillåtet stor förenkling för den som anser sig radikal och som följaktligen vill gå till roten med saker och ting — om man förutsätter att just de politiska värderingarna skulle spela en helt dominerande roll. I själva verket kan ju en domare i den upp-

komna situationen låta sitt avgörande bestämmas av en mångfald skilda idéer, kombinerade med varandra på olika sätt. Hans problem består just i att han måste bringa systematisk reda i en massa motstridande tankar som automatiskt kan dyka upp:

»Sådana här lymlar måste klämmas åt. Men han kanske inte är någon lymmel utan en missriktad idealist. Han har varit straffad förut, så han borde haft anledning att tänka sig för. Men det tidigare straffet kanske har gjort honom bara ännu mera aggressiv mot samhället. Det kanske har varit en nyttig tankeställare för amerikanska ambassaden. Men det kan också hända att sådana här intermezzon bara bidrar till en ytterligare skärpning av den amerikanska inställningen. Jag skulle ha varit beredd att bedöma saken mildare om skadegörelsen hade riktat sig mot kinesiska ambassaden. Men jag får inte göra någon skillnad från den synpunkten. Det är viktigt att utländska ambassader får bestämda uppfattningar om kritiska värderingar som råder bland svenska ungdomar. Men det får inte bli så att diplomater känner sig personligen hotade eller löper risker för skadegörelse. Vi får inte bli ett land som bra diplomater inte vill komma till. Gängen i Stockholm håller väl reda på vad som händer i sådana här sammanhang. Slipper pojken undan med böter eller med ett kort frihetsstraff så ökar risken för att nya intermezzon uppstår. Dessutom får vi tänka på att backa upp polisen som måste ha stöd i sin verksamhet för att hålla ordning på gator och torg».

Detta kanske inte är något särskilt representativt urval av tankar. Men nog finns det — som exemplet antyder — bra mycket annat än politiska värderingar som kan inverka på en persons beteende när han i beslutsfattarposition skall ta ställning till en politiskt brännbar fråga. Visserligen är gränsen mellan juridik och politik flytande, på vissa punkter t. o. m. obefintlig. Man bör dock inte göra saken så enkel för sig att man tror på automatiska samband mellan politiska värderingar och benägenheter vid beslutsfattande. En partipolitisk åsikt, vad är det? Inte är det något som slår igenom konsekvent i allt vad man gör eller låter bli att göra?

Ett försök till *sammanfattning* skulle kanske kunna låta så här: Någon klar gräns mellan juridik och politik går inte att finna annat än om man riktar uppmärksamheten på den speciella juridiska teknik som består i att vissa argument, rättskällorna, viktas högre än argument i övrigt. Och anser man att en sådan viktningsprocedur inte bör vara en primär uppgift utan en kontrolluppgift — ett sätt att pröva och eventuellt korrigera resultatet av en öppen debatt — så förefaller det som om jurister och politiker borde kunna mötas på en gemensam debattnivå. Det finns inte skäl för politikerna att säga till juristerna att de skall hålla sig enbart till »det juridiska», eftersom det — om man tog det efter orden — skulle innebära en anmodan till en helt omöjlig isolering. Det finns å andra sidan inte skäl för juristerna att påstå sig ha monopol på en särskild debatt som — bortsett från konfrontationen med rättskällorna — skulle innebära något annat eller mera än den allmänna debatt som kan förekomma i politiken när den drivs seriöst och ansvarsmedvetet.

Den plattform som är gemensam för jurister och politiker — och för samhällsvetenskapsmännen, som vi tidigare jämfört juristerna med — är den allmänna samhällsdebatten. Men dit hör också mycket annat tyckande och tänkande, i tidningar och andra massmedia. Hur agerar juristerna på denna större scen? Hur blir de bedömda av sina medaktörer?

6 Juridik och samhällsdebatt

Med eller mot sin vilja bidrar juristerna till den allmänna samhällsdebatten genom sin verksamhet, inte minst genom den dömande verksamheten. Det är glädjande att tidningsskribenter och andra är medvetna om den saken och ibland — fastän inte så ofta som de borde — går i debatt med juristerna. Mindre glädjande — för en jurist — är den skepsis eller rentav motvilja som ofta kommer fram i det sammanhanget. Jag serverar några piller:

»Personligen betraktar jag jurister med samma misstro som exempelvis militärer och präster; och människor klädda i uniform får mig alltid att automatiskt tänka i psykologiska termer . . . Jurister saknar totalt kompetens i frågan . . .» (Frågan gällde bestämmande av påföljd i brottmål.)

»En extrem ståndpunkt har i pressen företrätts av vissa jurister, präglad av viss brist på saklig insikt och anmärkningsvärd ytlighet; krampaktiga försök har gjorts att pressa in en ny problematik i existerande juridiska begrepp. Resultatet har blivit ett omdömeslöst bollande med uttryck som misshandel och stöld.» (Njurtransplantationer.)

»Barnavårdslagen . . . är i mitt tycke genomgående konservativ och i väsentliga stycken direkt reaktionär. En anledning är säkert att lagen i så hög grad är präglad av jurister . . .»

»Domstolen har avstått från chansen att rädda en människa för att hävda en princip.» (Svea hovrätt hade dömt en 21-årig yngling till fängelse.)

». . . skada att HD gav ens ett finger åt dubbelmoralen genom att prata om betänkligheter på grund av moderns umgänge med ett antal män, när man med säkerhet inte skulle fört samma resonemang om det gällt en frånskild fars privatliv.» (Fråga om vårdnad om barn.)

»Juristerna i hovrätt och högsta domstol har genom sina utslag sagt att de begriper bullerfrågor mycket bättre än flygbullerutredningens experter . . . Lagarna måste ändras så att inte några i

bullerfrågor osakkunniga justitieråd kan döma godtrogna tomtköpare till bullertortyr för all framtid.»

»Framstående jurister har på nytt demonstrerat konträrt motsatta bedömningar av samma material . . .» (Advokatsamfundets och högsta domstolens ställningstagande till ansökan om medlemskap i samfundet.)

Ett i vårt sammanhang särskilt intressant exempel är en debatt i Dagens Nyheter med anledning av åtalet i Finland mot författaren Salama, som ansågs ha åstadkommit hädelse genom några passussar i boken Midsommardansen. En artikel av Olof Lagercrantz blev bemött av hovrättsrådet Mauritz Bäärnhielm. Denne hävdade att det finska lagbudet om hädelse inte kunde anses i så hög grad föråldrat och otidsenligt att det kunde anses obsolet. »Gud har . . . ännu icke satts inom klammer.» Domaren skall visserligen — som det står i de gamla domarreglerna — laga efter lägligheten »men aldrig när lagen är tydlig».

Lagercrantz svarade. Självfallet bör lagar respekteras. Men en lag består av ord, och orden skiftar mening. Den saken är alltför viktig för att överlämnas enbart åt specialisterna. Man kan inte nöja sig med att eliminera eller reformera otidsenliga lagar. Man måste »ständigt innehållsligt pröva lagarna».

Strax därefter gjorde Ingemar Hedenius ett inlägg. Enligt honom representerade Bäärnhielm — »detta i sin aningslöshet fullkomligt okuvliga hovrättsråd» — en mentalitet som måste ha något namn och som enligt Hedenius kunde få heta »det domstolsjuridiska grodperspektivet på straffrättskipningen». Grodperspektivets sanna vänner, i förkortning »medlemmar av GSV», utmärks av bl. a. en viss kulturblindhet. Sammanlutningens trosbekännelse lyder: »Envar som har att vårda sig om sitt lands rättsväsen skall tillse att lagen tillämpas utan hänsyn till vare sig sunt förnuft eller mänskliga känslor eller det egna samvetet.» För den »ickejuridiska rättsvetenskapen» borde det vara angeläget att psykologiskt undersöka framstå-

ende domare, riksåklagare och justitieministrar. »Bland sådana personer är det nämligen ingalunda ovanligt att man förtiger avgörande bevekelsegrunder för ett beslut, ifall dessa bevekelsegrunder ej har haft vad man med ett underligt uttryck kallar 'juridisk relevans'.»

Finns det något gemensamt att ta fasta på i sådana kritiska värderingar? Kanske detta, att juristerna har en benägenhet att ta ställning eller deklarerar åsikter *utan att presentera skäl som är acceptabla från den allmänna samhällsdebattens synpunkt*. Även icke-jurister har naturligtvis den åsikten — som Lagercrantz uttryckte det — att lagar bör respekteras. Men, menar man, lagarna kan inte gärna ha juridisk relevans längre än ordalagen räcker. Och om ordalagen pekar hän mot en lösning som framstår som olämplig så krävs det en motivering som säger att de olämpliga konsekvenserna ej är så påtagliga att lagen bör frångås (eller »tolkas restriktivt», om man nu vill dölja det som Hedenius kallade »avgörande bevekelsegrunder» bakom en svär genomtränglig formulering).

Juristerna kanske i så fall skulle kunna vinna ökad respekt som samhällsdebattörer genom att debattera mera öppet, genom att inte primärt klippa av sina resonemang medelst hänvisningar till lag och rättspraxis? Ja, det kan förefalla så. Men samtidigt märker man en egendomlig tendens hos icke-jurister att utgå ifrån som något självfallet att juristerna skall och bör spela just den blygsamma och miserabla roll i samhällsdebatten som man i andra sammanhang klandrar dem för. Ett par tidningsledare är belysande:

En man hade i Kungsbacka korsat europavägen 47 meter från ett övergångsställe. Riksåklagaren ville föra saken till högsta domstolen för att få ett prejudikat. DN invänder: »För att en sådan dom skulle kunna åberopas som prejudikat måste fordras att den ifrågasatta förseelsen skett under högtrafik på en huvudväg av samma dignitet som E 6.»

En 8-årig flicka hade blivit luggad av en lekkamrats pappa. Riksåklagaren ville ha prejudikat — han ansåg att påföljds-eftergift ej borde komma i fråga — och fullföljde saken till högsta domstolen. SvD ironiserar: »... här ingrep den högre rättvisan i skepnad av RA. Han vill ha ett prejudikat, och därför låter han fallet gå till högsta domstolen. Nu får alltså rikets yppersta juridiska expertis grubbla över om luggningen kunde motivera eftergivande av påföljd.»

DN och SvD tycks här gå på samma linje — en märklig tilldragelse — såtillvida som båda förutsätter att HD inte kan bidra med något annat än prejudikat av ytterst begränsad räckvidd. Det må vara riktigt i viss mening. Vad HD säger i de båda fallen bör inte anses såsom auktoritativt annat än i vad gäller de enskilda fallen med deras speciella kännetecken. Men varför skulle inte HD därutöver kunna *bidra till samhällsdebatten med icke auktoritativa resonemang* beträffande problemen i stort? Och nog är väl dessa problem — fotgängarnas rörelsefrihet, barnens anspråk på att inte bli agade — värda en seriös debatt? Vill man åstadkomma att juristerna slutar med att anlägga grodperspektiv, bör man då inte i främsta rummet försöka motverka alla tendenser till sterilt prejudikattänkande?

Det måste då frågas: vilka insatser kan juristerna — just genom sin utbildning och sin yrkesvana — göra i samhällsdebatten? Vissa möjligheter är redan antydda i samband med diskussionen om förhållandet mellan juridik och politik. Juristerna har speciella förutsättningar att peka på *argument som har betydelse på funktionärsplanet*, på det plan där beslutsfattande äger rum. Inte bara i politiken utan också i den allmänna samhällsdebatten gör man ofta saken för lätt för sig. Man har en idé, och man lägger fram den elegant för en läsekrets eller en lyssnargrupp som är nyfiken och pigg på uppslag. Man är kanske medveten om att det finns motargument,

men ofta tycker man att det är andras sak att komma fram med dem. Men dessa andra håller ofta tyst, delvis beroende på att den som kommer med motargument ofta framstår som besserwiser eller glädjedödare.

Juristerna bör inte dra sig för att spela sådana där mindre tacksamma roller. De borde kunna känna en tröst i att de på så sätt kan göra nytta åt samhället. Juridisk kunskap och utbildning predisponerar inte till uppslagsrikedom och aptit på nyheter. Men juristen skall kunna göra rimliga avvägningar, inte bara på så sätt att han skall förmå väga common sense mot lag utan också genom att kunna väga common sense-resonemang mot varandra. Dessutom måste han ha fantasi när det gäller att ställa vissa sorters hypoteser: att tänka efter vilka frågor som kan kräva svar innan ett ställningstagande sker.

Hur har det exempelvis varit i den s. k. *dödshjälpsdebatten*? Har man beaktat den svårighet som ligger i att *tidpunkten* för dödshjälpen kan vara betydelsefull även från andra synpunkter än sådana som har med humanitetskänslan inför den döendes lidande att göra? Här ligger det nära till hands för en jurist att göra några påpekanden som säkert många icke-jurister finner inopportuna men som dock måste komma med i en helhetsavvägning. Skall en läkare som överväger att ge dödshjälp utreda om den döende eller hans nära anhöriga kan ha något intresse av att döden kommer vid en viss tidpunkt? Nej, detta vore väl groteskt? Men gör han det inte så kan det innebära att han genom valet av tidpunkt faktiskt sätter ett testamente ur spel (testamenten kan innehålla tidsbegränsningar) eller dirigerar över ett arv från en släktgren till en annan (ordningsföljden mellan två dödsfall i samma släkt kan få sådan konsekvens). Är inte detta läkarens dilemma ett viktigt argument mot dödshjälp överhuvudtaget?

Exemplet med dödshjälpen är i viss mån signifikativt. En

fråga dras upp i samhällsdebatten. Det väcks en opinion. Först på ett sent stadium kommer juristerna med. I allmänhet är det inte någon större olägenhet med detta. Men mönstret förekommer även i många fall där det egentligen borde anses ytterst viktigt att en aktuell fråga så snart som möjligt kommer upp på beslutsfatarplanet. Vi bär oss ofta åt som om vi hade hur gott om tid som helst med våra viktiga samhällsproblem. Det kan t. ex. gälla en miljövårdsfråga. I flera månaders tid blir det bara en debatt, inmatad så gott det går på kultursidorna. Efter ett år kanske det sätts till en utredning av någon departementschef eller läggs fram en motion av någon riksdagsman från bygden. Sedan är det ofta ett knaggligt tidsintervall innan något organ för beslutsfattande kan träda i verksamhet. En metod att i viss mån motverka sådant vore att så tidigt som möjligt *integrera funktionärssynpunkter* i debatten. Här har juristerna ett ansvar.

Därtill kommer att jurister borde delta oftare i samhällsdebatten inte bara för att hävda juristsynpunkter. Många — dock alltför få — väljer juristyrket inte närmast för att få en födkrok utan därför att de har idéer om hur samhället bör vara beskaffat. Även om kanske inte dessa idéer får någon direkt skjuts framåt under juristutbildningen så är det klart att den utbildningen ger vissa perspektiv. Den borde i varje fall inte behöva verka avhållande på lusten att debattera öppet och kritiskt. Tvärtom borde den kunna ge bidrag att utnyttja både positivt och negativt.

Men om det nu är angeläget att juristerna blir mer aktiva i samhällsdebatten, på vilka sätt bör de medverka? Naturligtvis är det önskvärt att de, liksom andra grupper, gör sig hörda i den allmänna debatten i massmedia. Men det finns också en annan aspekt, som vi delvis varit inne på. Mycket talar för att juristerna i ökad grad bör bidra till samhällsdebatten även genom den verksamhet som de bedriver *inom sina yrken*.

7 Samhällsdebatt genom yrkesutövning

Det som juristerna företar sig i sina yrken blir ofta observerat och ibland diskuterat i samhällsdebatten. Särskilt gäller detta domstolarnas förehavanden, och när vi nu kommer in på frågor beträffande samhällsdebatt genom juridisk yrkesutövning så skall vi särskilt intressera oss för *domaren*.

En jurist som är ledamot i en svensk domstol kan, om han så vill, göra anspråk på att bli kallad *författare* — visserligen inte skönlitterär. Man begär mycket av honom. Det finns nog ingen domare som inte varje år lämnar ifrån sig minst ettusen sidor text, bortsett från sådant som skrivs på blanketter. Domaren är strängt bunden vid sitt material men har ändå ganska stort utrymme för att ge uttryck åt egna tankar och att göra det på ett sätt som han finner stilistiskt tillalande.

Vilka är det domaren skriver för? I första hand naturligtvis för parterna och deras ombud. Domaren skall redovisa sina åtgöranden och förklara — genom »domskäl» eller motive-ringar till beslut — varför han gjort som han gjort. Det skall gå att bedöma vilka utsikter som kan finnas att få ändring i högre instans. Det måste också framstå som tydligt vilken betydelse avgörandet skall ha för framtiden, för relationerna mellan parterna liksom kanske också i prejudikathänseende.

Men domaren skriver också för andra än parter och ombud. Han måste räkna med att hans verksamhet drar till sig stort intresse från allmänhetens sida och att den i viss mån verkar modellbildande för sådana — t. ex. advokater — som ägnar

sig åt beslutsfattande på andra plan än domstolsplanet. Domaren måste alltid räkna med att tidskrifter och tidningar, kanske i vissa fall t. o. m. radio och TV, kan vilja ta del av resultatet av hans skrivelser.

Vilka konsekvenser drar då våra domare av detta? På sina håll tycks den uppfattningen förekomma att allmänhetens intresse för rättsskipningen inte har övervägande positiva konsekvenser och därför inte bör särskilt främjas genom beredvillighet från domarens sida att lämna informationer. Man har kanske blivit skrämmd av veckotidningarnas och kvällstidningarnas frossande i pikanta detaljer och av den ansvarslöshet varmed pressen ibland låter enskilda personer schavottera inför offentligheten.

Även om ojustheter förekommer så är det fullt klart att *publicitet* kring domstolsverksamheten är inte bara ofrånkomlig utan också av många skäl i hög grad *önskvärd*. Via den tredje statsmakten, pressen, måste allmänheten ha möjlighet att övervaka överheten. Dessutom förhåller det sig så att juridikens möjligheter att göra nytta i samhället till stor del är beroende av att just domstolarnas verksamhet blir känd i vida kretsar. Så länge vi inte har vetenskapliga data som bevisar annat måste vi räkna med möjligheten att »den allmänna laglydnaden» — detta diffusa, som ingen vet vad det är — kan dra nytta t. o. m. av skandalskrivelser.

Låt oss emellertid nöja oss med att göra ett försiktigt antagande. Vi räknar med att domar i viss utsträckning bör skrivas inte bara för parternas och deras ombuds räkning utan också till gagn för dem som sysslar med den allmänna samhällsdebatten och för dem som i sin tur tar intryck av den debatten. Vad finns från den utgångspunkten att säga om domskrivningen här i landet? Finns anledning till reformer? I så fall vilka?

Vi kan först göra en liten blick tillbaka. Ända till för några

decennier sedan skulle en fin dom ha ett mycket stereotyp utseende. Mest elegant ansågs vara att skriva domskälen i *en enda mening* efter t. ex. följande modell (hämtad från ett rättsfall avseende konsekvenserna av att en hund, »Kalkas», tagit livet av en annan hund, »Bylanders hund», genom att hålla fast Bylanders hund vid ett järnvägsspår just när tåget kom):

»... till fullo upplyst: att ...; att ...; att ...; samt att ...; och ehuru ...; likväl, emedan ...; ty och som ...; alltså och då ... prövar rådhusrätten, utan avseende å ... rättvist att ...»

Vid läsningen av överrätternas domar tvangs man ofta att bedriva den s. k. »harjakten»: det gällde att i ett myller av ord finna det mitt i någon mening uppdykande verbet »har» som inledde referatet av underrättens dom.

Det betänkliga med sådana skrivsätt låg delvis däri att det krävdes en speciell finurlighet för att få fram innebörden. Men viktigare: mönstret var sådant att det inte gav utrymme för presentation av andra argument än sådana som pekade fram mot *just det domslut som man hade valt*. Hur diskutabel saken än hade ansetts vara under överläggningen till dom så tedde den sig otvetydig när den presenterades utåt i domskälen. Man gav inte skäl för och emot, man förklarade vad som var rätt.

I våra dagar finns knappast fog att klandra domstolarna för deras sätt att uttrycka sig språkligt. Några speciella konstigheter finns inte längre. En dom är för det mesta njutbarare att läsa — om man vill göra en försiktig jämförelse — än ett statligt betänkande eller ett riksdagsprotokoll. Högsta domstolen har deklarerat — visserligen till mångas fasa — att den hädanefter kommer att sätta verben i singularis.

Även när det gäller villigheten att redovisa skäl för och emot finns det nya glädjande tendenser. Man kan finna sådant som följande:

Frågan är härefter om ... I denna del finner häradsrätten ... Mot det nu anförda kan måhända den invändningen göras, att ...

Innan häradsrätten tar ställning till frågan om ... måste uppmärksamhet ägnas spörsmålet, huruvida ... Häradsrätten — som naturligtvis inte kan göra en egen bedömning av ... I detta avseende ligger det nära till hands att säga, att ... Detta påståande, som skulle vara riktigt för det fall att ... saknar emellertid berättigande i ett fall som det förevarande, då ... Av nu anförda skäl kan ... talan icke bifallas.»

För vår diskussion är emellertid den mest intressanta frågan följande: Om man nu utgår ifrån att domstolarna — i fall som har mer allmänt intresse eller som på annat sätt har större betydelse — bör skriva resonerande domskäl, på vilket sätt närmare bestämt bör detta ske? Hur skall resonemangen byggas upp?

Här möter vi åter — nu i samband med domarens yrkesutövning — frågan om valet mellan två metoder: *den juridiskt-tekniska metoden* och *den öppna metoden*. Domaren kan börja med att diskutera »rättskällorna» och föra in common sense-resonemang genom en tolkningsprocedur. Eller han kan börja med ett öppet resonemang och låta rättskällorna komma in i bilden senare, i samband med att han prövar om det öppna resonemangets resultat behöver korrigeras med hänsyn till rättskällorna.

Vad den juridiskt-tekniska metoden innebär behöver inte illustreras ytterligare, jag hänvisar till vad som sagts tidigare i avsnitten om rättsregler och om tolkning. Men hur ter sig den öppna metoden tillämpad vid domskrivningen? För att få klarhet i detta kan vi till en början ta ett exempel från ett skadeståndsmål som helt nyligen avgjordes av högsta domstolen. Det är ett justitieråd som säger följande »till utveckling av sin mening»:

»... Det är omöjligt för mig att i detta sammanhang gå djupare in på problemet, som intimt sammanhänger med skadeståndsrättens centrala frågor, men jag vill helt summariskt ange den ståndpunkt som uppbär mitt eget dömande. Ofta är det i hithörande fall fråga om aktsamhetsstandarden i industriell eller annan

tekniskt betonad verksamhet. I mål som angår ersättning för skada till följd av sådan verksamhet åberopar den som orsakat skadan inte sällan hur det brukar gå till — »seden» — inom branschen eller yrket eller på arbetsplatsen. Ibland åberopas också sakkunskap om vad som är tekniskt eller ekonomiskt genomförbart beträffande säkerhetsanordningar o. dyl. Jag har det intrycket, att sådana förhållanden — vid sidan av de standardkrav som kan härledas ur lag eller författning eller myndighets anvisningar — i regel lägges till grund för domstolarnas avgöranden. Men någon gång inträffar det, att domstolarna inte nöjer sig med hur det brukar gå till eller med vad teknikerna eller ekonomerna anser vara försvarbart. Domstolarna menar tydligen, att den allmänhet, som kommer i beröring med en verksamhet som relativt ofta ger upphov till skador, eller de anställda, som utsätts för särskilda risker i en viss verksamhet, har större krav på aktsamhet eller säkerhetsanordningar än som överensstämmer med vad som allmänt tillämpas eller av sakkunskapen betecknas som rimligt. Det måste ju erkännas, att det på en arbetsplats och t. o. m. inom en hel bransch kan förekomma åtskillig slentrian och brist på fantasi och förutseende. Det bör också erkännas, att den tekniska och ekonomiska sakkunskapen ibland, väl ofta omedvetet, identifierar sig med företagarintresset. Om domstolarna, när de finner en sådan situation föreligga, dömer därefter och kräver iakttagande av en mera skärpt aktsamhet, är det enligt min mening inte fråga om culpafiktion. Domstolarna vill verkligen, att den av dem angivna standarden skall slå igenom. Det finns ingen anledning att inte tillerkänna domstolarna befogenhet att härvidlag, liksom på andra skadeståndsrättsliga områden, försiktigt och efter sin förmåga bidra till utvecklingen. Skadeståndsrätten är inte statisk; utvecklingen pågår ständigt i ett samspel mellan en mängd krafter, i vilka dömandet ingår som ett led. Domstolarna behöver inte heller misströta om möjligheterna för dem att driva sin uppfattning igenom; via ansvarsförsäkringen och dess jurister, via yrkesinspektionen och på andra vägar får domstolarnas uppfattning en betydande genomslagskraft . . . »

Detta resonemang är öppet i den meningen att det griper direkt in på ett samhällsproblem som diskuteras förutsättningslöst och med ett visst personligt engagemang. Det skulle utan ändringar kunna fogas in i en tidningsartikel eller i ett föredrag. Att det utgör ett led i just en dömande verksamhet kom-

mer inte till uttryck i resonemanget utan kräver endast att resonemanget kompletteras på visst sätt: det måste mynna ut i ett ställningstagande.

Radikalt tillämpad skulle tydligen den öppna metoden innebära att domaren *väntade med att föra rättskällorna in i resonemanget till dess att han vunnit ett resultat* — ett preliminärt resultat — genom en öppen debatt. Det skulle rentav vara klargörande att dela upp domsmotiveringen i skilda avsnitt så att öppna resonemang och konfrontationer stod fria från varandra. Ett par exempel från *engelsk rättspraxis* skall få belysa:

I ett testamentsmål år 1964 yttrade en domare följande: »When I read the relevant clauses of this will without regard to authority—and that, I think, is what a judge should always do in the first instance—I find . . .» Alltså i första hand en prövning utan hänsynstagande till auktoriteter!

Ett annat samtidigt fall gällde en fråga om vårdnad av barn. En domare började med att lägga fram en preliminär tes: »The circumstances are in every respect satisfactory and I consider that the case is one in which I ought to make the order asked for if I have jurisdiction to do so.» Han gav sedan genom ett helt öppet resonemang en motivering för denna tes. Därefter — och först därefter — gick han in på rättspraxis och ställde följande fråga: »In these circumstances can it properly be said that the applicant has had the child continuously in her care and possession for the past three months?»

Varför skulle inte liknande resonemang kunna föras av domstolar hos oss? Följande yttrande i en hovrätt — skiljaktig mening — är formellt uppbyggt efter just den angivna modellen: först ett *öppet resonemang*, *därefter konfrontation* med lag och rättspraxis (mannen i ett äktenskap hade först långt efteråt fått kännedom om att ett barn i äktenskapet hade avlats

av en annan man; han yrkade att av denne andre man få ersättning – »regressvis» – för utgifter som han haft för barnet):

»När det uppkommer misstanke eller visshet om att en man inte är fader till ett barn som hans hustru fött under äktenskapet bör situationen lösas upp på ett sådant sätt att minsta möjliga skada uppstår för barnet. Från denna synpunkt hyser jag starka betänkligheter mot en regel av den innebörden att den äkta mannen skulle ha regressrätt mot den verkliga fadern beträffande kostnader för barnets underhåll. I samvaron mellan en man och ett barn bör inte mannen anses som ensam givande part blott därför att han svarar för barnets underhåll. Redan härav följer att ett regresskrav mot den verkliga fadern, som icke haft något umgänge med barnet, vilar på bräcklig grund. Därtill kommer angelägenheten av att inte hotet om regressanspråk mot den verkliga fadern skall kunna utnyttjas som ett påtryckningsmedel. Det är ofta risk för att sådant sker. Den äkta mannen kan ställa som villkor för fortsatt samlevnad med hustrun att hustrun medverkar till att ett regressanspråk reses mot barnets verkliga fader. Detta kan gå ut över barnet, som helt oförskyllt blir centralpunkt för stridigheterna mellan de vuxna. De nu antydda skälen ger enligt min mening anledning till den preliminära bedömningen att det av mannen framförda regresskravet i förevarande fall borde ogillas. Det återstår att granska om denna bedömning kan vidhållas efter en konfrontation med lag, rättspraxis och doktrin.

Lagen ger, såsom framgår av rådhusrättens domskäl, ingen säker vägledning. Ej heller kan några bestämda hållpunkter erhållas från rättspraxis. Det finns visserligen ett fall (Svea hovrätts dom 22/5 1958 DT 26/1957), likartat med det förevarande, i vilket regresstalan bifallits, men detta fall har ringa prejudikatvärde såsom utgörande ett opublicerat hovrättsavgörande. Några starka argument kan ej heller hämtas från rättspraxis beträffande närliggande problem eller från uttalanden i litteraturen. I fallet NJA 1954 C 900 förpliktades visserligen en fader att utge underhållsbidrag i efterhand. I detta fall var det emellertid barnet som väckte anspråket, och anspråket avsåg tiden från det att sammanlevnaden mellan modern och den presumtive fadern upphörde. Situationen i förevarande fall är annorlunda beskaffad. Endast den äkta mannen kan komma i fråga såsom anspråksberättigad. Det möter större betänkligheter att tillerkänna den äkta mannen regressrätt än att, såsom skedde i 1954 års fall, bifalla en talan från barnets sida.

På nu angivna skäl anser jag . . . »

Kan man då säga att resonemanget i den första delen av detta yttrande är helt förutsättningslöst och öppet? Och vilka fördelar, närmare bestämt, är det som man skulle kunna vinna genom att bygga upp domsmotiveringar på det här sättet?

Givetvis är det otänkbart att ett yttrande i en dom skulle kunna vara alldeles förutsättningslöst. Domaren är verksam i ett samhälle som har en viss struktur, skiftande från tid till tid. Både hans sätt att döma och hans sätt att skriva påverkas härav. Dessutom har domaren ont om tid. Men dessa omständigheter utgör inte skäl mot öppen domskrivning i och för sig, de pekar bara på att möjligheterna till sådan domskrivning är ganska snävt avgränsade i praktiken. Om vi antar att metoden är fördelaktig från samhällssynpunkt så borde det vara fritt fram för alla domare att praktisera den i mån av förmåga.

Vari skulle då *fördelarna* bestå? De har i viss mån kommit fram tidigare i boken, och jag kan börja med att göra några hänvisningar. Metoden skulle *förenkla den juridiska argumentationstekniken*. Det skulle inte längre behöva bli tal om sådant som »subjektiv» eller »teleologisk» lagtolkning. Tolkning av lag skulle inte behöva förekomma annat än i form av försiktig språklig tolkning. Tanken skulle ju vara: först ett öppet resonemang och ett preliminärt resultat av detta, därefter prövning huruvida det öppna resonemanget var förenligt med lagtexten.

Vidare skulle metoden skapa bättre förutsättningar för *samverkan mellan jurister och samhällsvetare*. Om domskäl skrivs öppet så blir konsekvensen att samhällsvetarna lätt kan utnyttja rättspraxis för att finna hypoteser för egen forskning. Är det riktigt, som det sades av justitierådet, att »den tekniska och ekonomiska sakkunskapen ibland, väl ofta omedvetet, identifierar sig med företagarintresset»? Är det ett rimligt antagande — det som gjordes i hovrättsyttrandet — att en äkta

man lätt kan frestas att utnyttja hotet om regressanspråk mot den verkliga fadern som ett påtryckningsmedel?

Vi har också varit inne på metodens fördelar när det gäller *juridikens relationer till den politiska debatten och debatten i samhällsfrågor i allmänhet*. Om domskälen delas upp på så sätt att öppna resonemang och juridiskt-tekniska resonemang får plats var för sig så blir domen inte bara mer begriplig utan också mer intresseväckande och mer givande som debattstoff. I den öppna delen kan läggas fram åsikter som är lämpade att knyta an till — eller att kritisera — i den samhällsvetenskapliga eller politiska diskussionen. I den juridiskt-tekniska delen kan i koncentrat anges vilka auktoritativa argument — »rättskällor» — som domstolen tillmätt betydelse som korrektiv.

Men vi bör också beakta en del argument som inte har varit på tal i det föregående. Exempelvis kan vi fundera över vad valet mellan öppen metod och juridiskt-teknisk metod kan ha för konsekvenser när det gäller frågan om *icke-juristers medverkan som domare*.

Därvid är att märka att det råder ett sammanhang mellan sättet att överlägga till dom och sättet att skriva domskäl. Domskälen skall i viss mån återge sådant som kommit fram under överläggningen. Menar man att domskälen bör inledas med en öppen diskussion så måste detta självfallet innebära att också överläggningen borde disponeras så att en öppen debatt kom först, en konfrontation med rättskällorna därefter. Man skulle kunna tänka sig att en domare sade exempelvis följande vid överläggningens början: »Det här målet aktualiserar en fråga om var gränsen bör gå mellan tvivelaktig affärsmoral å ena sidan och straffbart svek å andra sidan. Jag föreslår att vi börjar med en principdiskussion om den saken.» Är inte detta typiskt sett en bättre ingress till en överläggning än exempelvis en ingress som består i att någon i domstolen läser upp valda delar av brottsbalkskommentaren? Skulle man inte över

huvud taget skapa bättre förutsättningar för *aktiv och givande medverkan av icke-jurister* — som bisittare eller som nämndemän — i konfliktlösningsverksamheten genom att använda en mera öppen metod vid överläggningar och i motiveringar? Vi kan inte här gå in på den besvärliga frågan i vilken mån och på vilka sätt icke-jurister borde anlitas som domare. Men vi borde kunna vara överens om att den juridiska argumentationstekniken i varje fall inte bör lägga hinder i vägen för en utveckling i riktning mot en mer utbyggd samverkan på beslutsfattarplanet mellan jurister och andra.

Emellertid finns en svårighet som vi hittills inte beaktat. De exempel från domstolspraxis som nyss citerades avsåg *individuella yttranden* av domstolsledamöter, i ena fallet ett särskilt yttrande av en domare i högsta domstolen, i andra fallet en skiljaktig åsikt av en ledamot i en hovrätt. Just detta, att yttrandena var individuella, har haft betydelse för deras innehåll och form. I de flesta fall (undantag förekommer vid bagatellartade brottmål och vid avgöranden i samband med förberedelser i tvistemål) skrivs domar som uttryck för åsikter som är gemensamma för en hel grupp. Motiveringen skall klargöra vad hela domstolen har ansett, och domstolen kan ha bestått av jurist och nämnd, av ett kollegium av jurister eller — t. ex. i vattenmål — av någon annan sorts kollegium. Självklart blir domen då ofta försiktigt skriven. Man skriver bara sådant som alla vill vara med om. Nyanser tonas bort. Meningsskiljaktigheter slätas över. Det sker även i högsta domstolen (särskilda yttranden sådana som det förut citerade är sällsynta).

Vi behöver inte gå längre än till *Norge* för att finna helt andra beteenden. I den norska högsta domstolen skrivs domen i jagform av den ledamot som skall votera först. Övriga ledamöter kan göra avvikelser. Finner de inte sådana motive-
rade kan modellen bli följande:

Dommer B: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med først-voterende.

Dommer C: Likeså.

Dommer D: Likeså.

Dommer E: Likeså.

Det förefaller alldeles klart att en sådan domskrivningsteknik har stora fördelar. Skrivarglädjen ökas genom att man inte behöver vara påpassad. Det är mera lockande att debattera problem när man själv får välja form för debatten. Tekniken skulle mycket väl kunna användas även hos oss, och även i det fallet att domstolen består av jurist+nämnd. Man kunde tänka sig att domaren — i sådana fall där inte nämnden ville överrösta honom — skrev i jagform och att det därefter lades till:

»Nämnden instämde i ordförandens slutsats och godtog i huvudsak hans motivering.»

Men skall vi begära så mycket av våra domare? Jag tror inte att det bör vara fråga om att begära så särskilt mycket. En domare kan inte vara specialist på allting och är heller inte alltid en så skicklig skribent att han kan göra någon insats i den allmänna debatten. Men det borde bli *vanligare att skriva mera*. Det finns nog ingen kategori som genom sitt yrke får en så omfattande och omväxlande erfarenhet av samhällliga konfliktproblem som just domaren. Går man igenom akten i ett mål finner man ofta spår av en intensiv debatt som förekommit vid överläggningen men som inte fått något uttryck i domsmotiveringen. Varför denna återhållsamhet? Ibland kan den ha varit betingad av tidsnöd, men ofta har man nog dragit sig för de obehagliga konsekvenser som kan följa av att det ges klara besked i saker som är kontroversiella eller impopulära. En domare vet med sig att han inte behöver lida skada i sin karriär genom att vara återhållsam i sin domskrivning. Antag att A och B söker inträde som fiskalsaspiranter i en hovrätt,

A en dag före B. Om A klarar sig igenom fiskalsprövningen och sedan inte missköter sig så kan han räkna med att ett par decennier senare bli hovrättsråd före B helt oberoende av vilken skicklighet A och B visat i att skriva domar. Att höja sig över medelmåttan är ingen merit.

8 Den juridiska utbildningen

Anser man att den juridiska yrkesutövningen i högre grad än för närvarande borde präglas av tendenser till öppen debatt, samordnad med samhällsdebatten i övrigt, så får detta naturligtvis konsekvenser för juristutbildningen. De som är ute i praktiken är mer eller mindre bundna vid sina rutiner. Men studenterna har anledning att tänka noga igenom frågan: Vilka sorters samhällsuppgifter skall vi utbildas för?

Hur är juristutbildningen inriktad? Till en början är att märka att den som kommer till universitetet för att studera juridik har en ganska *bristfällig bakgrund från skolan*. Han tror att juridik är lagtillämpning och knappast något annat. Det är en verksamhet för sig, tror han. Att juridiken måste vara integrerad med samhällsvetenskap, politik och med allmän samhällsdebatt, det måste verka som en överraskande, kanske till och med chockerande tanke. Är rätt och rättvisa något så relativt?

Sedan kommer han in i studieordningen. Den är modern, om man ser till åren. Stadgan för de juridiska studierna är av år 1958 och bygger på en grundlig utredning av den s. k. juristutbildningskommittén. Vad som bör intressera oss är särskilt kommitténs uppfattning om *relationerna mellan juridik och samhällskunskap*. »En god juridisk utbildning måste», säger kommittén, »bibringa vissa insikter i de reala samhällsförhållanden, vilka givit upphov till den rättsliga regleringen och inom vilka denna skall göra sig gällande». Detta behov bör,

menar man, tillgodoses genom vissa ämnen eller delar av ämnen. Därtill kommer behovet av elementära studier i vissa av juridikens hjälpvetenskaper, nämligen psykologi, psykiatri, kriminologi, kriminalteknik, kriminalpolitik och kriminalvård.

Detta låter tillfredsställande. Men vilken roll skall kunskaper om de reala samhällsförhållandena och om de juridiska hjälpvetenskapernas metoder och forskningsresultat spela inom juristutbildningens ram? Man kan inte frigöra sig från det intrycket att både juristutbildningskommittén och de senare verksamma utbildningsadministratörerna har haft den utgångspunkten att juridik och samhällsvetenskap går att hålla isär. Reala samhällsförhållanden har *givit upphov till* den rättsliga regleringen. Men sedan vi fått en rättslig reglering, kan den verka av egen kraft? Kommittén säger:

»De juridiska studiernas egentliga föremål är rättsreglerna, desas grunder och innebörd samt metoderna för deras tillämpning.»

Den som accepterar de åsikter som utvecklats tidigare i boken kan inte gärna undgå att ställa sig frågande till detta. En rättsregel *innebär*, har vi antagit, ingenting mer än en slutsats om att ett problem skall lösas på visst sätt. Rättsregeln utgör inget argument. Några metoder för dess *tillämpning* behövs inte. Återstår rättsreglernas »grunder». Därvid kommer inte bara juridik in i blickfältet utan alla sådana argument som kan ha betydelse som underlag för beslutsfattande. Dessa argument måste studeras systematiskt och samtidigt. En juridisk problemlösning kräver dels en öppen debatt, dels — i omedelbart sammanhang därmed — en konfrontation med rättskällorna. De juridiska momenten bör inte brytas ut och göras till fristående enheter.

Mot bakgrund av detta ter sig vår nuvarande juristutbildning i hög grad diskutabel. Samhällsvetenskapliga moment finns med, men de är inpassade i särskilda ämnen eller kurser. De

stora ämnena — de »positivrättsliga» ämnena — är uppbyggda som rent juridiska ämnen där huvudvikten läggs vid lagar, rättsfall och juridiska principer. Studenten kommer i kläm mellan auktoriteterna. Han skall lära sig de rätta lösningarna. Han får inte stor chans till övning i att debattera öppet och fördomsfritt.

Vill man åstadkomma en förbättring tror jag att man först måste radikalt beskära det rent juridiska kunskapsstoffet. Redan juristutbildningskommittén ville göra detta men mötte motstånd — ämnesrepresentanterna hävdade att kunskapskraven visserligen borde minska men inte i just de ämnen som de själva representerade. Det borde göras en mer systematisk skillnad mellan å ena sidan kunskaper som behövs för att skapa referensramar, å andra sidan kunskaper som kan föras in från fall till fall i sammanhang med juridisk praktik eller under övningar i problemlösning.

Därnäst borde man sträva till att systematiskt föra in moment från samhällsvetenskaperna och den allmänna samhällsdebatten. Det borde ske genom läroböcker och andra undervisningshjälpmedel (film, TV, m. m.) — här borde samarbete ske mellan juridisk, samhällsvetenskaplig och pedagogisk expertis. Men dessutom borde samhällsvetare få fast anknytning till de juridiska fakulteterna som forskare och lärare. De juridiska specialämnena kräver kontinuerlig bevakning från samhällsvetenskapliga utgångspunkter. Och vid seminarieövningar bör krävas medverkan inte bara av jurister utan också i viss omfattning av personer som kan komma med informationer och synpunkter utifrån. De juridiska fakulteterna bör inte bestå av slutna enheter.

Sensmoral

Vad kan man sammanfattningsvis säga om juridiken från de perspektiv som anlagts i denna bok? Kanske följande: Juridiken är en metod som har till ändamål *att* analysera och samordna samhällsvetenskapliga data och common sensesynpunkter, *att* konfrontera dessa data och synpunkter med lag och rättspraxis *samt att* genom dessa sorters aktiviteter skapa underlag för ställningstaganden till vissa samhällsproblem.

Men detta innebär en generalisering som dels inte säger så mycket, dels är dubiös i det lilla den säger. Jag skall avstå från vidare försök att göra sammanfattningar och vill i stället påpeka — även om det är onödigt då läsaren nog har märkt det — att många viktiga frågor har blivit förbigångna eller ytligt behandlade. Jag tänker mig två kritiker, A och B, och låter dem fälla några omdömen. A vill jag gärna instämma med. B har jag däremot inte mycket till övers för. Men han säger sig representera en stor opinion, en »tigande» opinion. Det kan vara lämpligt att han får sista ordet.

A säger: I syfte att skriva igenom ett helt tema har författaren givit sig i kast med en mängd problem som han behandlat på det mest flyktiga sätt. Framställningen är rapsodisk och vittnar om dålig beläsenhet. Belägg och citat har skett slumpmässigt. Det ges inga genomarbetade bidrag vare sig till den allmänna rättsläran eller till något positivrättsligt ämne.

B tillfogar: Här har anlagts ett ohistoriskt perspektiv. I alla tider har människorna låtit sig ledas av Gud, Samvetet

och Rätten. Rätten är inte något som låter lösa upp sig i triviala komponenter eller som kan räknas fram med datamaskiner, rätten är en ideologisk överbyggnad på samhällsliga fakta. Juristerna skall studera och tillämpa rätten som en ideologi. De skall inte kasta sig in i det politiska stridsviolet eller låta sig bindas av samhällsvetenskaperna. De skall i överensstämmelse med lagarnas anda ge riktlinjer för människornas beteenden. Det måste finnas säkra stjärnor att styra efter. Rätten är något som man måste kunna förlita sig på, något som har en hög dignitet.

»Det rätta är evigt: ej rotas där ut
från jorden dess trampade lilja.
Erövrar det onda all världen till slut
så kan du det rätta dock vilja.»

Förklaringar

Vissa partier i boken bygger på sådant som jag publicerat tidigare. Kapitlen om rättsregler och om tolkning återger synpunkter från ett processrättsligt arbete av år 1956, »Skiljeförfarande och rättegång. En studie i processuell organisation och rättstillämpningsmetodik». På andra ställen har jag utnyttjat artiklar som varit införda i Dagens Nyheter, bl. a. »Juridiken som tillämpad sociologi» (9/4 1964), »Spel med auktoriteter» (4/5 1965) och »Breddad rättsvetenskap» (16/12 1967). Avsnittet »Sociologiska data, common sense och juridisk argumentation» bygger på ett föredrag vid en rättsociologisk konferens i Vedbaek i december 1967. Föredraget kommer förmodligen att bli publicerat på annat håll innan denna bok går i tryck.

Förklaringarna i det följande hänvisar till sidor i texten.

S. 11. De åsyftade arbetena av Vilhelm Lundstedt är bl. a. »Obligationsbegreppet» (Förre delen 1929, Senare delen 1930) samt »Grundlinjer i skadeståndsrätten» (Förre delen 1935, Senare delen 1953). Hedenius arbete »Om rätt och moral» kom ut år 1941.

S. 12. Lundstedt bemötte Hedenius genom en serie föreläsningar som sedermera (1942) trycktes under titeln »Det Hägerström-Lundstedtska misstaget».

S. 15. Här berörda problem har ingående behandlats av Alf Ross i arbetet »Om ret og retfærdighed» (1953).

S. 16. Ett av de mera uppmärksammade inläggen i debatten om rättsvetenskapens arbetsuppgifter är Per Olof Ekelöf, »Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?» (1951).

S. 18. Citatet från Strahl är hämtat ur Svensk Juristtidning 1941 s. 329.

S. 24. Den uppfattning som skildras nederst på sidan har framförts av Ekelöf i det vid s. 16 härovan anmärkta arbetet (se särskilt s. 31).

S. 28. Rättsfallet beträffande återvinning till konkursbo: se Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, 1950 s. 417.

S. 37. Rättsfallet beträffande bilen i verkstaden: se Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, 1962 s. 172.

S. 39. Närmare om legalitetsgrundsatsen, se t. ex. Hans Thornstedts uppsats »Legalitet och teleologisk metod i straffrätten» i Festskrift tillägnad Nils Herlitz (1955).

S. 41. Bestämmelsen i regeringsformen är närmare behandlad av Ole Westerberg i boken »RF § 84» (1953).

S. 44. En översiktlig artikel om rättsfallstolkning, författad av Lars Welamson, ingår i »Juridikens källmaterial» (1959).

S. 51. Andra debatter än juristdebatten: se t. ex. Ingemar Hedenius, »Tro och vetande» (1949).

S. 52. Den uppfattning som skildras överst på sidan är den som möter i Svensk uppslagsbok (artiklarna »Rätt» och »Rättsvetenskap», författade av Karl Olivecrona).

S. 53 och 54. Citaten ur Olivecronas arbete »Rättsordningen» (1966) är hämtade från sidorna 14, 113 ff, 135, 140 och 271.

S. 55. Beträffande resningsbestämmelsen se närmare Thorsten Cars, »Om resning i rättegångsmål» (1959).

S. 56. Citaten ur Thornstedts arbete »Om rättsvillfarelse» (1956) är hämtade från sidorna 18 och 38.

S. 57. Citatet mitt på sidan: Gunnar Bramstång i Förvaltningsrättslig tidskrift 1966 s. 55.

S. 59. Citatet överst på sidan: Per Olof Ekelöf i Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1962 s. 10.

S. 60. Hjerner's uppsats ingår i »Teori och praxis. Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren» (1964).

S. 62. Citatet är hämtat från Robert Boman, »Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål» (1964), s. 104.

S. 63. Citatet: Se Gunnar Ljung. »Rättens tjänare och ögon-tjänare» (1967), s. 92. — Juristerna som »samhällstekniker»: se t. ex. Statens offentliga utredningar 1962: 55, s. 32.

S. 64. Citatet är hämtat från Åke Malmström, »Civilrätt jämte några grunddrag av den allmänna rättsläran. Lärobok för nybörjare.», 2 uppl. (1966), s. 19.

S. 66 och 67. Citaten ur Agells arbete »Samtycke och risktagande» (1962) är hämtade från sidorna 13 och 243.

S. 68. Fallet med åkaren som körde genom isen: se Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, 1961 s. 523.

S. 72. Psykologisk expertis: se Arne Trankell, »Vittnespsykologins arbetsmetoder» (1963).

S. 78. Exemplet är hämtat från en rättssociologisk undersök-

ning av skiljeförfarande (arbitration) i USA, ledd av Ernest A. Haggard och Soia Mentschikoff. Det ingår i ett avsnitt med rubriken »Theory of decision-making and decision-consensus» (stenc.).

S. 79. Med »samhällsvetenskapliga data» (fig. 1) avser jag sådana data som blivit säkerställda — med rimliga krav på säkerhet — genom samhällsvetenskaplig forskning.

S. 83. Sovring bland ändamålssynpunkter: Ekelöf framhåller (Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 36) att »ändamålet enligt den teleologiska metoden skall fastställas enligt vissa principer».

S. 89. Tätbebyggelse: se Ulf Cervin, »Fastighetsbildning för tätbebyggelse» (1967), särskilt s. 70 f.

S. 92. Ändringarna i expropriationslagen: se Håkan Nial, »Expropriation och rättssäkerhet» (1949) samt Björn Ahlanders uppsats »Några reflexioner om förhållandet mellan juridik och politik» i Svensk Juristtidning 1949.

S. 93. Tidningsreferatet: Svenska Dagbladet 30/6 1963.

S. 98 och 99. Citaten är hämtade från Dagens Nyheter. Misstron mot juristerna: Lars Görling 10/7 1964. Njurtransplantationerna: Göran Möller 26/1 1965. Barnavårdslagen: Sven-Olof Johansson 24/1 1967. Fängelsestraffet: Ledare 13/4 1967. Dubbelmoralen: Ledare 14/4 1967. Bullerfrågorna: Ledare 8/11 1967. Advokatsamfundet: Ledare 2/12 1967. — Debatten om Salama ägde rum i DN 1965: Lagercrantz 23/1, Bäärnhjelm och Lagercrantz 28/1, Hedenius 11/2.

S. 100. Citatet längst ner på sidan: Ledare i DN 5/7 1967.

S. 101. Citatet högst upp på sidan: Ledare i SvD 23/7 1967.

S. 102. Liknande synpunkter kan anläggas på debatten om *dödsbegreppet*. Om det antas att en människa skulle kunna betraktas som legalt levande även efter det att definitivt »hjärndöd» inträffat — exempelvis beroende på att hjärtverksamhet kan hållas i gång — skall då den läkare som har kontroll över hjärtverksamheten göra sig underrättad om de anhörigas eventuella intresse av att hjärtat upphör att slå vid viss tidpunkt?

S. 106. Målet om »Kalkas» och »Bylanders hund»: Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, 1876 s. 458. — »Harjakten»: se Björn Kjellin, »Kan våra myndigheters språk moderniseras?» (1960). — Citatet nederst på sidan: dom av Frosta och Eslövs domsagas häradsrätt 24/9 1964.

S. 107. Yttrandet i skadeståndsmålet: Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, 1967 s. 174.

S. 109. De båda engelska fallen är hämtade från *The law reports 1964, Chancery division*, s. 143, resp. s. 3.

S. 110. Yttrandet gavs i ett mål som avgjordes av hovrätten över Skåne och Blekinge, andra avdelningen, 20/6 1967.

S. 116 och 117. Citaten från juristutbildningskommittén är hämtade ur dess betänkande, *Statens offentliga utredningar 1953: 15*, s. 119.

S. 118. I Danmark och Norge har rättsociologin en starkare position än i Sverige. Ett exempel på hur sociologiska moment kan föras in i en civilrättslig lärobok är Stig Jørgensens »4 obligationsretlige afhandlinger» (1965).

S. 120. En strof ur Esaias Tegnér's dikt »Det eviga».

Register

- adressat, lagtextens 30
advokat 9, 20, 35, 99, 104
affärslivet 29, 30, 39
aga 101
Agell 66, 122
Ahlander 123
allmän rättslära 13, 64, 66
allmänprevention 73, 94, 95, 105
ambassad 94–96
analogi 27, 29, 59, 64, 65
argumentationsteknik 51, 59, 66,
70, 81, 111, 113
arv 42, 43, 102
auktoritet 14, 21, 33, 44, 46–48,
50, 51, 62, 70, 84, 86, 101,
109, 112, 118
avsikt 26
avtal 25, 26
- barnavårdslagen 98
begrepp 25, 64, 66, 67
begreppsjurisprudens 64
besittning 11
beslag 60
beslutfattande 14–16, 18, 20–22,
35, 37, 44–46, 51, 54, 64, 66,
70, 75, 76, 78, 87–90, 96, 101,
103, 104, 113, 117
betalning 11, 28, 30–32
beteendevetenskap 72, 76
bevis 42, 60
bevisbörda 72
bevismaterial 45, 72
bevistema 42
bevisupptagning 26
bevisvärdering 72
bil 12, 36–38, 71, 72, 94, 95
bisittare 94, 113
bokstavlig tolkning 27, 58, 62
Boman 122
Bramstång 122
brott 9, 39, 60, 73, 113
brottsbalken 34, 35, 40
Brunnberg 68
buller 98, 99
byggnadslag 89, 90
byggnadsteknik 18, 19
Bäärnhielm 99, 123
- Cars 122
Cervin 123
civilekonom 63
civilingenjör 18–20
civilrätt 34, 35, 93
common sense 78–87, 102, 107,
119
culpa 66, 67, 108
- Dagens Nyheter 99–101, 121, 123
Danmark 124
datateknik 34, 75, 84, 120
demonstration 94–96
departementschef 43, 83, 89, 103
Digman 68

- diktverk 26
 dogmatik 51, 63–69
 doktrin 14, 63, 64, 83, 110
 dom 19, 20, 29, 33, 55, 65 76,
 91, 95, 112
 domare, 9, 14–20, 26–28, 31, 37,
 45, 48, 54, 65, 70–73, 78, 85,
 95, 96, 99, 100, 104–115
 domarrätt 53, 54
 domskrivning 48, 104–115
 domskäl 46–48, 104, 106, 107,
 110–112, 114
 domslut 46, 106
 domstol 14, 15, 31–33, 36, 37,
 45, 53–56, 75, 76, 86, 89–91,
 94, 104–115
 dubbelmoral 98
 dödsbegreppet 123
 dödshjälp 102

 Ekelöf 121–123
 engelsk rättspraxis 109
 exekution 9
 existens 18, 19
 expropriation 92
 extensiv tolkning 27, 58, 62

 fastighetsrätt 75
 felaktig rättstillämpning 55
 fiktion 51
 film 118
 filosofi 10, 12, 73
 forcerad tolkning 26, 30–34, 37,
 38, 40–43, 46–48, 51, 57, 64,
 75
 formalisering 21
 formuleringsteknik 34
 fotgängare 101
 framställningsteknik 67
 fullföljd 15
 Fälth 7
 fängelse, 94, 98
 fönsterkrossning 94–96

 förarbeten, se motiv
 förberedelse 113
 föredragning 89
 försiktig tolkning 26–34, 36, 37,
 39, 41–43, 46–49, 51, 57, 59,
 61, 70, 75, 111
 försäkring 38
 förutsägelse, se prognos

 gatubråk 94–96
 generalisering 37
 generellt avfattade lagar 35–38
 giltighet 14, 52
 grundlag 35, 39, 41, 42
 gällande rätt 9, 13–22, 50, 52,
 88
 Görling 123

 Hagard 123
 handbok 18, 63
 »harjakt» 106
 Hedenius 11, 12, 99, 100, 121–
 123
 helhetsbedömning 14, 18, 21, 93,
 102
 Hjerter 59–61, 122
 hjälpvetenskaper 70–76, 117
 hjärndöd 123
 hjärtdöd 123
 hovrätt 46, 109–111, 113, 115
 hypotes 32, 66, 102, 111
 hädelse 99
 Hägerström 10, 11
 högsta domstolen 14–16, 45, 46,
 50, 68, 91, 100, 101, 106, 107,
 113

 ideologi 120
 imperativ 54
 indicium 26
 individuella yttranden 113
 ingenjör 18–20
 innebörd, textens 30, 42, 43

- inskränkande tolkning 27, 37
 in-teckning 73, 74
 intensitet, tolkningens 26
 intuition 81
- Johansson 123
 juridiskt-tekniska resonemang 7,
 28-30, 62, 87, 97, 107, 112
 juristutbildningskommittén 116-
 118
 justitieminister 92, 93, 100
 justitieråd 68, 92, 99, 107, 111
 Jørgensen 124
- Karlgren 68
 kasuistik 34-38, 63
 Kjellin 123
 kollegium 113
 kommunalförvaltning 9
 konfrontation med rättskällor 38,
 70, 85, 86, 97, 109, 110, 112,
 117, 119
 konkurs 28, 29, 31, 75
 konstruktionsproblem 18-20
 konsultation 20
 kontrakt 25
 korrektiv, rättskällorna såsom 86,
 91, 97, 107, 112
 kriminalpolitik 117
 kriminalteknik 72, 117
 kriminaltekniska laboratoriet 72
 kriminalvård 117
 kriminologi 117
 kunskapskälla (-material, -moment,
 -underlag) 16, 18, 20-22, 44,
 46, 71, 72, 78
 kvalificering 25
 kvarstad 60
 källmaterial 74, 75
- lag (-regel, -text) 10, 13-15, 17-
 19, 21-33, 41-46, 50, 52-54,
 56-59, 61-63, 70, 73-75, 81-
 86, 89, 90, 99, 100, 102, 110,
 111, 118, 119
 laga kraft 55
 Lagercrantz 99, 100, 123
 lagfart 12
 lagkommentar 14
 lagkommitté 43, 83
 lagmotiv, se motiv
 lagråd 43, 92
 lagskrivning 26
 lagstiftare 33, 38, 61, 76, 83, 91,
 93, 95
 ledamot, se domare
 legalitetsgrundsatsen 35, 39-41
 ljudband 26
 Ljung 122
 luckor i lagen 66
 luckor i rätten 66
 luggning 101
 Lundstedt 10-12, 121
 läkare 102, 123
 lärare 118
 läroböcker 118, 124
- majoritet 47, 68
 Malmström 122
 massmedia 97, 103
 mening, ordens 12, 29, 43
 Mentschikoff 123
 metafysik 11
 metod, juridisk 18, 20-22, 34,
 41, 61, 72, 75
 miljövård 103
 minoritet 45
 motiv 15, 18, 19, 21, 29, 43,
 44, 51, 54, 62, 81-83, 86
 muntlig utsaga 25, 26
 myndighet 14, 18, 45
 mätmetod 34, 75
 Möller 123
- natur, rättsreglernas 53
 naturvetenskap 18, 71, 72

- Nial 123
 njurtransplantation 98
 Norge 113, 124
 normativ idé 56
 normer 9, 51, 66, 77–87
 nämnd 95, 113, 114
- obiter dicta 47
 obsolet 14, 27, 99
 offentlighet 105
 Olivecrona 53, 54, 122
 Olsson 7
 omedelbarhetsprincip 64
 omröstning 68, 69
 oppositionen 93
 ordalydelse 24, 27, 28, 35, 36,
 39–41, 57–59, 62, 84, 99, 100
 ordens mening 12, 29, 43
 organisation 9
 oskriven rätt 65
- panträtt 11, 60
 partipolitik 90, 96
 pedagogik 67, 118
 polis 71, 96
 politik 7, 48, 70, 88–97, 112,
 116, 120
 positivrättsliga ämnen 118, 119
 praktik 76, 116, 118
 praktisk filosofi 73
 praxis, se rättspraxis
 prejudikat 32, 33, 45, 46, 48, 91,
 100, 101, 104, 110
 preliminärt ställningstagande 85,
 86, 109–111
 pressen 105
 princip 18–20, 25, 26, 64–67, 69,
 118
 processekonomi 72
 processföremål 29
 processrätt 29
 prognos 14–17, 21
 proposition 14
- psykiatri 117
 psykologi 72, 87, 117
 publicitet 105
 påföljd 9, 40, 41, 55, 73, 80, 81,
 85, 94, 95, 98
 påföljdseftergift 101
- radikalism 94, 95
 radio 105
 ratio decidendi 47
 reaktionär 95
 referensram 31, 118
 regel, se rättsregel
 regering 93
 regeringsformen 34, 35, 39, 41
 regeringsråd 92
 regressrätt 110, 112
 rekommendation 15–17, 21
 rekvisit 55
 relevans 100
 resning 55
 restriktiv tolkning 58, 62, 100
 revision 55
 Riben 68
 riksdagen 89, 90, 92
 riksdagsman 83, 103
 riksdagsprotokoll 106
 riksåklagaren 100, 101
 Romanus 68
 Ross 121
 råd, se rekommendation
 rättegångsbalken 35, 55, 68
 rättighet 10–12, 53
 »rätts-», prefixet 50, 52, 53, 70
 rättsdogmatik 63
 rättsfall, se rättspraxis
 rättsfilosofi 12
 rättsfråga 45
 rättskälla 14–16, 21, 22, 25, 42–
 44, 46, 50–52, 56, 64–66, 70,
 81, 84–86, 91, 97, 107, 109,
 112, 117
 rättsliga problem 10

- rättslära, allmän 13, 64, 66
 rättsmedel 55
 rättsordning 18, 19, 53, 65
 rättspraxis 14, 15, 19, 21–28, 32, 43–49, 51, 52, 54, 56, 57, 63, 70, 73–75, 81–84, 86, 91, 100, 110, 118, 119
 rättsregel 7, 9–22, 24, 25, 47, 49, 50–56, 64, 77, 78, 81–84, 87, 107, 117, 121
 rättsociologi 124
 rättsutveckling 91
 rättsvetenskap 16, 17, 20, 34, 52, 53, 66, 76, 99
 rättsvillfarelse 55, 56
- »sak» 29
 sakens natur 64–66
 sakkunnig 45, 72
 Salama 99
 samhällsdebatt 7, 10, 22, 27, 34, 42, 48, 50, 51, 64, 66, 70, 97–118
 samhällsfråga (-problem) 9, 10, 15, 17, 22, 35, 39, 51, 65, 66, 86, 92, 98–115, 119
 samhällsintresse 28
 samhällskunskap 21–23, 25, 88, 116
 samhällsmaskineriet 11
 samhällsnytta 11
 samhällstekniker 63, 88
 samhällsvetenskap 7, 48, 59, 63, 70–88, 97, 111, 112, 116–120
 samhällsvetenskapliga data 79–87, 119, 123
 sanktion 78, 95
 sannolikhet 72
 sedvanerätt 53, 54
 semantik 30, 40, 61, 75
 seminarieövningar 118
 skadestånd 11, 13, 36, 38, 66–69, 107, 108
- skingringsförbud 60
 skyldighet 53
 skön 35, 39
 sociologi 76–87, 124
 sociologiska data 78–87
 språket 11–13, 24, 26, 30, 37, 42, 43, 57, 84, 99, 100, 106, 111
 stadsplaneutredning 89
 standard 35, 39
 statistik 73
 statlig förvaltning 9
 statsministern 93, 94
 statsvetenskap 63
 straff 11, 39, 94, 95
 straffbarhet 13, 40, 55, 112
 straffmätning 73
 straffrätt 40, 41, 55, 57
 Strahl 18–20, 121
 styrande funktion 36, 37, 42, 44, 45, 46, 50, 59, 61, 66, 83, 86, 88
 subjektiv tolkning 26, 42, 62, 83, 111
 subsumtion 24
 Svenska Dagbladet 101, 123
 symbolfunktion 26
 systematik 66, 73, 74, 96
- teater 78–81
 Tegnér 124
 tekniker 18, 88
 teknisk, se juridiskt-teknisk
 teleologisk 26, 62, 83, 87, 111
 television 105, 118
 teologi 51
 teori 9, 12, 15–17, 20, 66
 terminologi 13, 32, 66, 73
 testamente 25, 35, 39, 42, 43, 102, 109
 textanalys 33
 Thornstedt 56, 59, 60, 122
 tidningar 97–101, 105, 108

- tillämpning 13, 24, 25, 32, 41,
51, 52, 56, 59, 77, 117
- tolkning 7, 22–49, 51, 57–64, 70,
74, 75, 81–86, 100, 107, 111,
121
- tolkningsmodell 81
- trafik 36–38
- trafikförsäkring 12, 38
- Trankell 122
- transplantation 98
- tvistemål 113
- typisering 67
- tysk rätt 29, 65
- tätbebyggelse 89
- uppsalafilosofin 10
- uppsåt 94
- utbildning 102, 103, 116–118
- utländsk lag 74
- utmätning 60
- utsökning 60, 75
- utvidgande tolkning 37
- vad 55
- valtal 89
- vattenmål 113
- vedergällning 95
- Welamson 122
- wennerströmkommissionen 92,
93
- Westerberg 122
- vidsträckt tolkning 29, 62
- viktning 20–22, 25, 34, 40, 42,
44, 45, 54, 62, 74, 81, 82,
84–88, 97
- vilja 35, 39, 42
- vittnesförhör 25
- votering, se omröstning
- vållande 68, 94, 95
- vårdnad 98, 109
- vårdslöshet 66, 68, 94, 95
- värdenihilism 10
- värdering 15, 16, 20, 21, 44, 65,
79, 81, 82, 89, 92, 93, 95, 96,
100
- åklagare 9, 71, 72
- åtal 71
- återvinning 28–32
- äganderätt 11, 64, 92
- ändamål, lagens 26, 43, 62, 81–
84, 86
- ärvdabalken 42
- öppna resonemang 7, 42, 51, 61,
62, 64, 70, 85–88, 91, 97, 100,
107–109, 111, 112, 116, 117
- överläggning 106, 112–114
- övningar 118

Per Olof Bolding

**JURIDIK
och
samhälls-
debatt**



Vad gör juristerna?

Tillämpar de rättsregler?

Tolkar de lagar?

**Eller är juridiken tillämpad
samhällsvetenskap?**

Detta är några av de frågor som ställs i denna debattbok, skriven av professorn i processrätt i Lund *Per Olof Bolding*. Han kritiserar tendenser i den allmänna rättsläran — särskilt lagtolkningsmetoderna — och hävdar att juristerna bör acceptera att det inte går några skarpa gränser mellan å ena sidan juridik, å andra sidan samhällsvetenskap, politik och allmän samhällsdebatt. Han berör vidare frågor om bl. a. domskrivning, juristutbildning och juridikens relationer till massmedia.

Juridik och samhällsdebatt är en debattbok som vänder sig till alla som är intresserad

Almqvist & Wiksell