

De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2013

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Doktrinen i praxis

Redaktör

Eric Bylander

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2013

ISSN 1102-3317

ISBN 978-91-7678-869-1

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Layout omslag: IdéoLuck AB

Tryck: Edita, Västerås 2013

Tryckt hos ett Klimatneutralt Företag

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se



Förord

Doktrinen i praxis – utan närmare övergripande specifikation än den rättsliga kontexten. Det är temat för årets årsbok från Juridiska fakulteten i Uppsala, som härmed överlämnas till läsarna. Bidragens rubriker och författarnas namn framgår översiktligt av innehållsförteckningen på nästa uppslag. Författarna presenteras i all korthet sist i boken. De tillhör alla fakultetskollegiet vid Juridiska fakulteten i Uppsala, vilket består av fakultetens tillsvidareanställda professorer och universitetslektorer.

Tanken med 2013 års årsbok är att samla flera av fakultetens forskare kring ett gemensamt tema som kan beröra alla fakultetens ämnesinriktningar. Under det gemensamma temat *doktrinen i praxis* behandlar de tio bidragen från lika många forskare aktiebolags-, arbets-, köp-, process-, skatte-, straff- och upphovsrätt. Därtill kommer flera av dem – givet temat föga förvånande – in på sådana ämnesövergripande aspekter som brukar hänföras till allmän rättslära. Civilrätten är starkt representerad bland såväl författare som ämnen. Meningarna om varför lär gå isär. Klart är att doktrinen har olika ställning inom olika rättsområden.

För att inte hämma den önskvärda kreativiteten angavs inte några exempel på tänkbara tolkningar av temat i inbjudan till fakultetskollegiets ledamöter att medverka i årsboken. Resultatet illustrerar lovvärt sanningshalten i den gamla tyska definitionen av en professor (som här kan vidgas till att avse även andra forskare): Det är någon som "eine andere Meinung hat". Att denna årsbokserie under sin drygt 20-åriga tillvaro har betecknats *de lege*, *de lege*, *De lege*, *De Lege* och *DE LEGE* är betecknande. Det finns många sätt att göra rätt.

Årsboksbidragens variationsrika fokus täcker in flera olika, delvis överlappande, områden längs ett kontinuum mellan de två rättsliga noderna *doktrinen* och *praxis*. Skiftande uppfattningar kommer till uttryck om relationen mellan doktrinen och praxis, liksom vad begreppen *doktrin* respektive *praxis* innebär. Denna nyansrikedom tillhör bokens klara förtjänster.

Doktrinen personifieras av de rättsvetenskapliga forskarna, praxis av de lagfarna domarna. Deras samröre behandlas här av några av de förstnämnda. Därmed utgör bidragen delvis själviakttagelser. När den som vetenskapligt studerar något på detta sätt är en del av det studerade gör sig särskilda hänsyn gällande. Den relativt tydliga subjektiviteten måste hanteras. Att det inte behöver upplevas som en svår utmaning kan bero på den ständigt nära kopplingen mellan doktrin och praxis. Rättsvetenskapliga forskare är vana vid att både studera och studeras.

I enlighet med sedvanlig akademisk praxis har bidrag till årsboken ventilerats vid seminarier eller annars diskuterats rättsvetenskapliga forskare emellan. Förhoppningen är att tillfällen framöver också kommer att ges att diskutera årsbokens innehåll med lagfarna domare.

Vikt, värde, betydelse, genomslag, inflytande, påverkan, användbarhet. Ord som dessa används i det följande om doktrinen i praxis. De fungerar som både beskrivningar och besvärjelser. Dels är det så som det *är* med doktrinen i praxis, dels finns det en *vilja* att så skall vara fallet. Vi, som personifierar doktrinen, låter här ännu några av våra andliga barn gå ut i det mer eller mindre praktiska rättslivet och vi gör det med de bästa förhoppningar.

Juridiska fakulteten i Uppsala i november 2013

Eric Bylander

Innehåll

HÅKAN ANDERSSON

- Forskartyper – Några typdrag i en rättsvetenskaplig typologi 9

ERIC BYLANDER

- Ej bygga upp men riva neder? – Om doktrinen
betydelse för HD-beslut att i prejudikatfall meddela
prövningstillstånd i hovrätt 33

MATTIAS DAHLBERG

- Om doktrinen som rättskälla i skatterätten 49

MIKAEL HANSSON

- All arbetsrättslig makt i Sverige utgår från Folke 67

TORBJÖRN INGVARSSON

- Tillägg för egen del – Doktrin i ”fel” publiceringsforum? 93

BERT LEHRBERG

- Driva bolag för borgenärernas räkning?
– En kritisk studie av användningen av begreppen
”borgenärsskyddsregler” och ”aktieägarskyddsregler”
i aktiebolagsrätten 107

LENA OLSEN

- Domstolar, rättsvetenskap och rättsdogmatik 129

JOEL SAMUELSSON

- Åter till huset vid Göta älv 141

MAGNUS ULVÄNG

Den straffrättsliga doktrinen som rättskälla
– Om dogmatik, vetenskap och gällande rätt 179

SANNA WOLK

Doktrинens inverkan i Högsta domstolens
upphovsrättsliga domar 213

Författarna 229

Håkan Andersson

Forskartyper

Några typdrag i en rättsvetenskaplig typologi
– samt några atypiska tankar om balansering
av olikheterna

Inledande ord om balanserande reflektion

Rättsvetenskapen kan, och bör, bedrivas på en mängd olika sätt, varigenom relationen till praxis också blir mångskiftande. Olika författare har olika ideal, men också för en och samma individ kan tillvägagångssätten variera, beroende på tidens gång, textens syfte och den förväntade publiken. Mötet mellan doktrin och praxis är ju dessutom – såsom alla goda möten – en dubbelsidig affär, där idéernas inverkan går åt bägge hållen och där man således både ger och tar; man kan därmed ställa frågor kring såväl sätten för doktrinens påverkan som de skiftande influenser praxis ger olika forskare i deras rättsvetenskapliga arbete. För att belysa att vi lever i en vetenskapligt öppen tid utan alltför tvingande bud och restriktioner, kommer nedan en mångsidig (men dock ytterst kortfattad och på få sidor tecknad) bild av varierande forskningsstilar att presenteras. Idag finns ingen enhetlig standard för hur doktrinen ”skall” vara, utan var och en får söka sig sin väg, genom att medvetet förhålla sig till varierande inriktningar och tekniker. Därvidlag kan man begrunda hur dessa synsätt passar ens orientering (som kan variera i olika sammanhang) samt hur de tas emot av rättsvetenskapen och den praktiserade juridiken; man kan överhuvudtaget fundera över karaktärsdrag och möjligheter. Det handlar om en reflektion – därmed delvis en självreflektion – kring typdrag i forskarnas inställning till arbete, arbetsmaterial och arbetsresultat. Just genom att söka lyfta fram dylika skiftande karakteristiker – karikatyrer om man så vill – kan den följande texten måhända ge upphov till några

lättssamma (i betydelsen lätt kåserande) meditationer kring för- och nackdelar med de många valmöjligheter som finns. Istället för att entydigt förfäktat en viss idealmodell, är föresatsen ärligt att sätta igång tankar kring den möjliga variationsrikedomen; och introspektivt kan denne författare likaså ärligt tillstå, att han själv känner igen egna drag från flertalet av de i denna artikel tecknade forskartyperna. Alla ”typerna” nedan (med ett undantag) har sina positiva och negativa sidor, och idén är att man med denna typologi ska kunna notera och fundera över olika balanspunkter. Framställningen följer skrattspegelns form genom att först gestalta en något förvrängd forskartyp (första stycket under varje rubrik), varefter det som initialt föreföll vara en karikatyr vänds till ett framhävande av de affirmativa och konstruktiva dragen (andra stycket). (För att få en direktare ton försöker jag, i de löpande beskrivningarna av typerna, att undvika upprepningar av alltför abstrakta typbeteckningar; och eftersom jag själv är man, väljer jag i dessa situationer det personliga pronomenet ”han” – men därigenom är ingen normalisering eller exkludering avsedd.) Sedan hela typologins kabinett är genomgången, kommer förhoppningsvis budskapet om balansering och mångsidig valsituation att framträda än tydligare. I det berörda mötet mellan akademins och praktikens jurister, torde tanken på typdragens avvägning innebära såväl en introspektiv besinning för forskaren, som en intresseväckande observation vilken kan ge olika bemötanden hos praktikern. Och även inom sig själv kan forskaren upptäcka och balansera sina olika jag (förhoppningsvis utan att bli schizofren). Eller som Johan Henric Kellgren skaldar i ”Mina löjen” (1778):

*”Håll upp!
Jag nog min dårskap ser
Jag, som en ann, åt svaghet skattar
och då jag högt åt andra skrattar
jag åt mig själv i tysthet ler”*

Typ (1) – Den protokollförande rättsdogmatikern

Under ett nedtonat betonande av ”traditionell rättsdogmatisk metod” bokför denna normalforskare vad de noga avgränsade rättskällorna, på ett otvetydigt säkerställt sätt, förmedlar om de kringskurna tillämpningsfrågorna, begreppen och specifika rekvisiten. Den övergripande – men sällan explicit formulerade (och än mindre reflekterade) – forsknings-

frågan, handlar om att fastställa vad som är "gällande rätt" med avseende på det noga utstakade spörsmål som utredningen inletts med. Denna forskartyp har en förutbestämd plan, som han utan oväntade avvikelser följer till punkt och pricka; han går då igenom källorna och talar om vad som är gällande rätt och vad som inte är exakt belagt, utifrån en snäv läsning av just de exempel och situationer som källorna kan ge "säkra" besked om. Utanför detta trygga område, känner idealdogmatikern sig lite obehaglig till mods; därför manifesterar han gärna de tydliga gränserna för sitt revir, genom att avfärda tolkningar med ett bredare teoriperspektiv såsom just "osäkra" och "utan direkt stöd" i de källställen som redan fått definiera gällande rätt. När problemgränsen nås – vilket tyvärr väldigt snabbt inträffar i denna säkert protokollförda värld – får han lakoniskt retirera med konstaterandet, att "rättsläget är oklart" (och för att inte heller här säga för mycket, utbyts gärna det så definitiva "är" till "torde vara"). Protokollföraren avhåller sig gärna från teoretiska läror eller större förklaringsramar – just eftersom de inte redan är sanktionerade av källorna – och disponeringen av materialet följer därför ofta redan givna problemuppdelningar. Men inom dessa ramar kan han stundtals tillåta sig att notera, att andras teorier inte alltid är tryggt förankrade i den minsta nämnarens pålitliga hemvist. Såsom hantverksideal ser han att enligt metodplan 1A på ett förutsebart, fantasilöst och småtråkigt oklanderligt vis sätta sig på protokollförarens plats – som även någon annan likasinnad hade kunnat inta – för att där pliktskyldigt dokumentera vad källorna säger om gällande rätt i de ärenden de behandlar.

Men är det så illa då? Varför ironisera så ohämmat över företrädare för företräden som fler än den inbitna kretsen borde företräda? (Och motsvarande frågor och svarsstötar kunde inleda andrastycket i samtliga typologier nedan – för säkerhets skull upprepas framställningssidén, att medvetet karikera och polarisera olika sidor och responser ... för att efterhand frammana en fördragsam balansering.) Faktum är att denna forskartyp alltid haft stor potential att få genomslag i praxis; den trygga och oförvitliga genomgången av källorna – inklusive den varsamma hållningen till äventyrliga utflykter och övertolkningar – har gett honom ett välförtjänt renommé, såsom tillförlitlig och omdömesgill uttolkare av den med rätta gällande rätten. Noggrant fotarbete och samvetsgrant studium av basmaterialet är helt enkelt – och ska så vara (enligt min uppfattning) – grundplåten för all seriös forskningsverksamhet. Därifrån kan en mer fantasirik, konstruktiv och utmanande rättsvetenskaplig ansats byggas upp. Då kan ett friare förhållningssätt till källor och tra-

ditioner stegvis utformas ... men protokollföraren ger oss det viktiga mementot, att ”fria åsikter” inte kan ersätta eller i sig själv utgöra källor för ett seriöst juridiskt resonemang.

Typ (2) – Den osjälvständiga uppreparen

Denna nära släkting till protokollföraren (Typ 1) har än lite svårare, att nå en egen bild av den helhet som studeras. Därför liknar texterna en aning resultatet hos den PM-skrivande studenten, som tragglar sig igenom vad andra redan skrivit, varvid man upprepar dessa tidigare skrivelser. Det osjälvständiga förfaringssättet märks i att ingen egen analytisk linje kan urskiljas, utan texten blir endast ett sammanläggande av tidigare inlägg. När uppreparen väl ser detta, är det för sent att påverka textens utformning; då tar han till knepet att ”tycka till litegrann” – såsom det sista av de sålunda redovisade inläggen.

Detta sätt att skapa ett eget budskap får aldrig något större genomslag, men om det är väl genomfört kan det förvisso passera som just en repetitiv summering. Det ofta något valhända utförandet gör dock, att man inte alltid kan lita på att summeringen ger en rättvisande totalbild. Förvisso ska aldrig ett noggrant studium av vad andra redan kommit fram till negligeras – motsatsen är mycket värre – men bättre genomslag når den som tar materialsamlandet som en nödvändig startpunkt för det egna bearbetandet, inte något som i sig är värt att presentera som en slutprodukt.

Typ (3) – Den frifräsande frirättaren

Här finns ingen oro för inskränkande krav enligt någon rättskällelära, inte heller någon läsning vid tidskrävande detaljgranskning för att successivt underbygga resonemanget. Utan vi skådar istället en suveränt ohämmad själ, som från en upphöjd position har vunnit en insikt i vad rätten ”egentligen” går ut på, varför han kan nå dit på ett lite friare sätt ... så blir det ju likväl ”rätt” till sist. Den renodlade frirättaren är ett tämlig rart (i betydelsen sällsynt) kreatur i den av doktorsexamen utskilda faunan, men förekommer i desto rikare förekomst inom de per definition friare skribenternas följe. Även den dömande maktens företrädare har sin ranson av frifräsare, som emellanåt bekänner sin tilltro till naturrätten – eftersom man då får tycka till som man vill. Den stora nackdelen är att man bara ytligt och tillfälligt anknyter till källorna, och därvidlag plockar argumenten ur sin rättsliga och resonemangsmässiga kontext; överhuvud-

taget löper frirättaren risken av villkorlighet och ständiga systemfel, då de föreslagna (snarare förespråkade) lösningarna måste sättas in i större sammanhang. Frirättaren är därför en utpräglat situationskännande figur.

Om man än inte tar all inspirerad ingivelse som gudsord, bör man likväl kunna erkänna värdet av kreativt tänkande samt ha en öppenhet för ”sunt förnuft”, istället för enkom formellt begränsande krav. En rutinerad jurist har – särskilt efter lång verksamhet som domare, advokat etcetera – en sådan stor erfarenhetsbas av yrkeskunnande, att det vore förmätet att inte ta emot synpunkterna (bara för att de inte uppfyller alla formella krav). Det handlar om vad man, i brist på bättre uttryck, brukar kalla en professions ”tysta kunskap”; problemet är bara att vetandets outtalade karaktär gör att alla vederläggningar blir omöjliga – och samma predikament gäller ju för beläggen. Så även om somliga domare kan känna sig övertygade av sina egna friare men förnuftiga resonemang, kan rättsvetenskaparen inte räkna med en lika god jordmån för hävdanden av sitt (formellt) föga underbyggda fria förnuft.

Typ (4) – Den ofullbordade encyklopedisten

Här ser vi en hårt arbetande – åtminstone högt syftande – men aldrig nöjd forskare. Strävans mål är att varenda delfråga och vartenda partikulärt fragment ska kunna insättas i sitt historiska, komparativa, begreppsliga fack och så vidare. Hans forskningsiver skapar ständigt nya ringar på ringarna i vattnet, och han vill hoppa ned i dem allihopa i sökandet efter oceanens hela yta och djup. Han vill inte ”fuska undan” saker, eftersom han ständigt upptäcker att det för en minimal bifråga – i utkanten av periferin – finns ett tiotal tyska doktorsavhandlingar, som han ännu inte fördjupat sig i (och dessa verks fotnotsapparater kan i sin tur ge upphov till vidare sökanden). Kort sagt, han blir aldrig färdig.

Den som bokstavligen aldrig blir färdig, får heller inget inflytande på den vidare diskussionen i vetenskapen eller rättstillämpningen. Men om encyklopedisten kan uppmuntras eller luras till att presentera några skärvar från verkstaden, har dessa bidrag en god prognos att bidra med starka – och per definition välunderbyggda – argument och klarlägganden av samband. Det är positivt att kunna se större bilder och kontexter, men någonstans kan det också vara nyttigt att sätta in ett kolontecken som säger: Och detta föranleder följande (då lärda) betraktelse. Eller annorlunda uttryckt, den som föresatt sig att säga allt om allt, upplevs ofta inte säga något intressant om något alls.

Typ (5) – Den ofullbordade teoribyggar

Nu handlar det om en syssling till encyklopedisten (Typ 4), nämligen en mycket teori- och metodintresserad forskare, som lägger ned så mycket tid på att studera verktygslådan ... att han glömmer använda verktygen. Han bygger och slipar på sin metod och sin teori, men kommer inte till skott att tillämpa eller ens pröva den på några verkliga och relevanta rättsliga problem. Typiskt nog åstadkoms därmed aldrig någon initierad rättsfallsanalys, eftersom teoretikern bara ser de stora metodfrågorna – inte hur de används för att konkretisera och utveckla rätten. Just oförmågan att kunna säga något väsentligt inom den materiella juridiken, gör att teoribyggar helst söker sig till allmän rättslära. Alternativet är att inom sitt materiella ämne bli stående lite utanför som mystiker eller poet (enligt Typ 21–22 nedan).

Och inget ont i att ägna sig åt rättsläran. Men avseende denna antologiska tema om mötet med praxis, innebär denna flykt undan de specifika materiella frågorna till de allmänna teori- eller metodfrågorna, att inflytandet blir ytterst ringa. Även forskningens betydelse för de materiella rättsliga ämnena undergrävs något, genom de alltför allmänna teorierna. Men detta faktum ska inte undanskymmas, att den teoretiska fördjupningen givetvis kan vara väldigt betydelsefull, varför denna forskartyp därmed indirekt kan influera andra mer jordnära forskare ... som sedan kan utöva inflytande på praxis.

Typ (6) – Den komplicerade trivialförkunnaren

Den ovan nämnda teoribyggar (Typ 5) riskerar också dilemmat, att med en komplicerad apparatur förkunna ytterst triviala rättsliga elementarsatser. Med skarpsinnigt, logiskt eller abstrakt analyserande kan då ett formelspråk byggas upp, där man med ett övermått av tekniska och teoretiska termer kan uttrycka att ”den som har en rätt har en rätt” eller ”det efterföljande ligger inte före i tiden” och så vidare. Det fina i kråksången är dock, att ingen kommer att märka dessa logiska självklarheter, utan man ser bara en avancerad nomenklatur – och blir då rejält imponerad av det tankedjup som teoretikern ådagalagt. Eller inte?

Som sagt, risker finns med all teoretisering, men för att inte bara bli en primitiv faktaupprepare, måste forskaren få försöka säga något utöver vad var och en direkt ser. Memento är dock, att man bör ha ett materiellt intressant budskap först, innan man lägger på en teoriapparat. Har man

det, kan säkert teorin bidra till att man slipar verktygen lite extra skarpa. Men utan budskap så blir vare sig rättsvetenskapliga kollegor eller domstolarna särskilt tagna av en svår teknisk utstyrsel ... utan tänker nog istället lite på sagan om kejsarens nya kläder.

Typ (7) – Den dogmatiskt metodfrälste

Denna forskartyp har funnit den fantastiska allenarådande metoden, som uppfattas som något av en troslära och osvikligt leder honom rätt genom rättslivets alla mysterier. Den metodfrälste känner en stor tillfredsställelse, då allt flyter på nästan rent mekaniskt, varvid han ständigt levererar nya rättsdogmatiskt säkra lösningar, som kan efterhandsprövas genom att man följer de färdiga stegen i metoden. Rättsekonomiska kalkyler, utifrån fixa utgångspunkter om den lämpligaste kostnadsplaceringen och liknande, kommer på så vis att generera ganska förutsebara resultat. Systemteorier visar hur enskilda lösningar alltid faller ut, om man väl accepterar det stora systemet. Allra enklast blir arbetet för exempelvis en teleologist, om denna tillåter sig att jobba utifrån tämligen stora ändamålsvisioner om vad normallösningar upprätthåller för funktioner; istället för att i de problematiska, avvikande fallen behöva fundera på om (likaså) problematiska och avvikande värderingar bör appliceras, vet ju den frälste att samma verkningar ska uppnås i de atypiska som i de typiska och oproblematiska fallen. Om han vet att konsumentskyddsregeln har som ändamål att skydda konsumenter, ska därför även det krångliga tillämpningsfallet tjäna detta ändamål ... varför lösningen just blir att konsumenten skyddas. Och utifall typiska skadeståndsmål föranleder rättsföljden skadestånd – under åberopande av de stora funktionerna prevention och reparation – så vet teleologisten, att man även i de svåra målen ska sträva efter samma lösning; resultatet blir att skadestånd alltid ska utgå ... för ju mer skadestånd desto mer prevention och reparation etcetera och så vidare i all oändlighet. Livet leker, alltid idealiska lösningar som alltid ger samma svar utifrån samma metod. Metoden kan då bli en tämligen tunn soppa, som kokas ihop på ständiga trosvisa påståenden om samhällsverkningar, beteendestyrning och liknande utifrån en på metodiskt vis nådd teoretisk lösning (som om folk i gemen handlar utifrån en föreställning om teoriprogram och detaljerade rättsavgöranden med subtila resonemang).

Förvisso är det givetvis bra med ramar kring verksamheten, men vissa metodprogram ligger för nära enkla "alltid gällande" lösningar, som blir självförklarande – och därför mer snärjer än öppnar resonemangen. Ett

memento att beakta, med andra ord. Annars är metodisk medvetenhet och färdighet goda egenskaper, som uppskattas i praxis, eftersom de praktiskt verksamma ser hur resonemanget byggt upp, varvid man kan pröva och överpröva slutsatserna. Även om alla inte alltid behöver hålla med om den slutliga lösningen, erhålls likväl en välgenomtänkt ram för ett resonemang – som andra kan fortsätta i andra riktningar.

Typ (8) – Den praktiska pragmatikern

Man kan ha högst varierande teoretiska infallsvinklar på vad som är praktiskt, liksom man praktiskt kan syna vad man kan få ut av det teoretiska. Kort sagt, dessa beteckningar sätter igång ett språkspel, och om man uppmärksammar de därmed skapade konnotationerna kan man iakttä en forskartyp, som framhäver det praktiska värdet av sin teoretiska insats. Därmed anslås ett förståndigt och konstruktivt synsätt med en – åtminstone hävdad, eller underförstådd – förståelse för rättsområdets faktiska behov av problemlösningar. Så kallade ”praktiska lösningar” blir levererade, och forskaren förhåller sig till praktisk kunskap om vad praktikerna kan förväntas vilja ha, utifrån en praktisk förståelse av daglig-rutinerna som upphöjs till en teoretisk (men inte alltför rigid) nivå, där den samlade kunskapen finns om vad som vore önskvärda lösningar för dem som ”egentligen” fattar området. Man kan jämföra med vad som ovan nämndes om det tysta yrkeskunnandet som bakgrund för frirättaren (Typ 3). Formuleringar om vad marknaden kräver, vad som är rimligt för branschen eller vad som är gynnsamt för ett fungerande näringsliv blir då legio. Risker med denna retoriska aktivitet, är att pragmatiken går på tomgång; åberopandet, eller åkallandet, av vad som utsägs vara praktiskt kan bli den teorifasad som legitimerar lösningarna – utan att strängt taget uttrycka mer stöd för den ”goda” lösningen än att den är (eller sägs vara) ”god”. Kanske får vi en ytterst teoretisk – eller rentav verklighetsfrånvärd – diskussion bakom den praktiska språkdräkten. Hänvändelsen till praktikens krav kan dessutom ibland bli direkt tomma floskler, såsom då det föreslås att domstolarna ska ges utrymme att göra en allsidig värdering av samtliga omständigheter och däri laga efter läglighet. Kort sagt, även om ett sådant budskap kan låta lockande (och praktiskt) för praktikern, är det ju inget man behöver rättsvetenskaplig analys till stöd för. Att från teorins horisont påbjuda att praktiken får göra som den vill, är ju bara att fly med den stukade rättsvetenskapliga svansen mellan benen.

Det är något att se upp med i alla fall. Men annars är det otvivelaktigt

positivt med en (viss) förankring i de ofta förekommande problemen och deras bemötanden bland praktiker. En sådan kunskapsbas ger en empirisk relevans, som kan appellera till en insatt publik. Risken kan dock vara, att ständiga hävdanden av praktiska lösningar tenderar att låta rättsvetenskapens övriga uppgifter – system, begreppsanalys, argumentationsinventering med mera – försummas, då pragmatikern höjer sig för lite. Men pragmatism är alltid positivt som motvikt mot dogmatism. Eftersom avvägningar och därmed kompromisser ofta är betydligt mer styrande än fasta strikta rättigheter, kan den praktiska konkretionen vara en god väg att vandra. Men bara om det verkligen finns ett mer systematiskt stöd, än de tillfälliga upplevelserna av praktikers önskemål. Om rättsvetenskapen lyckas förena en pragmatisk avvägande analys med det praktiska rättslivets konkretiserande erfarenheter, torde det finnas goda möjligheter till genomslag.

Typ (9) – Den breda (uppsvullna) allvetaren

Idealet för denna breda forskare är att från en hög och säker position greppa hela rätten – eller åtminstone en stor del av den. Vi känner igen stilen från den ovan berörda encyklopedisten (Typ 4), men vi kan nu se hur ambitionen kan ta sig uttryck på två diametralt olika sätt. Antingen kan idealet framtvinga nya allt större boxar att placera de mindre boxarna i; då är risken stor att inget projekt någonsin blir klart, eftersom den från början hyfsat avgränsade frågan vidgats till de allmänna ramarna för hela rättsområdet, rättskulturens utveckling, bakgrunden i de romerska instituten och sen hela vägen ut i samhällslivet och olika samhällsförhållandens påverkan på rättsdiskursens inriktning. Med andra ord, lagom till 235-årsdagen kan en första preliminär delrapport avläggas (men de flesta lever inte så länge ... och om så vore fallet skulle säkerligen ändå tålmodet tryta). Den andra responsen är högrävande, besserwisseraktiga samt alltför självsäkra och odetaljerade synpunkter utifrån en vag referens till den totala behärskningen; resultatet blir då snarast att analysen förlorar i skärpa, eller att den tillfälligtvis fångar upp något fragment som sägs gälla som indicium på totalitetens påverkan.

Bildning, bredd och stor kunskapsörst är givetvis oundgängliga egenskaper hos en forskare. Om man dock accepterar livets begränsningar – samt beaktar Sokrates ord om att den visaste är den som vet vad han inte vet (således det mesta) – kanske man kan rikta sin energi mot att gräva djupare där man står, istället för att gräva upp hela jorden. Rättens nutida

komplexitet gör att få – uppriktigt sagt: ingen – verkligen med anspråk på expertis kan uttala sig över alltför stora ytor. Den som försöker blir gärna avslöjad som charlatan. Men inom avgränsade ämnesområden bör – snarast ”skall” – forskaren efter något decennium i princip kunna ha en god överblick över allt som skrivits. Då kan den bildade forskaren verkligen bidra med initierad analys, som kan få stort genomslag även i praxis.

Typ (10) – Den smala (utmärglade) specialisten

Den inverterade halvbrodern till allvetaren (Typ 9) kan överhuvudtaget inte uttala sig om något alls, utanför sin hermetiskt avgränsade lilla låda i den stora byrån. Han väljer då gärna ett avhandlingsämne som det bara finns ett enda prejudikat om, samt avgränsar ytterligare den lilla delaspekten X, så att inga vidare jämförelser behöver anställas. Därefter definierar han sig som den enda X-forskaren, och väljer att resten av livet avgränsa bort allt fler sidor av sin minimala forskningsfår. Slutmålet är att veta allting om ingenting.

Visst kan man raljera om inskränkthet och kringskuret allmänintresse, men för den (antagligen lilla) krets som sysslar med just X-frågan, kan den smala specialisten bli en ytterst trovärdig och uppskattad hjälpreda. Och som han brukar säga, det är ju bättre att vara en (medel)stor fisk i den lilla dammen än ett yngel i oceanen. Dessutom bättre med en fjäder i hatten än hundra kråkor i skogen (eller tusen kajor runt domkyrkotornet).

Typ (11) – Den icke perfekta perfektionisten

Krav kan vara inspirerande eller förkävande, men den som uppställer omöjliga pretentioner lär både må dåligt ... och skriva i ringa mängd. Som något av en försvarsmekanism kan man då möta perfektionisten, som säger sig vilja vara sparsmakad i sin produktion och vänta med publicerandet av sina rön tills han nått den ultimata utformningen. Han skriver fyra ord på förmiddagen, och raderar sedan tre av dem efter lunch. Vartannat – eller vart tredje eller femte – år kommer så en tiosidig liten (men kanske naggande god) artikel. Tyvärr är det inte alltid så, att omvärlden då uppfattar det perfekta genomförandet av den medvetet restriktiva och effektiva stilen ... utan många ser bara lathet eller till och med oförmåga till genuint arbete.

Noggrannheten är onekligen positiv, men för att nå någon som helst grad av inverkan krävs faktiskt både kvalitet och kvantitet. Det kan därför

tyckas onödigt och improduktivt, att kväva sin egen kreativitet bakom en mask av perfektionistambitioner. När spärren väl släppt, och författaren fått igång sin skaparådra, kommer troligen talet om självpålagd restriktion att flyga iväg som en onödig bortförklaring. Den som inget skriver är ingen författare, och då hjälper det inte att han tycker, att han egentligen är så mycket bättre än alla mångskrivare.

Typ (12) – Den mönsterletande kartläsaren

Den rättsliga mångfalden och dess måhända motstridiga karaktär är inget som avskräcker denna forskartyp. Han tycker sig under ytan, bakom och bortom de olika källresponserna ändå se ständigt nya mönster som kan framläggas, såsom utgörande en slags disharmoniernas harmoni. Han bryr sig därvidlag mindre om den enskilda detaljen som sådan, utan lever mer i strukturernas värld – särskilt de mönster som han själv ritar i sin alltmer vittomfamnande karta över den juridiska världen. Huruvida mönstren finns och kartan är en bild av verkligheten är inte så trängande frågor, utan mönsterletaren skapar själv både sin värld och sin världskarta.

Viljan att se mönster bakom mångfaldens myller, bör dock inte underskattas som en självgående kreation efter tycke och smak. Man kan jämföra med konstruktörerna av storstädernas tunnelbanekartor, som genom att lägga raka streck horisontellt, vertikalt och i 45 grader lyckas frammana en tydligare bild av hur systemet fungerar (än om man exakt ritat alla kurvor och geografiska utsträckningar). Vi rättsvetenskapare skapar ju ständigt bilder av världen och rätten, och ju fler sådana förslag på mönster för ett rättsområde, en rättsfråga eller en delaspekt som man kan utvinna, desto mer medvetenhet kan frammanas kring vad vi alls diskuterar. Så även om dessa resonemangsstrukturer eller sambandsbilder inte nödvändigtvis direkt tas emot av domstolar, så torde de gestaltande tillnärmningarna ändå indirekt och i det långa loppet kunna påverka hur rättsfrågor diskuteras och hur lösningar motiveras.

Typ (13) – Den närläsande diskursuppfinnaren

Även här har vi att göra med en mönsterletare (Typ 12), nämligen en sökare som har ett starkt fokus på själva diskursen i källorna. Närläsaren vrider och vänder på formuleringarna, varvid ett mönster av betydelsebärande skiljelinjer görs gällande. Det är dock inte säkert att alla – inte ens de som ligger bakom de närlästa texterna – har förstått distinktio-

nerna och de ständigt nya differentieringarna som lyfts fram från när-läsningen. Många jordnära jurister tycker nog, att när läsaren övertolkar tillfälliga uttryckssätt i en HD-dom eller att han gör väl mycket av ett kommatecken eller ett reflexivt pronomen etcetera.

Nåväl, man får ändå acceptera att allt som väl förts in i diskursen, finns där just som en argumentativ möjlighet. Och att uppmärksamma distinktioner i en dom eller serie av domar – även om dessa ligger bortom intentionerna hos en domstol – kan vara en kreativ öppning för vidare-utveckling av den ständigt föränderliga rättsdiskursen.

Typ (14) – Den planerande karriäristen

För karriäristen är den akademiska miljön inte i första hand en andens tillflyktsort, där stor möda och mycket tid ägnas åt hårt fördjupande arbete med texter (mycket att skriva, men ändå mer att läsa för att få material för det seriösa skrivandet). Nej, universitetet är blott medlet för ett medvetet kalkylerande med hur stor nytta (avseende tjänstegång, referenser samt förmåner av olika slag) man kan få av respektive arbetsinsats. Optimalt blir då att nå största möjliga karriärförmån av minsta möjliga arbete. Att noggrant läsa allt material för att mödosamt skriva monografier eller analyserande artiklar utifrån ett uttömmande – eller åtminstone rejält tilltaget och noggrant penetrerat – material, blir då onödigt kringarbete istället för ett självklart ideal. Tvärtom gäller det att samla ihop billigare ”poänger”, vilka kan inkassera mer lättförtjänta meriteringspunkter i den formella CV-listan. Bland annat av detta skäl – men det kan ju bero på annat också (såsom lathet eller att skaparådran ebbat ut) – blir avhandlingen ofta den enda monografin i ett helt yrkesliv; istället för att tjäna som inträdesbiljett till akademien, blir denna bok därför en engångshändelse, med följd att en (alltför) stor del av det totala forskningsarbetet vid institutionerna utförs av de yngsta och minst meriterade forskarna (doktoranderna med andra ord). Meritpoäng sökes istället genom de lindriga arbetsuppgifterna med konferensarrangemang – gärna med dokumentation i en antologi (där man kan skriva det sammanfattande förordet, varpå man får goda poäng för redaktörskap) – att vara forskningsledare eller att söka intellektuellt helt okrävande administrativa sysslor. Och om man tycker det är jobbigt att bearbeta ett stort material, kan man söka en poänggivande bredd genom att åtminstone skriva några recensioner av andras böcker inom olika områden. Man kan också på konferenser snappa upp större teman som är på gång, varefter man kan skriva artiklar

som (utan eget grundarbete) presenterar spännande frågor. Överhuvudtaget letar karriärsten flitigt upp alla indikationer (i sakkunnigyttranden vid tjänstetillsättningar) om vilka enklare uppgifter som likväl kan anses förtjänstfulla i merithänseende. Ibland kan det synas nästan lite komiskt, hur mycket arbete som kan läggas ned på att få reda på hur man kan bespara sig arbete.

Denna forskartyp har dock omisskännliga förtjänster, som alla kollegor bör uppskatta. Det behövs organisatoriska begåvningar och driftiga arrangörer, som sätter lite fart på de inbundna bokmalarna – och som helt enkelt får hjulen att rulla. Och även utan egen större grundforskning, kan det mycket väl produceras intressanta artiklar, vilka fokuserar på större teman som andra mer utförligt jobbat med. Sådant kan absolut sätta spår i påverkan på både doktrin och praxis. Men om det egna monografiska, långsamt djupgrävande arbetet försummas, blir till slut kraften i skrivierna uttunnad, vilket inte är positivt för det nu omtalade genomslaget.

Typ (15) – Den ensidiga tesdrivaren

Nu möter oss en åsiktsstark personlighet, som har bildat sig en klar uppfattning om vad han vill komma fram till. En åsikt, en lösning, helt enkelt en tes som nu ska förfäktas, så att även den övriga världen blir lika övertygad och börjar tänka i samma banor. Det utmärkande draget hos tesdrivaren är att han mycket tidigt i processen finner sin ståndpunkt, varför han inte behöver besväras av dubier och motstridiga tankar eller alternativ. Ja, redan innan skrivandet påbörjas, rentav före källstudierna, är agendan satt; arbetet blir därefter en fråga om att i materialet finna stöd för tesen, och att i övrigt så snärtigt som möjligt bibringa läsaren den ljusaste och mest entydiga bild som går att åstadkomma. Denna forskartyp anser, att det viktiga för en rättsvetenskaplig författare är att ha egna idéer, som (han tycker) är originella och därför sticker ut. Ett allsidigt vägande av källornas tendenser åt ena och andra hållet, känns därför lite tråkigt och osjälvständigt. Det tar för lång tid och blir för jobbigt, att låta textens budskap växa fram efterhand och att testa invändningar – tesen riskerar ju då att bli urvattnad eller motsagd. Men egentligen är tesdrivaren inte så utstuderat taktisk i sitt undvikande av alternativa synsätt – utan när tesen väl är kläckt, ser han helt ärligt ingen anledning till tvivel, utan kan rättfram och obekymrat driva sin linje. Inom alla samhällsvetenskaper är tesdrivaren lätt igenkännlig – genom sin ensidiga, oba-

lanserade och oproblematiserande framtoning – och har därför ett dåligt anseende. Genrens företrädare bland statsvetarna har dock en given arena för åsiktsskriverier, nämligen dagstidningarnas ledarsidor; men för juristen finns inga seriösa tillflyktsorter av detta slag.

Men det kanske borde finnas sådana? Forskarens så kallade tredje uppgift (utöver forskning och undervisning) är ju att sprida kunskapen även utanför den trängre forskarvärlden. Detta traditionella folkbildningsideal har förvisso just gått, att göra forskningsresultat tillgängliga – exempelvis (förr) genom allmänna föredrag, men också (i lätt populariserad form) genom mediakontakter. Gott så, det kan väl ingen motsäga. Problemet är bara, att en redan initialt populariserad och förenklad skivlinje – exempelvis tesdrivarens – inte förmedlar vad som först producerats genom noggrant vederhäftigt vetenskapligt arbetet, utan tesdrivaren nöjer sig på en gång med den enklare varianten. Kort sagt, ett alltför flitigt fokus på tredje uppgiften, kan medföra en nivellering av den akademiska standarden. En förtjänst med tesdrivandet inom rätten är dock, att det kan åstadkomma intressanta resonemang, som också inom praxis kan vara användbara som stimulans. Avnämaren får då vara medveten om, att man får sig till livs ena polen i ett resonemang, men detta kan vara en god startpunkt för att se komplexiteten och söka ytterligare möjligheter inom diskussionsramen. Med nu nämnd reservation – att man aldrig får ta den ensidiga tesen som sista ordet – kan denna forskartyp få vidkännas en inspirerande roll för den praktiserande juridiken.

Typ (16) – Den narcissistiska narren

En nära släkting till tesdrivaren (Typ 15) är den forskartyp som – i erfarna, mogna och kunniga juristers ögon – gått något för långt i förfäktande av egna åsikter och framhävande av sig själv som forskare, person och eget ”varumärke”. Inom forskningen framträder denna typ alltmer (det växer nämligen till sig av ohejdade vana) såsom producenten av alltmer (som sagt, det tilltar) självcentrerade texter som alltmer (en växande svulst) handlar om hans egna ideal, förslag om hur allt borde ordnas, teser om att allt nu har svängt i linje med de egna idéerna eller kritik av att det sistnämnda ännu inte inträffat. Han sätter ogenerat sig själv i fokus, och upplever att alla andra mer är staffagefigurer som inte behöver beaktas (åtminstone inte i fotnoter och ärliga referenser) eftersom han är så nöjd med sina egna intressanta bidrag. Nyhetsvärdet hos texterna är helt enkelt, att världen inte tidigare fått ta del av hans personliga åsikter – och denna kring vår hjälte

hänförda publik skulle bara bli distraherad i intaget av det egna budskapet, om detta hade behövt blandas upp med omnämmandet (exempelvis i fotnoter) att det redan befunnit sig andra inom området. Överhuvudtaget blir källarbete lite tråkigt och onödigt (och dessutom tidskrävande) – eftersom egot har så många egna åsikter som skulle komma i skymundan, när noggrant källarbete och beaktande av övriga diskursdeltagares bidrag måste göras. Alla träd i skogen skulle skymma den sköna anblicken av den egna, just planterade, sticklingen i den lilla upptrampade gläntan. Efterhand utvecklas detta självcenterade skrivande till en allt större grad av ytlighet, eftersom djupstudiet av källor, strukturer, resonemang och allsidig belysning inte premieras. Och inom media – den ovan berörda tredje uppgiften – tar sig jagbetonandet uttryck i en jakt på personligt exhibitionistisk divertissemang, med uttalanden långt bortom den egna sakkunskapen (som dessutom parallellt urgröps av allt ytligt munvader samt den avtrubbande effekten som hans självbelåtenhet för sig). En strävan efter ljus, inte för att se, utan för att synas bättre. Men med den inflatoriskt inflammerande överdriften av åsikter – i alla sammanhang (även bortom egen sakkunskap som sagt) – sänks värdet av varje nytt inlägg (även inom sakkunskapsområdet, eftersom man kan anta att samma ytliga principer gäller bakom dessa ständiga revolutionerande åsikter). Förr brukade man ha visst överseende med dessa ungdomligt omogna karaktärsdrag, såsom något som ändå brukar rätta till sig (med ålder och erfarenhet). Det är dock möjligt att dagens ytliga klimat för med sig, att mognadsprocessen och den kritiska (särskilt självkritiska) medvetenheten uteblir – så att även vuxna människor ogenerat beter sig som bekräftelsesökande dagisbarn. Om lärlingen förr tillägnade sig insikter om mer respektive mindre lyckade föreställningar bakom scenen, vill han numera ofta direkt anträda manegen som pajasen, utan att ens reflektera över den röda näsan, de för stora skorna samt den yviga peruken.

Nå, det hela har ju ett visst underhållningsvärde. Utifrån denna artikels tema om genomslag i praxis, kan dock klart sägas att vuxna jurister – och man måste ju ha nått viss ålder för att bli domare (eller advokat, åklagare etcetera) – inte uppskattar alltför yviga och självcenterade förfäktanden på egots arena. När det noggranna beaktande av annan forskning ersätts av ett minimalt pliktskyldigast enstaka (icke relevant) fotnotsangivande, så skiner det lite för tydligt igenom att texten egentligen bara säger jag, jag, jag och än lite mer jag. Kanske synd, för det kan ju finnas en eller annan god idé i mängden – bara den hade odlats och penetrerats på ett allsidigare och skickligare hantverksmässigt sätt.

Typ (17) – Den punktuella sloganleverantören

Denna forskartyp är egentligen en, något ytligare, kusin till tesdrivaren (Typ 15), men för att typologin ska uppvisa så många egenheter som möjligt, får varje karaktärsdrag en egen personifiering. Om tesdrivaren söker bygga upp en tankegång som ska gå i mål på visst sätt, förkortar sloganleverantören resonemangen, och fokuserar – liksom en reklamman – budskapet till en slagkraftig devis. Förenklingen av de svårare argumentationsbanorna tar sig därvidlag uttryck i slagord, exempelvis om att det komplicerade begreppet ”egentligen” kan förstås utifrån en enda grundtanke, att det mångsidiga avvägandet ”i själva verket” kan summeras i en enda tung värdering (som slår ut alla andra – ja det finns därför knappt något annat) eller överhuvudtaget att en populär slogan – en så kallad ”one-liner” – marknadsförs som den saliggörande devisen för hela rättsområdet och alla dess intrikata specialfrågor. Istället för det ansträngande arbetet med att rekonstruera långa resonemangssteg, där rekvisit och utslagsgivande värderingar appliceras på de många omständigheterna – och där olika linjer av argumentation möts, korsas och bryts – kännetecknas denna stil av ett ”punktuellt” påstående. Som ersättning för en väv av argument för och emot, via ett avbetande av en mångfald frågeställningar, inriktas nämligen den skrivande aktiviteten på en enda punkt, som så slagfärdigt som möjligt marknadsförs. Att sätta punkt snabbt, utan att behöva inventera och problematisera de många stegen dessförinnan, blir därmed den väg till förenkling som beträds. Men ”enkelt” blir det därmed i betydelsen simpelt och ytligt, emedan fullödiga juridiska resonemang är mer nätverksliknande med många avvägande bedömningar – inte bara ett punktuellt konstaterande.

Fördelen med detta sätt att skriva är emellertid, att texterna ofta blir slagfärdiga och klatschiga. De kan därmed stimulera till debatt och vidareutveckling av de teman som framhävs. I positiv mening kan man på detta sätt se sloganskrivaren som en katalysator, vilken genom journalistiskt stimulerande skrivelser ger uppslag till nya diskussioner. Emedan den erfarna juristen så lätt ser igenom förenklingarna och den nyhetsstressade självupptagenheten, har skrivelserna dock ingen större förmåga att slå igenom och påverka rättsbildningen. I vart fall inte genom sin egen (frånvarande) argumentationsstruktur – men kanske indirekt genom att skapa intresse för ämnet.

Typ (18) – Den petimäteraktiga teknikern

Nu vänder vi blicken mot en sträng teoretiker, som analyserar utifrån en viss given begreppsvärld, där ett rejält mått av tekniska termer och problembilder medför, att bara de redan invigda alls hänger med – men de är ofta inte intresserade, eftersom de redan (tycker att de) vet svaren. Den tekniska behärskningen är obestridlig, vilket ger begreppslig stringens och en högt utvecklad juridisk formalism. Men ändå – eller just därför – föreligger en risk, att nya problem och pragmatiska problemlösningar med avvägningar kommer i skymundan. Systemet blir så finslipat, liksom tekniken att manövrera inom det, att alla nytillskott av tankar upplevs som hotande avvikelser och avfall.

Teknikern besitter dock forskaregenskaper som bör uppskattas. Den noggranna analysen, den begreppsliga inordningen i större sammanhang och andra liknande aktiviteter innebär ett gott värn mot att frirättsligt släppa kravet på viss ordning och konsekvens i resonemangen. Men möjligen kommer, hos teknikern, dessa resonemang – och kommunikationen – i andra hand efter begreppen.

Typ (19) – Den petiga felfinnaren

Vi har alla stött på typen i alltför många privata, offentliga och yrkesmässiga sammanhang. Den där figuren som skapar all sin egen positiva glädje, genom att negativt söka felen hos andra. Inom rättsvetenskapen söker han i varje ny dom från HD (eller varje ny artikel – eller bok, om han orkar läsa) en formulering, ett resonemangsled, en detalj, en systematisk helhetsaspekt etcetera som han påvisar – i vart fall påstår – är en felaktighet, ett misstag eller ett förbiseende (varvid utrymmet för felfinnandet kan öka, eftersom området för sökandet ökas från det skrivna till allt som inte skrivits). På så sätt bygger han upp en positiv bild av sig själv, såsom vän av ordning eller som allvetande bedömare av andras insatser. Tyvärr missar han ofta nyare resonemangsomvandlingar, eftersom han måste utgå från redan fasta kategorier; inte sällan bygger felletandet på tämligen tendentiösa tolkningar av domar och andra källor, som bara kan pådyvlas den publik som nöjer sig med dagisjuridik. Dessutom upplevs felfinnaren som en ganska tråkig skribent, som man inte orkar läsa i längden. Man får helt enkelt inte rätt genom att ständigt hävda att alla andra har fel.

Det positiva är förstås den kritiska överprövningen, som inte räds att grundligt granska texter, inklusive domar från högsta instans. Och om

det någon gång verkligen är fråga om ett misstag, så är det förstås angeläget att det kan komma fram. Men troligen skulle felfinnaren nå större genomslag, om den granskande begåvningen antog en mer konstruktiv skepnad. Eller för att tala klarspråk, både övrig doktrin och HD uppfattar en ständigt fåktande felfinnare som en förlorare och gnällspik – inte som en upptäckare och sanningssägare.

Typ (20) – Den retoriska frasmakaren

Snygga texter med lustiga vändningar och ett oratoriskt flöde – med verserade inslag nästan som i ett festtal – levereras av vår retoriker. Han blir dock ofta så nöjd med sina verbala fyndigheter, att han kan råka glömma det slitsamma arbetet med källorna och deras uttömmande behandling. Det finns, med andra ord, risk för ytlighet och förförelse via utanverket. Dessutom faller han alltemellanåt in i redan färdiga eller rentav uttömda former, med ett antikverat språkbruk, som för tankarna till gamla svartvita parodiska långfilmer. Det är nästan så att man vid somliga tillfällen mentalt förbereder sig på, att Thor Modéen eller Åke Söderblom ska bryta ut i en skojfrisk kuplett från en revy eller pilsnerfilm.

Men visst är det trevligare att läsa en text som är författad av en vältalig samt stilistiskt medveten person. Den vikt han lägger vid formuleringarna, och den glädje som däri är investerad, kan ofta vara en välsmakande krydda som ökar både läsbarheten och den positiva upplevelsen av en text. Mementot är därför, att det hela inte får gå överstyr så att det egna nöjet med den tekniska uppbyggnaden och formuleringarnas kraft går på automatik. Men om framställningskonsten eftersinnande sätts i problemlösandets och resonemangsanalyserandets tjänst, kan intresseväckande perspektiv och kulörer ge bidrag till en spännande bild av rätten.

Typ (21) – Den esoteriska mystikern

Om klarhet och tydlighet är framträdande ideal hos många forskare, så har vi här en företrädare för en trotsigt motsatt strävan. Mystikern vägrar att inordna sig i givna källargument eller praktiska problem och lösningar. Istället ges grumliga budskap såsom från oraklet i Delsbo, om att man egentligen – högt uppe i det blå – kan befria sig från problemen. Med gladlynt ironi noteras hur de traditionella företrädarna för rättsområdet fastnat i frågeställningar, rättskällor och metoder, som man själv genomskådat som chimärer. Varför krångla med att försöka ge svar och riktlin-

jer, om man kan ställa sig vid sidan av och inför en likasinnad mindre krets "besvara" rättslivets svåra frågor med att de inte behöver övervägas? Man har ju en egen hemlighetsfull upplevelse, som bara kan delas av de invigda. Att inte bli förstådd är då en överväldigande positiv respons, som styrker tron på den egna originaliteten och genialiteten.

Det är förstås bra att bryta invanda tankemönster och sätt att formulera rättsfrågorna (och frågorna om rättsfrågorna). Däremot bör övervägas hur man bäst kommunicerar sina budskap. Det som mystikern med stolthet upplever som att han inte blir förstådd, upplevs hos andra som att han själv inte förstått; de andra ser inte sina förmenta missförstånd som sådana, utan anser att mystikern missat något. Man når nog de vanliga hårt arbetande odlarna av rättskulturen bättre, om man tar diskursen på allvar – på dess egna villkor (inte genom att strö ut apokryfiska och dunkla sentenser om något där bortom).

Typ (22) – Den poetiska eskapisten

Eskapisten har av sin storebror mystikern (Typ 21) lärt sig, att man bör sky den stora publikens uppskattning – och än mer den önskade förståelsen. Tryggast och skönast blir då att odla en värld för sig själv, där den personliga stilistiken och de egna nyckerna får bli en vallfartsort för de privata fantasierna om omnipotens. Genom att smaka på den egna formuleringskonsten – och njutningsfullt äta frukterna av sin egen skapelseprocess – blir poeten alltmer övertygad om att han tillhör en bättre värld än de andra juristerna. Följdriktigt har man att förvänta en flykt, bort från allt som ens liknar relevanta problem för rättstillämpningen, till källartillhållets dyrkan av efemära franska poeters skönhet i umgänget med sinnesjukdom och andra lockande livsformer.

Onekligen är det ytterst positivt om en rättsvetenskaplig text även kan presenteras i en form, som ger ett visst språkligt (mer)värde. Men varningslamporna bör börja blinka, om författarens poetiska intresse tar över, så att han vill fly från de tunga, komplexa rättsliga frågeställningarna till flytande dikt eller prosa om allt annat än juridik – och helst bara presentera aforismer, diktfragment eller stilistiska övningar som handlar om övningar i stilistik (för att uttrycka det ostiligt).

Typ (23) – Den engagerade (övervintrade) revolutionären

En forskare har ofta en viss revolutionär potential; åtminstone finns gärna en vilja att förändra – vissa rättsliga lösningar, större tankemönster eller rent av hela samhället. Under en period för några decennier sedan mättes samhällsengagemanget i graden av anslutning till mer eller mindre absolutistiska läror, varvid de riktigt ”medvetna” gärna såg sig som befriare och avantgardets fanbärare mot en ny ljus form av lycklig samhällsordning (eller diktatur). Rester av denna engagemangsjuridik kan även idag spåras i ett språkbruk som målar upp författaren som radikal, samhällstillvänd och ”snäll” mot allehanda svaga grupper. Risken är uppenbar, att problemformuleringen blir inaktuell – eller att engagemanget bara blir en påklitrad fasad. Att ständigt ”avslöja” klassargument, könsaspekter och att stryka all samhällsförändring medhårs, leder ofta till en intellektuell urvattnad och förutsebar bekräftelse av den egna politiska ståndpunkten – utan att nödvändigtvis något rättsligt givande (eller ens intressant) framkommer. Man skriver för sina lika övertygade vänner, och känner sig trygg i vetskapen, att man inom den lilla radikala gruppen egentligen har rätt.

Det positiva med engagemang och samhällsanknytning är att texterna tydligare blir situerade i en faktisk problemsituation, där övergripande teman förklarar sammanhangen. Men dagens eller gårdagens radikala frågor har ofta ett bäst-före-datum. Slentrianskrivierier om svaga grupper, gräsrotsröster och underifrånperspektiv – inklusive att framställa sig själv som ”underdog” – blir lätt endast en poserade och självrättfärdigande linje. Förvisso ska man inte begå misstaget, att tro att rättspolitikerna ligger bortom rätten, men denna diskursarena frodas bäst – och har bäst chanser till genomslag – om de direkta politiska implikationerna tonas ned, till förmån för en argumentationsinventering undersökning av rättens politiska och samhälleliga möjligheter.

Typ (24) – Den ensidiga ideologen

Denna figur liknar revolutionären (Typ 23) i sin politiska ambition, men har sällan en helt övergripande vision, utan favoriserar blott en viss ideologi som redan i viss mån råder; ett visst släktskap med tesdrivaren (Typ 15) kan därför förmärkas. Tron på en god – liberal, konservativ, socialdemokratisk etcetera – sida och en ond motsida är tydliga kännetecken. Denna ideologiska variant leder lätt till paranoia och egocentriska

åsiktshävdanden, där marknadsliberala eller sociala värderingar läggs som grund, då författaren hävdar att de rättsliga lösningarna bör sökas inom ramen för hans ideala ideologi.

Fördelen med dessa tydligt ideologiskt drivna författare är därmed, att man får en renodlad bild av hur en viss politisk linje kan ge återverkningar i rättens funktioner. Men polariseringen av god och ond – explicit eller underförstått – ger dock ett alltför förutsägbart och tendentiöst förhållningssätt, för att linjen ska få något större genomslag i praxis. Måhända kan dock resonemangen på sikt påverka hur den framtida diskussionen – och därmed även förarbetena och prejudikaten – kommer att se ut.

Typ (25) – Den vinningssökande vindflöjeln

Akademiska titlar har sin lockelse. Men om man lånar ut sin fina titel till Mammon, förvandlas man omedelbart till en visitkortsprofessor. Att skriva på beställning (inte bara beställda teman, utan just beställda åsikter och slutsatser) är nämligen problematiskt och komprometterande; att göra det mot betalning – dessutom grov betalning – är direkt livsfarligt. Då förvandlar sig forskaren till en handelsman som ensidigt levererar bästa möjliga argument för den betalande kunden, och sen skriver under de önskade åsikterna som om det inte vore fråga om en vanlig advokatinlaga, utan en rättsvetenskapligt avvägd rättsutredning. Han får då gradvis börja strunta i den resonerande väven av alla argument för och emot ... för att enbart fokusera på vad som kommer att se bäst ut för kunden. Kunden har alltid rätt, och vad som i en sådan kundrelation är rätt omvandlas också till juridisk "rätt". (Observera att det anförda inte handlar om kritik mot att det överhuvudtaget skrivs rättsutlåtanden, utan just fokuserar på de köpta åsikterna istället för den seriösa rättsutredningen.) Sådant måste vara förödande för personligheten, om man inte enbart älskar pengar. Risker är också att han som rättsvetenskaplig författare fortsätter den invanda modellen med svartvit argumentation, där inga nyanser finns utan där jaget alltid har alla argument på sin sida, och där han efterhand inte ens bryr sig om en total (eller ens partikulär) argumentationsinventering och ett inordnande av lösningen i en större kontext. Resultatet blir ohämmade åsiktshävdanden och tvärsäkra förkastanden av allt som motparten anför, men om författaren redan är köpt – eller har inövat en tendens att alltid vara ensidig för bara en viss lösning – blir det problematiskt att lita på "analysen" och kritiken (exempelvis mot HD som inte följde den linje han fått betalt för att säga att HD måste följa).

För alla ovan beskrivna forskartyper har det efter den första lätt ironiska beskrivningen tillfogats ett andra stycke, där egenskaperna vänds till sin fördel, så att man kan förstå det underliggande budskapet om att söka en personlig balans för sin forskarroll. Men avseende den nu presenterade typen kan typiskt sett inget positivt sägas. Det är fullständigt katastrofalt för hela den rättsvetenskapliga kåren att sådant får passera. Om en dylik figur dök upp exempelvis i Uppsala, skulle han åka ut med huvudet före. Troligen och förhoppningsvis skulle responsen bli likartad på de flesta fakulteterna i landet.

Typ (26) eller (0) – Den perfekt avvägda idealiska författaren

Och så då till sist, äntligen har vi nått den alltigenom goda forskaren, som bara kan tecknas i ett rosenrött skimmer av beundran. Han har hittat en perfekt balans av olika goda sidor samt har även mirakulöst undvikit att ta intryck av ett enda negativt drag. Men som diktaren säger ...

*"Honom har vi aldrig sett
Vägen eller han gick snett"*

Avslutande ord om olikheternas balans

Om läsaren lyckats tränga igenom det för varje forskartyp inledningsvis anslagna satiriska tonfallet, hoppas jag att man kan börja uppfatta en mer tonskön och inkluderande melodi – nämligen en hymn som besjunger olikheternas lov. Som ett "soundtrack" till denna artikel, har jag hela tiden i mitt inre hört John Lennons "Nowhere Man" från Beatles album "Rubber Soul" (1965). Känner du igen dig?

*"He's a real nowhere man
Sitting in his Nowhere Land
Making all his nowhere plans
for nobody
Doesn't have a point of view
Knows not where he's going to"*

Så långt framstår den omsjungne mannen som en karikatyr, som en världsfrånvärd och inskränkt person att håna för sin meningslösa, solipsistiska

självupptagenhet och brist på reella kontaktytor för genuina möten. Men just där får texten en vänligare vändning, samtidigt som harmoniken löser upp spänningen genom att återföras till grundackordet; och Lennons röst erhåller då också en milt försonande glans, när han vänder sig till lyssnaren och frågar:

"Isn't he a bit like you and me?"

Bara om man kan vända den ironiska blicken inåt, går det att upptäcka något – annars blir man bara en gnällspik. Men lyckas man med den nyktra självakttagelsen, bör en stillsam reflektion över stil- och typdrag kunna ge en alltmer medveten balans av de olika egenskaperna. Balansakten har i vart fall varit huvudtemat för denna betraktelse – inte att fastslå det (enda) goda sättet samt de (i så fall många) dåliga sätten att bedriva rättsvetenskap och att möta den praktiserade rätten. I en pluralistisk tid kanske vi kan bejaka flera olika sidor av rättsvetenskapens möjligheter. Genom att med intresse se och identifiera skiftande typdrag hos doktrinenens företrädare, skapas förutsättningarna för en tillmötesgående dialog och uppskattning av olikheterna – och kanske en balanserad syn på olikheterna och olika balanspunkter för olika situationer, olika texter och olika kontexter. Kort (och balanserat) sagt handlar det om att uppnå balans på ett balanserat sätt.

Eric Bylander

Ej bygga upp men riva neder?

Om doktrinen betydelse för HD-beslut att i
prejudikatfall meddela prövningstillstånd i hovrätt

”Rättsutvecklingen [— —] sker [— —]
genom ett samspel mellan domstols-
praxis och rättsvetenskapen.”

NJA 2011 s. 843

1 Inledning

Om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt föreligger ett prejudikatfall. Krävs prövningstillstånd (pt), för att en överordnad domstol skall pröva ett överklagande dit, innebär ett prejudikatfall en tillräcklig förutsättning för att kunna meddela pt i form av så kallad *prejudikatdispens*. Beslut av en mellaninstans att *inte* meddela pt kan överklagas till högsta instans, däremot inte beslut att meddela pt, oavsett på vilken grund det sker.

I detta bidrag till Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok *Doktrinen i praxis – de lege 2013* behandlar jag beslut av Högsta domstolen (HD) att, med ändring av hovrätts nekande beslut, i prejudikatfall meddela tillstånd till hovrättens prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande.¹ Denna behandling inriktar jag på frågan vilken betydelse doktrinen har för HD-beslut av detta slag. Närmare bestämt söker jag svaret på

¹ Ett utkast till artikeln ventilerades i september 2013 vid mikroseminariet i processrätt vid Juridiska fakulteten på Uppsala universitet. Jag framför ett hjärtligt tack till deltagarna samt till doktoranden Isa Cegrell Karlander och forskningsamanuensen Anton Lundmark för deras värdefulla synpunkter.

två frågor, nämligen om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, 1) *inte anses vara* respektive 2) *anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Om det är uteslutet att bevilja pt på någon annan grund än att det föreligger prejudikatfall innebär det ena läget (1) att pt inte meddelas och det andra (2) att pt meddelas.

Denna studie är avsedd att vara ett bidrag till frågan om doktrinen ställning och värde som rättskälla med inriktning på HD:s inställning till doktrinen i konkreta, jämförbara situationer. Dessa situationer är sådana som kommer till uttryck i beslut, i vilka HD har tillämpat pt-grunden för prejudikatfall i 49 kap. 14 § rättegångsbalken (RB), som lyder: "Prövnings-tillstånd [i hovrätt] skall meddelas om [– – –] 3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt". Denna lydelse fick bestämmelsen genom den omfattande RB-reformen *En modernare rättegång (EMR)*, vilken i huvudsak trädde i kraft den 1 november 2008.²

När HD beslutar om pt till sin egen prövning (enligt 54 kap. 10 § RB) motiveras vanligtvis inte detta beslut, annat än vid avslag, då en standardiserad motivering i nära anslutning till lagtexten numera lämnas. Vad som får HD att bevilja eller neka pt till sin egen prövning är därmed svår-studerat annat än indirekt. Exempelvis skulle man, när det gäller temat doktrinen som rättskälla, kunna studera argumentationen i inlagor till HD och se om doktrinhänvisningar resulterat i pt eller ej. Men, eftersom besluten inte motiveras kan man inte med någon säkerhet säga vad som varit avgörande. HD är ju fri att beakta annat än det som åberopats, må vara att man inte, som hovrätterna, är skyldig att göra det.³

Det mest centrala rekvisitet för att meddela pt på prejudikatgrund – *vikt för ledning av rättstillämpningen* – är dock likalydande i pt-reglerna för hovrätt respektive HD. Att studera den fylligare motivering som vanligtvis lämnas i HD-beslut om pt i hovrätt torde därmed vara det minst indirekta sättet att få inblick i hur HD resonerar i frågor om att meddela pt till sin egen prövning på prejudikatgrund. Här har vi alltså något av ett *hagioskop*, genom vilket vi kan skåda en del av det annars fördolda som

² Till grund för EMR-reformen låg prop. 2004/05:131 (angående pt se främst s. 168 ff. och 257 ff.). Reformen har nyligen utvärderats, se SOU 2012:93 (angående pt se främst s. 191 ff., 295, 301 f. och 304 f. samt bilagorna 5, 7 och 8); se därtill SOU 2013:17, främst s. 589 ff. samt 889 f., 908 f. och 920 ff.

³ Jfr det som anförs vid noterna 12 och 23 nedan.

rättens överstepräster företar sig.⁴ Det är här inte den primära aspekten men den är värd att uppmärksamma.⁵

Framställningen är indelad enligt följande (med respektive avsnittsnummer i efterföljande parentes): I de tre närmast följande avsnitten behandlar jag mer i allmänhet prövningstillståndsregleringen (2), prejudikatfall (3) och doktrinen (4). Avsnitten 3–4 kan med fördel läsas helt översiktligt eller inte alls av den läsare som redan är väl förtrogen med där behandlade teman. Därefter söker jag mer specifikt svaret på frågorna om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, inte anses vara (5) respektive anses vara (6) av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sist kommer en avslutning, där mina slutsatser framförs i överskådlig korthet (7).

2 Prövningstillståndsregleringen

Krav på *prövningstillstånd* (här alltså, som ofta annars, förkortat *pt*) innebär att en högre instans, efter en begränsad inledande prövning, beslutar i frågan om ett överklagande dit därtill skall underkastas en mer omfattande prövning, som leder till ett nytt avgörande i sak. Meddelas inte *pt* (eller meddelas det endast delvis) står det överklagade avgörandet (eller den del därav i vilken *pt* inte meddelas) fast. Beslut *att* meddela *pt* motiveras vanligtvis inte alls. Beslut *att inte* meddela *pt* ges, numera, nästan uteslutande med standardiserade skäl i nära anslutning till lagtextens formuleringar.⁶ Tidigare brukade inte heller sådana beslut motiveras.

Krav på *pt* är ett av flera sätt att finna en balans mellan överklagandemöjlighetens fördelar och nackdelar. Bland andra sätt kan nämnas överklagandeförbud avseende olika kategorier av avgöranden, straff för överklagande mot bättre vetande, avgifter av skiftande slag och krav på

⁴ *Hagioskop* (av grekiska ord för *helig* och *se*) är en konsthistorisk benämning på en muröppning i en medeltida kyrka, genom vilken det var möjligt för den som av olika anledningar inte fick gå in, att skåda in i kyrkorummet. Jfr det Torbjörn Ingvarsson anför i avsnitt 3 av sitt bidrag till denna årsbok, *Att kika in bakom hemlighetens förhänge*.

⁵ Sedan år 2011 bedriver jag som projektledare forskningsprojektet *Prövningstillstånd i hovrätt och kammarrätt – En rättsvetenskaplig studie*, vilket är finansierat av *Ragnar Söderbergs stiftelse*. Denna artikel har tillkommit inom ramen för det projektet. Eventuellt kommer jag att följa upp detta projekt med en studie av HD:s dispensprövning.

⁶ Jfr prop. 2004/05:131 s. 197 f., SOU 2012:93 s. 201 ff. och SOU 2013:17 s. 615 f.

överklagandetillstånd. Alltsedan den så kallade fullföljdslagen (1945:160), som i aktuella delar föregick nu gällande RB, trädde i kraft år 1945 har pt, med få undantag, uppställts som krav för att talan mot avgörande av en hovrätt som överinstans skall prövas av HD.⁷ Såväl undantagen från detta krav som grunderna för att bevilja pt har förändrats över tiden. Krav på pt i andra instans eller mellaninstans – då hovrätterna – infördes först år 1974. Sedan dess har alltfler mål- och ärendetyper kommit att omfattas av krav på pt i ledet mellan första och andra instans.⁸ Även här har undantagen och beviljandegrunderna förändrats över tiden.

Att pt fortfarande ibland kallas *dispens* och att pt i prejudikatfall fortfarande ibland kallas *prejudikatdispens* är ett av många exempel på hur stark vanans och traditionens makt är inom juridikens domäner. Redan år 1915 infördes regler som kan betraktas som föregångare till pt-reglerna i HD. Enligt dessa regler rådde ett förbud att överklaga vissa kategorier av mål från hovrätt till HD. Från detta förbud kunde dock undantag, alltså dispens, beviljas, bland annat så kallad *prejudikatdispens* i fall då ”det för enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning [var] av synnerlig vikt”, att talan prövades av HD. Motsvarande formulering inflöt genom fullföljdslagen i pt-regeln för HD i äldre RB och därifrån till 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. i nya RB.⁹

3 Prejudikatfall

Lokutionen ”om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen” infördes i 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. RB den 1 juli 1971, i samband med att HD gjordes till en mer renodlad prejudikatinstans än tidigare.¹⁰ Den följde med som del av pt-grunden när krav på pt i ledet mellan första och andra

⁷ En redogörelse för HD-fullföljdsrättens historia finns i Domstolskommitténs bet. SOU 1969:41, s. 19 ff. Strängt taget innebar regleringen åren 1945–1948 i stora delar ett generellt förbud mot att överklaga avgöranden av hovrätt som överinstans, så *krav på dispens eller fullföljdstillstånd* är mer adekvat än *krav på pt* för att beskriva det då tillämpade systemet.

⁸ Se vidare min artikel ”Prövningstillstånd hovrätt–kammarrätt ToR – Bidrag till en inomnationell diffusionsstudie över den svenska regleringen av prövningstillstånd i mellaninstans”, s. 17 ff. i *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll*, Santérus Förlag 2011.

⁹ Som en rättshistorisk artefakt återfinns lokutionen ”om det är av vikt [– –] för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning” ännu i 5 § lagen (1998:189) om förhandsbesked i skattefrågor, som en av de alternativa förutsättningarna för att lämna sådant besked.

¹⁰ Se till detta stycke mitt i not 8 ovan a.a.

instans, närmare bestämt mellan tingsrätt och hovrätt, infördes för första gången i svensk rätt genom tillkomsten av lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden, den så kallade *småmålslagen*. Lokutionen vidarefördes oförändrad när småmålslagen upphävdes och inarbetades i RB år 1988 samt när reglerna om pt-grunderna överfördes från 13 § till 14 § i 49 kap. RB år 1994.

I aktuell del förändrades formuleringen av tillståndsgrunden för prejudikatfall inte heller genom EMR. Den praktiska betydelsen av denna grund har dock ökat kraftigt, till följd av det generella krav på pt i bl.a. tvistemål och domstolsärenden, som infördes genom EMR. Dessutom gäller nu för samtliga tillståndsgrunder (dvs. även de för ändringsfall, granskningsfall och extraordinära fall) uttryckligen att pt *skall* (dvs. måste) meddelas om någon av dem föreligger. Tidigare formulering ”pt får meddelas endast om” någon tillståndsgrund föreligger ansågs inte vara lämplig, eftersom den – som det får förstås, felaktigt – kunde ge ”intryck av att regleringen är fakultativ, dvs. att hovrätten får, men inte behöver, meddela tillstånd när en tillståndsgrund är uppfylld”.¹¹ Den formuleringen gällde och gäller alltså regleringen av pt till HD enligt 54 kap. 10 § RB. Redan därmed har det tydliggjorts att det skall vara lättare att få pt i hovrätt än hos HD. Detta följer också av att pt-prövningen i hovrätt alltså inte, som hos HD (enligt 54 kap. 13 § RB), får begränsas till sådana omständigheter som klaganden har åberopat.¹²

Det sagda har bekräftats i HD:s EMR-praxis. I det ledande fallet om prejudikatfall i hovrätt i denna praxis, NJA 2011 s. 843, uttalas bland annat (i p. 9): ”Kraven för prejudikatdispens är lägre i hovrätt än i HD.” Med det i minne är de krav som ställs för att HD på prejudikatgrund skall bevilja tillstånd till sin prövning relevanta även för hovrätternas pt-prövning. Som kommer att framgå ger det som i samband med 1971 års HD-reform uttalades om prejudikatdispens i HD återklang i flera av de nedan studerade fallen om pt i hovrätt. Det är därför värt ett fylligt citat:¹³

Prejudikatdispens bör liksom nu kunna meddelas först och främst då tidigare prejudikat saknas i en viss fråga. Särskilt betydelsefullt är detta, om frågan kan antas ofta komma under domstols prövning. Det kan komma

¹¹ Prop. 2004/05:131 s. 184 och s. 260.

¹² Se a. prop. s. 189 och därtill främst NJA 2011 s. 843, där HD i p. 6 bl.a. uttalar: ”I ett mål där det krävs prövningstillstånd har hovrätten alltså att – oberoende av parternas argumentation – överväga om det finns någon grund för prövningstillstånd.”

¹³ Prop. 1971:45 s. 88

att visa sig att en rad avgöranden av HD behövs för att täcka in ett område som inte tillräckligt ingående regleras genom lagstiftning. Ett annat fall då prejudikatdispens bör kunna meddelas är då hovrättens utslag avviker från lagtolkning eller rättstillämpning, som kommit till uttryck i avgörande av HD. Motsvarande bör gälla om ett sådant utslag avviker från en allmän rättsgrundsats, som tidigare antagits av HD. I sådana fall bör emellertid prejudikatdispens få förekomma endast om det är motiverat av ett allmänt intresse att leda rättsutvecklingen och dispens bör sålunda få medges endast om det behövs för att förstärka tidigare praxis eller eljest klarlägga rättsläget. [– – –] Prejudikatdispens bör vidare kunna meddelas i fall där hovrätts avgörande visserligen är i överensstämmelse med äldre HD-avgöranden, men där HD finner anledning att ändra sin tidigare praxis.

Det material jag studerar närmare nedan består av 80 avgöranden, i vilka HD, med ändring av hovrätts nekande beslut, har meddelat tillstånd till hovrätts prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande. Avgörandena, vilka är träffade under tiden april 2009–maj 2013, har inneburit tillämpning av pt-grunden för prejudikatfall i 49 kap. 14 § RB i dess lydelse efter EMR-reformen.¹⁴ Med början i slutet av mars 2009 har HD under snart fem års tid totalt meddelat över 150 avgöranden angående tillämpningen av reglerna om pt i hovrätt. Det utgör en insats till ledning av rättstillämpningen som torde sakna motstycke.

Den stora mängden HD-fall på så kort tid är ägnad att förvåna.¹⁵ För att HD skall meddela pt till sin egen prövning av ett hovrättsbeslut att neka tillstånd till prövning av ett tingsrättsavgörande krävs det ju att någon pt-grund enligt 54 kap. 10 § RB är uppfylld.¹⁶ Den främsta skillnaden jämfört med hovrätt består i att så kallade ändringsfall inte i sig kan utgöra grund för HD att pröva ett överklagande (jfr 49 kap. 14 § 1 mom. RB). Den centrala pt-grunden är i stället så kallad prejudikatdispens. Att kraven för pt på sådan grund är högre ställda i HD än i hovrätt har berörts ovan.

Vad kan då motivera att HD har tagit upp fall efter fall angående uttolkningen av 49 kap. 14 § RB 3 mom. RB? Den frågan ställer sig nog många och följdriktigt kan man se en viss osäkerhet i det parterna anför

¹⁴ En mer generellt inriktad studie av de ditills meddelade av dessa avgöranden finner man i min artikel "Fyra år med EMR: Prejudikat-pt i hovrätt", elektroniskt publicerad på <http://www.infotorgjuridik.se> den 1 november 2012.

¹⁵ Det i detta avsnitt följande bygger på mitt i föregående not a.a., avsnitt 3.

¹⁶ År 2010 beviljade HD totalt pt till sin prövning i 133 mål, år 2011 i 128 och år 2012 i 152, se *Årsredovisning 2012 Sveriges Domstolar*, s. 34. Närmare en tredjedel av dessa mål har angått pt i hovrätt.

angående prejudikatintresset i överklaganden till HD av beslut om att neka pt. Det är fullt förståeligt, inte minst mot bakgrund av följande uttalanden i rättslitteraturen. I kommentaren till 49 kap. 14 § RB av Fitger m.fl. uttalas:¹⁷

Formellt sett förutsätter [pt i HD angående ett nekat pt i hovrätt] att det finns ett prejudikatintresse som hänför sig till själva tillståndsprövningen i hovrätten. Praktiskt sett kan HD emellertid, för att systemet ska fungera, sägas ge ändringsdispens [avseende sin prövning] i de fall där den finner att hovrätten bort meddela en prejudikatdispens (jfr kommentaren till 54 kap. 10 §).

Uttalandet bygger på Lars Welamsons mer ingående behandling av denna fråga.¹⁸ Johan Munck har därtill tillagt:¹⁹

Numera torde det föreligga en fast praxis inom HD att prövningstillstånd i HD och därefter i hovrätten meddelas när det finns prejudikatskäl i själva saken, och någon väsentlig invändning mot en sådan praxis synes knappast kunna riktas.

Enligt min mening behöver man här inte hänfälla till principlösa, rent praktiska motiveringar. ”Står hovrättens beslut fast har högre rätt undan- dragits möjlighet att belysa denna fråga” är en motivering till att HD skall meddela pt till sin prövning, som gott och väl ryms inom ramen för 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. RB. Det är redan åtskilliga NJA-fall i andra frågor än tillämpningen av pt-reglerna som har kommit till på så sätt och som är av vikt för ledning av rättstillämpningen.²⁰

¹⁷ Fitger m.fl., *Rättegångsbalken* (april 2013, www.nj.se/zeteto), kommentaren till 49 kap. 14 §.

¹⁸ Jfr hänvisningar i a.a., kommentaren till 54 kap. 10 §, till Lars Welamson, *Rättegång VI*, 3. uppl., Fritzes, Stockholm, 1994, bl.a. s. 170, som nu motsvaras av i nästa not a.st.

¹⁹ Se Lars Welamson & Johan Munck, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen – Rättegång VI*, 4. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 152; jfr föregående not.

²⁰ Bland ett flertal exempel kan nämnas NJA 2012 s. 391, som behandlas sist i avsnitt 5 nedan, NJA 2012 s. 1095, som följde på det opublicerade HD-beslutet den 17 september 2010 i mål nr Ö 1245-10, NJA 2013 s. 100, som följde på NJA 2010 N 46 och NJA 2013 s. 265 som följde på det opublicerade HD-beslutet den 26 januari 2011 i mål nr Ö 1220-10. Jfr förslaget att HD skall ha möjlighet att direkt pröva en prejudikatfråga i samband med överklagande av beslut att inte meddela pt i hovrätt, som lagts fram i SOU 2012:93 s. 227 ff. och 301 f.

4 Doktrinen

Med *doktrinen* avser jag här den rättskälla som i de studerade HD-fallen betecknas just så, *den juridiska litteraturen*, *rättslitteraturen* eller *rättsvetenskapen* (inklusive rena hänvisningar till sådant). Jämför bland flera andra uttryck för detsamma franskans *doctrine*, engelskans *academic opinion*/*writing* eller *legal doctrine*, tyskans *Schrifttum*, danskans *retslære*, *teori* eller *litteratur*, nederländskans *rechtsleer* och finskans *oikeuskirjallisuus*.²¹ Det sistnämnda betyder ordagrant *rättslitteratur*. Att doktrinen kan förstås på många andra, delvis mer raffinerade sätt, framgår tydligt av andra bidrag i denna årsbok. För mina syften i detta sammanhang är det dock inte nödvändigt att exempelvis göra skillnad mellan doktrin och annan juridisk litteratur, så länge HD inte gör det i sin här studerade praxis.

Denna studie är, som sagt, avsedd att vara ett konkret HD-inriktat bidrag till frågan om doktrinen ställning och värde som rättskälla. Att doktrinen i och för sig betraktas som något värt att beteckna som just en rättskälla står dock klart redan vid ett ytligt betraktande. Detta förtjänar att påpekas mot bakgrund av den segdragna diskussionen om huruvida doktrinen är en rättskälla.²² Som framgår av det inledande citatet ur NJA 2011 s. 843 och i det följande kan det inte råda någon tvekan om att HD tillmäter rättsvetenskapen betydelse som en i sig beaktansvärd källa med ett innehåll, som inte fullt ut kan hämtas på annat håll. Närmare bestämt framhåller HD i 2011 års fall (i p. 10) att rättsutvecklingen på förmögenhetsrättens område ”i särskilt hög grad” sker genom ett samspel mellan domstolspraxis och rättsvetenskapen. Dock förekommer ett sådant samspel alltså även på andra HD-hanterade rättsområden.

Jämförelsevis kan noteras att det är mycket ovanligt att Högsta förvaltningsdomstolen vid överväganden angående pt i kammarrätt hänvisar till doktrinen. Under namn av *litteraturen* respektive *den juridiska litteraturen* synes det endast ha förekommit i RÅ 1998 not 206 och RÅ 2000 not 162. Dessutom förekommer en litteraturhänvisning i anslutning till konstaterandet av ett oklart rättsläge i RÅ 2003 not 139.

²¹ Allt enligt förekommande översättningar av domar från EU-domstolen, här i målen C-14/07, p. 35, C-456/11, p. 20, och C-129/12, p. 29, vilka är tre av många exempel på fall där ordet *doktrin* har använts i den svenska språkversionen.

²² Jfr, liksom till det närmast följande, bl.a. Marie Sandström, ”Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta”, i *SvJT* 2002, s. 282 ff., s. 288 ff.

5 Doktrинens betydelse för att inte meddela prejudikat-pt

Mot ovanstående bakgrund söker jag i detta avsnitt svaret på frågan om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, *inte* anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Frågan kan också formuleras: Räcker ett klagande doktrinuttalande för att onödiggöra prövning av högre rätt?

Ett säkrare svar på frågan skulle möjligen förutsätta en omfattande studie av HD-beslut att *inte* meddela pt och föregående inlagor (helst avseende fall där tingsrätten endast stött sitt rättsliga resonemang på doktrinuttalanden), men det skulle knappast vara mödan värt.²³ Att svaret på frågan skulle kunna vara *ja* indikeras dock av en skrivning som den följande i det först meddelade av de här studerade fallen, NJA 2009 N 14: "I målet aktualiseras frågor som inte har berörts i lagförarbeten och doktrin." Efter att ha specificerat en av dessa frågor (hur en bestämmelse i utskökningsbalken skall tillämpas i ett par olika avseenden) konstaterar HD, förvisso utan att tydligt utsäga att det är på grund av det anförda, att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att dessa frågor prövas av högre rätt.

En motsatt formulering skulle vara att de aktualiserade frågorna "har berörts i lagförarbeten och doktrin". Beroende på vad en sådan beröring innefattar kan den lämna viss ledning. Handlar den inte om mycket mer än att uppmärksamma frågans förekomst skulle den endast i få fall tillgodose behovet av ledning av rättstillämpningen. Man kan här jämföra med fall där en fråga förvisso har behandlats i någon eller några rättskällor men inte i tillräcklig grad för att fylla behovet av ledning. Exempelvis uttalas i NJA 2011 N 14, p. 2: "I förarbeten, praxis och juridisk litteratur är de frågor som kan uppstå i dödsbon med endast en delägare sparsamt behandlade." Man kan här därtill notera rättskällornas annorlunda ordningsföljd i HD:s liknande beslut den 30 november 2009 i mål nr Ö 3059-09:²⁴ "Frågan [— —] är föga belyst i praxis, den juridiska litteraturen eller i förarbetena [— —]."

²³ Jfr det som anføres vid not 3 ovan.

²⁴ Beslutet är inte publicerat i NJA men ett utdrag är publicerat i SOU 2012:93, Bilaga 8, s. 227 f.

Är frågan tvärtom ordentligt belyst men belysningen faller från alltför många håll kan det också påkalla vägledande domstolsprövning. I NJA 2012 s. 30 noterar HD att den aktuella frågan (om när ett mål som inledningsvis har handlagts enligt ordinära regler kan överföras till handläggning i förenklad form) ”inte varit föremål för HD:s närmare bedömning” men däremot har ”diskuterats i doktrinen”. HD gjorde därvid en ”se bl.a.”-hänvisning till fyra olika processuella verk.²⁵

Det synes inte finnas något tydligt exempel på att doktrinen är den enda rättskälla som erbjuder någon ledning. Att döma av hur HD uttrycker sig måste den ledning av rättstillämpningen som redan finns vara specifikt och tydligt inriktad på den aktualiserade frågan. Annars är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt, vilket inbegriper hovrätten eller både hovrätten och HD. Det föreligger alltså ett prejudikatfall och pt skall beviljas. Med andra ord tillämpar HD pt-grunden för prejudikatfall i hovrätt generöst.

I sitt beslut den 17 september 2010 i mål nr Ö 1771-10 konstaterar HD:²⁶ ”Hur frågan ska bedömas rättsligt framstår inte som alldeles klart. Det är därför av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas *av hovrätten*.” Att uppfylla ett så högt ställt krav på rättslägets klarhet på alla rättsområden framstår förvisso som en omöjlig uppgift, så det lär behövas en prioriteringsprincip. Det finns grund för att anta att HD ställer det krav på rättslägets klarhet, som hovrätterna har att förhålla sig till, något högre på områden som av olika skäl är särskilt betydelsefulla, svår-tillämpade eller ofta aktualiseras i det praktiska rättslivet.²⁷ Här kan man notera att HD, med avsteg från lagtextens formulering ”prövas av högre rätt” skrev ”prövas av hovrätten”.²⁸ Den hovrättsdom som blev resultatet av att HD meddelade tillstånd till hovrättens prövning överklagades till HD men HD meddelade inte pt.²⁹

Det får när det gäller NJA 2009 N 14, som i de flesta andra av de studerade fallen, uppfattas som underförstått att förekommande lagtext i

²⁵ Fitgers samt Nordhs och Lindbloms respektive kommentar till RB, Bomans *Deldom*, 1975, och Lindell, *Civilprocessen*, 2003.

²⁶ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 225; med min kursivering.

²⁷ Se mitt i not 14 ovan a.a. i anslutning till skäl 12 i NJA 2011 s. 843; se även det som anförs i prop. 1971:45 s. 88, vilket citeras vid not 13 ovan.

²⁸ Motsvarande skrivning finner man i ytterligare några få fall, bl.a. NJA 2012 s. 476, p. 5.

²⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 7 oktober 2011 i mål nr T 2466-10, genom vilken tingsrättens dom fastställdes.

sig inte ger tillräcklig ledning.³⁰ NJA 2009 N 65 (om bland annat direktkravs rätt, vilket vi återkommer till under avsnitt 6 nedan) är det enda fall där denna förutsättning tydliggörs, nämligen genom följande passage: ”Såväl direkt tillämplig lagstiftning som ledning i rättspraxis saknas”. Möjligen kan skrivningen i NJA 2011 N 13, där HD konstaterar att en viss fråga (om preskriptionstid) ”inte [har] behandlats av lagstiftaren”, anses innefatta både lagstiftning och lagförarbeten. I likhet med många andra fall nämns i det fallet ingenting om doktrinen. Däremot konstateras att ”[v]ägleddande praxis från HD saknas”.

Jämfört med omnämnande av den ledning lagtexten kan ge är det något vanligare att den ledning som lagens förarbeten kan ge nämns i besluten, exempelvis i HD:s beslut den 7 juni 2011 i mål nr Ö 2179-11 (om underhållsbidrag),³¹ där HD uttalar: ”Frågan har inte getts något tydligt svar i lagmotiven (se prop. 1995/96:208 s. 70 och 97). Den har inte heller behandlats i rättspraxis eller i den juridiska litteraturen.” I många fall är dock även den bristande ledning som lagens förarbeten kan erbjuda underförstådd, så att bristen på annan ledning genast är den som nämns, exempelvis HD:s (opublicerade) beslut den 26 oktober 2012 i mål nr Ö 2189-12, där HD uttalar: ”Frågan [– –] saknar i delar vägledande avgörande och bör därför prövas av högre rätt.” Bland andra, liknande formuleringar kan nämnas avsaknad av ”tillräcklig praxis”, ”klargörande rättspraxis” och ”vägledande praxis”.³²

I NJA 2010 N 46 (om förordnande av bodelningsförrättare i en viss situation) uttalade HD: ”Det saknas vägledande praxis från HD i frågan [– –]. Det är därför av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av högre rätt.” Även om man kan få det intrycket av detta och flera andra HD-avgöranden kan det inte gärna vara så att avsaknad av (vägledande) praxis är liktydig med ett behov av sådan praxis. Lagtexten ensam eller i kombination med förarbetena borde kunna ge tillräcklig vägledning. Åtminstone i samspel med andra rättskällor – exempelvis genom att ge stöd åt en tämligen okomplicerad tolkning av andra rättskällor, som är

³⁰ Jfr å ena sidan formuleringen ”direkt lagtillämpning av mycket enkel beskaffenhet” som HD använder i NJA 2010 s. 448, p. 8, angående klagointresse. Jfr å andra sidan ”ett område som inte tillräckligt ingående regleras genom lagstiftning” i a.prop., a. st.

³¹ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 224. Motsvarande formulering om svar i lagmotiven finner man i NJA 2011 s. 723, p. 7.

³² Se mitt i not 14 ovan a.a. i anslutning till skäl 12 i NJA 2011 s. 843.

svår att ifrågasätta, bör doktrinen kunna bidra till tillräcklig ledning av rättstillämpningen.³³

Om doktrinen *självständig* kan erbjuda tillräcklig ledning av rättstillämpningen är mer oklart. I en mer komplicerad rättslig situation lär den inte kunna göra det. Jämför exempelvis NJA 2011 s. 951 (om bevisbördan för betryggande säkerhet vid försättande i konkurs), där HD kunde göra omfattande hänvisningar till doktrinen men meddelade pt till prövning i hovrätt. I sitt beslut den 8 augusti 2011 i mål nr Ö 4128-10 (om försäljning av en fastighet på exekutiv auktion) jfr-hänvisade HD till publicerade hovrättsfall, en proposition och specificerad doktrin.³⁴ Domstolen konstaterade dock att "[d]et saknas vägledande praxis från HD i denna fråga [– – –]. Av den anledningen får det anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av högre rätt." Här kan andra rättskällor ha påvisat behovet av prejudikat.

En närmare bedömning av vilken ledning doktrinen självständig anses erbjuda kan kräva materiellrättsliga överväganden, som inte är helt ytliga. Ett exempel: I NJA 2010 s. 384 (om utmätning), p. 7, identifierade HD flera "frågor av intresse för prejudikatsbildningen", ett intresse som synes ha varit betingat av avsaknad av "vägledande uttalanden" angående lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Domstolen se- och jfr-hänvisade därvid till lagens förarbeten (i NJA II-form), se-hänvisade till NJA-referatfall och se-hänvisade angående frågan "vad som avses med begreppet [avskiljande] utan dröjsmål" till Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl. 2000, s. 170. När målet återkom till hovrätten, sedan HD hade beviljat tillstånd till prövning där, hänförde sig hovrätten i domskälen till samma ställe hos Håstad och dessutom till vad Walin hade anfört i frågan, enligt följande:³⁵

Håstad har konstaterat att det inte är känt hur många fler dagar som kan tolereras, men i fråga om näringsidkare torde det krävas att de strax läser inkommande betalningsaviser och inom några dagar avskiljer. Walin har angett att hänsyn får tas till vad som är praktiskt och rimligt. Kortare uppskov som beror på sjukdom eller liknande bör man kunna bortse från. På samma sätt är det om sysslomannen har varit bortrest, saknat medhjälpare

³³ Jfr not 30 ovan och NJA 2010 s. 384, som tillsammans med det därav följande NJA 2012 s. 391, behandlas sist i detta avsnitt.

³⁴ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 223, dock med felaktig datering.

³⁵ Citerat efter NJA 2012 s. 391.

och skilt av medlen så snart sysslomannen åter tar hand om kassan. (Se Håstad, a.a., s. 170 och Walin, [Gösta, Separationsrätt, 1975], s. 119.)

Hovrättens beslut överklagades till HD, som tog upp målet till prövning. HD-beslutet är refererat som NJA 2012 s. 391 med, såvitt här är av intresse, rubriken ”Dröjsmål med avskiljande enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel föreligger normalt om avskiljandet sker senare än efter ett par dagar. Detta har ansetts gälla även när det varit fråga om en privatperson som vid ett enstaka tillfälle för familjemedlemmars räkning innehaft medel med redovisningsskyldighet.” Konstaterandet i första meningen följde redan av tidigare HD-avgöranden, som HD också hänförde sig till.³⁶ Något självständigt svar på den frågan behövdes därmed inte. De tidigare HD-avgörandena synes inte heller ha ifrågasatts i doktrinen (jfr avsnitt 6 nedan). Tillämpligheten av bedömningarna i andra fall än angående näringsidkare synes inte alls ha berörts i doktrinen, som därmed inte ens hade potential att onödiggöra prejudikatdispens. I NJA 2012 s. 391, p. 4, uttalade HD för övrigt: ”[a]nledningen till att någon exakt tidsfrist för avskiljande inte infördes i lagen om redovisningsmedel var enligt förarbetena att regeln skulle medge en skälig bedömning efter olika förhållanden.” Det har bäddat för behov av annan ledning för rättstillämpningen än den ledning lagtext och förarbeten kan ge.

6 Doktrinen betydelse för att meddela prejudikat-pt

Här söker jag svaret på frågan om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Av det följande framgår tydligt att svaret på frågan är *ja*.

Sin största betydelse synes doktrinen i här aktuella delar kunna ha i sådana fall då det förvisso finns vägledande praxis men det anses kunna finnas anledning att ändå slå in på en annan väg än den anvisade.³⁷ Exempelvis uttalade HD i sitt beslut den 3 maj 2010 i mål nr Ö 5932-09 (med min kursivering).³⁸

³⁶ I beslutets p. 4: ”jfr NJA 1985 s. 836, NJA 1987 s. 18 och NJA 1987 s. 517”.

³⁷ Jfr det som anförs i prop. 1971:45 s. 88, närmare bestämt det sist citerade vid not 13 ovan.

³⁸ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 227.

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1995 s. 478 funnit att lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt i sina väsentliga delar är analogt tillämplig på bostadsrätt (jfr NJA 2006 s. 678). Majoriteten i 1995 års avgörande ansåg emellertid, huvudsakligen av familjerättsliga skäl, att en motsvarande tillämpning av den s.k. indragningsregeln i 8 kap. 8 § utsökningsbalken inte borde äga rum. Högsta domstolens ställningstagande har, som också Skatteverket anfört i sitt överklagande till hovrätten, *ifrågasatts i den juridiska litteraturen* där man mot bakgrund av värdeutvecklingen på bostadsmarknaden och med hänvisning till pleniavgörandet NJA 2007 s. 455 även vid bostadsrätt har efterlyst ett större hänsynstagande till indragningsregelns processekonomiska funktion. Mot denna bakgrund får det anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att Skatteverkets överklagande av tingsrättens beslut prövas av högre rätt.

Det kan noteras som en brist att HD här inte specificerar hänvisningen till den juridiska litteraturen på annat sätt än genom hänvisningen till överklagandet. För att få veta vem ”man” är som har gjort efterlysningen ifråga räcker det alltså inte att läsa beslutet. Beklagligtvis finns det flera exempel på bristfälligt motiverade beslut bland HD:s avgöranden om pt i hovrätt.³⁹

Det nyss berörda fallet var 15 år gammalt, vilket inte är någon ålder för ett prejudikat. Som försvagning av dess vägledande verkan lär alltså åldern inte ha spelat in, däremot att avgörandet träffades under dissens.⁴⁰ Dock finns ett bäst-före-datum på HD-avgöranden, att döma av det opublicerade HD-beslutet den 8 april 2013 i mål nr Ö 4993-12, vilket på HDs hemsida presenteras enligt följande: ”Skadestånd för olovlig nedtagning av annans växtlighet har behandlats i ett flertal avgöranden från underrätterna där olika beräkningsmetoder använts. Det saknas nyare avgöranden från Högsta domstolen (jfr NJA 1898 s. 190 och NJA 1919 s. 1).” Här har underrätterna antingen missat de äldre avgörandenas existens eller inte upplevt sig som så bundna av dessa att de ens omnämnts; de uppmärksammas i överklagandet till HD. Utrymmet för doktrinen att påverka bör mot denna bakgrund kunna vara större ju äldre befintliga avgöranden på ett område är.

I NJA 2009 N 65, som har behandlats (under avsnitt 5 ovan) angående avsaknad av ”[s]åväl direkt tillämplig lagstiftning som ledning i rättspraxis” uttalade HD med exemplifierande jfr-hänvisning till tre olika

³⁹ Se vidare min artikel ”Tre år med EMR: HD om pt i hovrätt”, elektroniskt publicerad på <http://www.infotorgjuridik.se> den 1 november 2011.

⁴⁰ Jfr förvisso bl.a. Kerstin Calissendorff, Göran Lambertz och Stefan Lindskog, ”Tillägg till Högsta domstolens avgöranden”, i *Svensk Juristtidning* 2012 s. 313 ff., främst s. 317.

författare (en svensk, en dansk och en norsk): "Olika uppfattningar om vad som på ett mer generellt plan är en lämplig och försvarlig ordning i tackningsförhållanden har kommit till uttryck i rättslitteraturen" och konstaterade direkt därefter: "Frågan är därför av prejudikatintresse."

I några fall är det genom doktrinen – till vilken jag hänför även rättsutlåtanden – som det kan konstateras att rättsläget är oklart. Exempelvis uttalas i det redan flera gånger berörda NJA 2011 s. 843 (p. 12): "Rättsläget på området är inte i alla delar klart. [– – –] Att det förhåller sig så framgår inte minst av de rättsutlåtanden som har åberopats i målet." Åtminstone rättsutlåtanden skrivna av rättsvetare som vinnlägger sig om en allsidig belysning kan närmast betraktas som skraddarsydd doktrin, men det förutsätter att de mått som används vid sömnaden är målets, inte ensidigt den ena partens.⁴¹

En något dunkel hänvisning till doktrinen i samband med konstaterande av avsaknad av vägledande praxis finner man i det opublicerade HD-beslutet den 30 augusti 2012 i mål nr Ö 3406-12, i vilket HD, sammansatt av tre justitieråd med Stefan Lindskog som ordförande bl.a. uttalade:

Det saknas vägledande praxis beträffande frågan om den som är försatt i konkurs har rätt att bryta preskriptionen av en fordring som ingår i konkursen till förmån för konkursboet (jfr Stefan Lindskog, Preskription, 3 uppl. 2011, s. 312 f).

När man ser närmare på det ställe i sitsordförandens bok, till vilket HD jfr-hänvisar är det (även för civilrättsspecialister) otydligt vad HD vill ha sagt med hänvisningen.⁴² På de två sidor, till vilka hänvisningen görs, berörs inte den specificerade situationen. Möjligen är just det vitsen: Inte ens där frågan skulle kunna förväntas ha berörts i doktrinen omnämns den – än mindre finns det någon vägledande praxis, som, om den hade funnits, skulle ha anförts just där. Om inte annat kan hänvisningen betraktas som ett medskick till hovrätten: *Lämplig tankeföda, i form av närliggande argumentation, finner ni här*. Genom att inte vara tydligare låter HD bli att på förhand uttala sig om hur HD ser på bedömningen av den rättsfråga domstolen i det aktuella läget endast skall ta ställning till

⁴¹ Motsatsen är *den vinningssökande vindflöjel* som Håkan Andersson i sitt bidrag i denna årsbok, s. 29 f., betecknar *förskartyp* (25).

⁴² Jag tackar ett antal civilrättsinriktade fakultetskolleger – ingen nämnd, ingen glömd – för givande synpunkter på detta.

avseende behovet av ledning av rättstillämpningen. Antagligen kliade det i fingrarna på åtminstone Lindskog själv att få ge sig i kast med bedömningen i sak.⁴³

7 Avslutning

Att döma av det studerade materialet har doktrinen följande betydelse för HD-beslut att, med ändring av hovrätts nekande beslut, i prejudikatfall meddela tillstånd till hovrättens prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande. Doktrinuttalanden tillmäts inte sådan betydelse att det, just på grund av dem, *inte anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sådana uttalanden kan alltså inte fullt ut kompensera för avsaknad av vägledande avgöranden från högre rätt. Däremot tillmäts doktrinuttalanden sådan betydelse att det, just på grund av dem, *kan anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sådana uttalanden kan rentav neutralisera verkan av vägledande avgöranden från högre rätt. Ej bygga upp men riva neder,⁴⁴ är således vad doktrinen förmår med avseende på ledning av rättstillämpningen.

⁴³ Jfr det Torbjörn Ingvarsson anför om HD-ledamöters rättsvetenskapliga ”repliker” i sin artikel i denna årsbok, s. 106.

⁴⁴ Jfr den strof i Johan Olof Wallins psalm som lyder: ”Bygga upp, ej riva neder” (vers 4 i nr 275 i 1819 års, den s.k. wallinska, och vers 2 i nr 519 i 1986 års psalmbok).

Mattias Dahlberg

Om doktrinen som rättskälla i skatterätten

1 Inledning

Detta bidrag behandlar frågan vilken ställning som den rättsvetenskapliga doktrinen har i skatterätten. Den utgör del i Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok, *De lege*, för år 2013. I årsboken diskuteras värdet och betydelsen av doktrinen ur en rad olika perspektiv. Denna framställning är avsedd också för en läsekrets som inte dagligen arbetar med skatterättsliga frågor.

Syftet med denna artikel är att diskutera doktrinen ställning i skatterätten. Jag diskuterar huvudsakligen doktrinen ställning i den dömande verksamheten i två prejudikatinstanser, nämligen EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, samt dess ställning i Skatterättsnämnden.¹

Det finns några grundläggande frågor i anknytning till ämnet som är svåra att besvara. Den första frågan är vad som kan kännetecknas som "doktrin". Redan här skall sägas att det är svårt för att inte säga omöjligt att ge någon heltäckande definition av termen. Den andra frågan är i vilken omfattning det är möjligt att uttala sig om i vilken omfattning som doktrinen utgör en rättskälla i skatterätten, till exempel för domare i förvaltningsdomstolarna. Här bör man skilja mellan två situationer: Å ena sidan situationen när domaren inom ramen för sin rättsutredning läser och tillgodogör sig den skatterättsliga doktrinen, det vill säga "använder" sig av doktrinen. Å andra sidan gäller det situationen när

¹ Ett utkast till artikeln ventilerades i september 2013 vid ett högre seminarium i finansrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Jag vill tacka deltagarna för värdefulla synpunkter.

domstolen i domskälen uttryckligen hänvisar till doktrinen, det vill säga "åberopar" doktrinen. Åberopandesituationen är ju möjlig att identifiera för en utomstående medan användandesituationen är svåridentifierad, men vore väl möjlig att få inblick i genom intervjuer med domare.² Vad gäller praxis från Högsta förvaltningsdomstolen finns dessutom en tredje situation, nämligen den när det i rättsfallsreferatet finns hänvisningar till doktrinen under rubriken Litteratur eller i den föredragningspromemoria i målet som är tillgänglig genom vissa elektroniska databaser.³ Jag återkommer till detta i det följande.

Ämnet är som framgår stort och inom ramarna för artikeln är det endast möjligt att identifiera några viktiga frågor och ge några möjliga svar. Jag anser att ytterligare forskning inom området vore önskvärd.

I artikeln diskuterar jag hur Skatterättsnämnden, Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen åberopar eller hänvisar till doktrin i sina beslut och domar. Vad gäller Skatterättsnämnden har jag dessutom själv kunskap om både "användandet" och "åberopandet" av doktrin eftersom jag är ledamot i nämnden. Det vore självfallet möjligt att också behandla frågan hur andra rättstillämpare förhåller sig till doktrinen, men det skulle föra för långt att göra det här.

Jag berör dessutom frågan om den rättsvetenskapliga forskarens uppgifter. Som kommer att framgå nedan anser jag att det huvudsakligen är de rättsvetenskapliga forskarna som bidrar till vad som kan anses utgöra juridisk doktrin. Det är dessutom förekommande att forskarna används inom olika delar av rättssamhället, till exempel som utredare eller i den dömande verksamheten, vilket jag också berör i det följande. Denna användning av forskarna kan väl sägas vara ett sätt att tillgodogöra sig resultaten av deras forskning.

² Det finns skatterättsliga undersökningar av frågor närliggande ämnet för denna artikel. Jan Kjellgrens avhandling, *Mål och metoder vid tolkning av skattelag*, Iustus förlag, Uppsala, 1997, behandlar bl.a. lagförarbetenas betydelse i rättstillämpningen. I Kjellgrens undersökning finns också problemet att identifiera i vilken omfattning som domstolar använder en rättskälla som lagförarbeten. De kan ju användas utan att uttryckligen åberopas, se t.ex. a.a. (kap. 4) om Regeringsrättens användning av förarbeten. Se även den diskussion om förarbetenas betydelse som fördes under 1980- och 90-talen av Mattsson, Lindencrona, Bergström respektive Melz. Deras artiklar finns återgivna i *De lege för år 1994*, Iustus förlag, Uppsala, s. 189–282.

³ Föredragningspromemorior från Högsta förvaltningsdomstolen är åtminstone tillgängliga genom databasen Infotorg.

Skatterätten är ett omfattande rättsområde. Jag behandlar här inkomstbeskattningen inklusive företagsbeskattningen, och särskilt de delar jag behandlat i min egen forskning, nämligen den internationella skatterätten.⁴

Artikeln har följande disposition. I *avsnitt 2* behandlar jag vissa kännetecken för rättsområdet skatterätt. Vad som kan sägas utgöra skatterättslig doktrin diskuteras i *avsnitt 3*. Hur skatterättslig doktrin används – eller i varje fall åberopas – diskuteras i *avsnitt 4*. Några avslutande kommentarer ges i *avsnitt 5*.

2 Skatterättsliga kännetecken

Redan här bör identifieras några kännetecken för skatterätten som är av betydelse för den följande diskussionen. Skatterätten är ämnesmässigt en del av den offentliga rätten. Legalitetsprincipen är fundamental för rättsområdet. Således gäller ”ingen skatt utan lag” eller med andra ord ”nullum tributum sine lege”. Att ett rättsområde är starkt präglad av legalitetsprincipen har avgörande konsekvenser för den rättsliga argumentationen. Av riksdagen stiftad lag är den grundläggande rättskällan inom området. Andra rättskällor får sättas i relation till lagen. Det skall dock framhållas att Sveriges internationella åtaganden kan ha företräde framför svensk lag. Betydelsen av dessa internationella rättsakter har vuxit kraftigt i betydelse under senare år. Det gäller till exempel fria rörligheter enligt fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), EU-rättsliga direktiv, europakonventionen om de mänskliga fri- och rättigheterna samt skatteavtalen. I praktiken alla lagstiftningsärenden inom skatterättens område har numera beröring med ett eller flera av dessa internationella åtaganden. Innebörden av dessa internationella åtaganden och deras konsekvenser för rent intern skatterätt har också utvecklat sig till ett viktigt område för skatterättslig forskning. Jag vill påstå att det är den skatterättsliga forskningen som varit pådrivande för att dessa internationella åtaganden i ökad grad beaktas i lagstiftningsärenden och i rättstillämpningen. Här har också de juridiska forskningsmiljöerna – de juridiska fakulteterna och institutionerna vid de större svenska universiteten – en avgörande betydelse för att förstå och förklara europeiseringen

⁴ Den internationella skatterätten kan sägas bestå av tre delar: i) intern internationell skatterätt, dvs. hur en stat bestämmer sin beskattningsmakt utåt, ii) skatteavtalsrätt och iii) EU-skatterätt. I denna artikel berör jag inte särskilt de skatterättsliga delområdena för indirekt beskattning, fastighetsbeskattning, miljöskatter eller sociala avgifter.

och internationaliseringen av rätten. Det är i samtal och diskussion mellan forskarkolleger inom olika ämnesdiscipliner som forskningen kan fördjupas och beakta de internationella åtaganden.

Det finns ytterligare faktorer som gör skatterätten särpräglad i förhållande till flera andra rättsområden. För det *första* är ändringstakten hög. Visserligen gäller alltså de grundläggande principerna för 1990 års stora skattereform. Det har dock inom dessa ganska vida ramar genomförts en rad betydande förändringar. Inom företagsbeskattningen kan till exempel nämnas följande. Flera EU-rättsliga direktiv har genomförts, till exempel moder-/dotterbolagsdirektivet och fusionsdirektivet. Kapitalvinstbeskattningen av dotterbolagsaktier ("näringsbetingade andelar") har avskaffats. Möjligheten till gränsöverskridande resultatutjämning inom koncerner har i viss mån möjliggjorts genom praxis från EU-domstolen och sedermera också intern svensk lagstiftning, så kallade koncernavdrag. Fåmansföretagsbeskattningen och dess svåra gränsdragning mellan å ena sidan förvärvsinkomst med progressiv beskattning, å andra sidan kapitalinkomstbeskattning med proportionell beskattning, har ytterligare komplicerats genom både förändrad lagstiftning och ny rättspraxis. Ränteavdragsbegränsningar inom företagssektorn har utvecklats till en tung fråga under senare år.

Individbeskattningen framstår som utsatt för inte lika omfattande förändringar som företagsbeskattningen har genomgått. Här finns det dock omfattande behov av utredning och förmodligen också reformer.⁵

Kapitalinkomstbeskattningen är ett sådant område inte minst när det gäller exempelvis beskattningen av värdepapper och privatbostäder. Dessa regelområden är mycket komplicerade och förorsakar ett stort antal "skattefel", det vill säga att oavsiktligt felaktiga uppgifter lämnas in till Skatteverket. Det sista ordet om fastighetsskattens vara eller icke vara är säkert inte heller sagt. Om lättnader i kapitalvinstbeskattningen av privatbostäder kunde genomföras i samordning med något ökad fastighetsbeskattning ("fastighetsavgift") vore mycket vunnet. Forskning inom samtliga dessa områden är önskvärd, och den måste genomföras med beaktande av Sveriges internationella åtaganden i EU-rätt och skatteavtalsrätt.

⁵ Bland intressanta utredningsområden beträffande individbeskattning kan exempelvis nämnas utformningen och konsekvenserna av jobbskatteavdraget, skattereduktion för hushållsnära tjänster, pensioner, väsentlig anknytning till Sverige efter flytt till utlandet samt sexmånaders- och ettårsreglerna för undvikande av internationell dubbelbeskattning.

För det *andra* är skattelagstiftningen ofta mycket detaljerad. Båda dessa kännetecken har sin bakgrund i lagstiftarens vilja att motverka olika former av skatteundandragande. Det utformas hela tiden nya metoder att minimera beskattningen och för att motverka dessa är det nödvändigt att ändra lagstiftningen. Det är också nödvändigt att lagstiftningen blir detaljerad för att motverka olika former för skatteundandragande.

3 Den skatterättsliga doktrinen

3.1 Innebörden av uttrycket ”doktrin”

Betydelsen av den skatterättsliga doktrinen är en omfattande fråga som inbegriper en rad delfrågor. En första fråga är självfallet vad som i den omfattande skatterättsliga produktionen kan betecknas som ”doktrin”.

En vanlig ordboksdefinition är att doktrin avser rättsvetenskapen och rättslitteraturen.⁶ Enligt Nationalencyklopedin är juridisk doktrin en sammanfattande benämning på den rättsvetenskapliga litteraturen eller de rättslärdes uppfattning.⁷ Det brukar också sägas att värdet av ett uttalande i doktrinen bestäms av tyngden av argumentationen. Till skillnad från doktrinen har exempelvis ett uttalande i en dom av en prejudikatinstans som Högsta förvaltningsdomstolen ett betydande rättskällevärde enbart på den grunden att det är denna domstol som uttalar det. Om uttalandet dessutom är välmotiverat blir det självfallet ännu starkare.

En närliggande fråga är vilket genomslag doktrinen har i den skatterättsliga argumentationen. När dessa frågor diskuteras kan det lätt bli fråga om cirkelresonemang. Man skulle ju kunna hävda att det endast är den skatterättsliga produktionen av artiklar och böcker med stort genomslag som kan betecknas som doktrin. Enligt min mening är det ett alltför förenklat resonemang. Vissa grundkrav bör vara uppfyllda för att ett alster skall anses utgöra doktrin. Artikeln eller boken bör ha författats med rättsvetenskapliga metoder. Det kräver att vetenskapens krav på objektivitet och allsidighet har beaktats. Det ställer också höga krav på redovisning av källor och noggrannhet i framställningen. I dag finns en betydande grad av pluralism vad gäller utformningen av den rättsveten-

⁶ Bergström, Sture, m.fl., Juridikens termer, uppslagsordet ”doktrin”, 9 uppl., Liber AB, Stockholm, 2002.

⁷ Nationalencyklopedin, elektronisk version, uppslagsordet ”doktrin”, hämtad den 18 september 2013. ”Doktrin” kommer ur latinets ”doctrina” som betyder undervisning, lärdom, läroämne och av latinets ”doceo”, med betydelsen lära och undervisa (a.st.).

skapliga metoden. Den klassiska rättsdogmatiska metoden har alltså en stark ställning men den kompletteras av en rad andra metoder, ofta inspirerade av andra vetenskapsinriktningar som filosofi, litteraturvetenskap och statsvetenskap. Enligt min mening är det dock klart att den juridiska argumentationsmodellen i betydande grad är bunden och att olika rättskällor skall tillmätas olika vikt. Rättskällornas varierande vikt är särskilt tydlig inom ett rättsområde som skatterätten, som är starkt bundet av legalitetsprincipen. Denna princip är ju ett demokratiskt och rättsstatligt fundament i regeringsformen. Enligt min mening är det klart att böcker och artiklar som är resultatet av rättsdogmatisk forskning i princip alltid kan sägas vara ”doktrin”.⁸

Är det endast författare med forskarutbildning som bidrar med artiklar och böcker till den rättsvetenskapliga doktrinen? Till övervägande del är mitt svar ja på den frågan, även om det också förekommer att erfarna domare, tjänstemän och rådgivare författar bidrag som kan anses utgöra doktrin. Den kanske mest använda kommentaren till inkomstskattelagen författas av tre erfarna skattejurister. Enligt min mening kan den sägas utgöra doktrin inom området, i varje fall i de delar den är argumenterande och reflekterande i förhållande till rättskällorna.⁹ Det är den rättsvetenskapliga forskarens arbetsuppgift att ge bidrag till doktrinen. Personer i andra juristprofessioner kan också lämna sådana bidrag men det är forskaren som både har som uppgift att göra det och den nödvändiga tiden för detta. Genom sin forskarutbildning har forskaren dessutom en särskild kompetens för att göra rättsvetenskapliga undersökningar. Forskarutbildningen kan väl sägas vara ett slags ”författarskola”.

Allt som författas av forskarutbildade personer är väl dock inte heller att anse som doktrin. Exempelvis debattinlägg och kortare artiklar utan redovisning av källor som visserligen skrivits av akademiskt verkssamma författare bör väl knappast vara att betrakta som doktrin. I dessa fall är det väl ofta så att dessa kortare och ytligare alster kan hänföras till mer omfattande verk av samma författare, som däremot kan anses höra till den juridiska doktrinen. Om de kortare alstren sätts i relation till de större arbetena bör de väl dock lästa tillsammans kunna utgöra doktrin inom området.

⁸ Innebörden av rättsdogmatik diskuteras ingående i Peczenik, Aleksander, Vad är rätt?, Norstedts juridik, Stockholm, 1995, särsk. s. 312–320.

⁹ Andersson, Mari; Saldén Enérus, Anita; Tivéus, Ulf, Inkomstskattelagen. En kommentar, Norstedts juridik, Stockholm (ärligen utkommande).

En överslagsräkning ger vid handen att det för närvarande finns omkring 30 disputerade forskare i skatterätt verksamma vid svenska universitet och högskolor. Av dessa forskare är drygt tio professorer. Det finns också flera i hög grad verksamma adjungerade respektive emeriterade professorer. För närvarande finns det dock inte så många verksamma doktorander i skatterätt. Uppskattningsvis uppgår antalet i hela landet till omkring tio stycken. I domstolar och i näringslivet finns också flera disputerade forskare, som ju dock har andra huvudsakliga arbetsuppgifter än rättsvetenskaplig forskning. Om man blickar tillbaka kan man konstatera att det aldrig tidigare har funnits så många verksamma skatterättsliga forskare i Sverige.

3.2 Om den skatterättsliga litteraturen

Det finns en omfattande produktion av artiklar och böcker inom skatterättens område, särskilt vad gäller inkomstbeskattning och företagsbeskattning, mervärdesskatt och skatteförfarandet. Vad gäller punktskatter och miljöskatter, sociala avgifter samt tull finns det emellertid inte någon särskilt omfattande litteratur.

En doktorsavhandling i skatterätt får nog till sin definition sägas vara en del av den skatterättsliga doktrinen. Den har genomgått en mycket omfattande granskning av handledare, andra forskare, opponent och betygsnämnd innan den har godkänts. Hela denna process avser att tillse att avhandlingen håller en rättsvetenskaplig nivå. De disputerade skatterättsforskarna bidrar också med en relativt omfattande produktion av artiklar, monografier, handböcker, läroböcker och bidrag i antologier och festskrifter.

Läroböcker i skatterätt har en stor betydelse för att sprida forskningsresultat till en större allmänhet. Det finns ett antal läroböcker inom viktiga delområden för skatterätten. De författas av aktivt verksamma forskare i skatterätt och i förenklad form fungerar läroböckerna som medel att sprida forskningsresultat till en bred krets av läsare. Denna krets omfattar inte bara studenter utan också praktiskt verksamma skattejurister. Den höga ändringstakten och detaljerade lagstiftningen kräver dock att läroböckerna uppdateras ofta. Helst bör nog nya upplagor av läroböcker inom skatterättens område ges ut vartannat år.

Om man något går utanför ramen för denna artikel tror jag att de juridiska läroböckerna i allmänhet har en mycket stor betydelse för att sortera det juridiska stoffet och förmedla den juridiska metod som formar ett

enskilt rättsområde. Inom den internationella skatterättens område har till exempel Nils Mattssons lärobok *Svensk internationell beskattningsrätt* haft en stor betydelse.¹⁰ Den mer generella läroboken i skatterätt är *Inkomstskatt* av Lodin, Lindencrona, Melz, Silfverberg och Simon-Almendal. Den föreligger nu i sin fjortonde upplaga.¹¹ Dessa läroböcker bygger i hög grad på rättsvetenskaplig forskning som författarna har bedrivit inom ramen för artiklar och monografier. I så måtto kan man säga att doktrinen indirekt har en stark påverkan på den bild av rättsområdet som juriststudenterna får i sin grundutbildning.¹²

I detta sammanhang skulle jag vilja säga några ord om peer-review av artiklar till de skatterättsliga tidskrifterna. Det finns en generell riktning inom området för samhällsvetenskaplig och humanistisk forskning att artiklar till vetenskapliga tidskrifter men också böcker och andra publikationsformer bör eller skall genomgå kollegial granskning eller "peer review". Det finns en föreställning att en artikel som varit föremål för "peer review" har ett högre meritvärde än artiklar som inte genomgått sådan granskning. Under min tid som redaktör för tidskriften *Skattenytt* (åren 2003–2008) genomförde jag en sådan möjlighet i tidskriften. Ett antal forskarkolleger i Norden ställde upp för att utföra granskningen, som var anonym i förhållandet mellan artikelförfattare och granskare. Den ende som kände till författarens och granskarens identitet var således redaktören. Granskarens uppdrag var att bedöma den vetenskapliga kvaliteten på artikeln, det vill säga om den var av tillräckligt hög kvalitet för att publiceras och vilka eventuella förbättringar som kunde genomföras. Detta kommunicerade jag som redaktör till författaren. Något generellt krav på att samtliga artiklar publicerade i tidskriften skulle ha genomgått granskning i form av peer-review fanns inte. Allmänt kan det nog sägas att det i praktiken endast var yngre, nydisputerade forskare som utnyttjade möjligheten, förmodligen som ett led i den vetenskapliga meriteringen.

¹⁰ Nils Mattssons *Svensk internationell beskattningsrätt* utkom i fjorton upplagor med början år 1971 och fram till år 2004 (Norstedts juridik, Stockholm).

¹¹ Lodin, Sven-Olof; Lindencrona, Gustaf; Melz, Peter; Silfverberg, Christer; Simon-Almendal, Teresa, *Inkomstskatt* – en läro- och handbok, Studentlitteratur, Lund.

¹² Rättsvetenskapliga forskare deltar också aktivt i offentliga utredningar. Ett exempel är Peter Melz (Stockholms universitet) som har deltagit i flertalet av de stora företagsskatteutredningar som genomförts under de senaste åren, se bl.a. SOU 2005:99 *Vissa företags-skattefrågor* och de betänkanden som lämnas av den nu sittande företagsskattekommittén (som SOU 2012:3 *Skatteincitament för riskkapital*).

Om en artikel inte genomgick peer-review granskades den av redaktionen, huvudsakligen av redaktören och den biträdande redaktören. I vissa fall granskades den också av en eller flera ledamöter i redaktionskommittén. I praktiken var denna granskning nog inte särskilt olik den som gäller för peer-review.

Allmänt sett tror jag att det är bra att möjligheten till peer-review finns. Den kan kanske särskilt vara till nytta för den forskare som är verksam vid en mindre institution utan så många ämneskolleger att fråga om synpunkter.

Jag anser dock att granskning inom ramen för en högre seminariekrets är en väl fungerande form för kvalitetsgranskning av artiklar och bokmanuskript med en vetenskaplig ambition. Det högre seminariet i finansrätt vid Juridiska fakulteten i Uppsala omfattar en bred krets av deltagare. Kärnan är självfallet forskarna i ämnet och angränsande ämnen vid fakulteten. Härtill kommer praktiskt verksamma jurister vid domstolar, myndigheter och departement. Vid seminariet diskuteras manuskript av olika slag, och författaren får synpunkter både i stort och smått. Diskussionen är alltid givande för den författare som lägger fram sitt manuskript. Diskussionen bidrar till en allsidig ventilerings av manuskriptet utförd av personer med olika erfarenheter och intressen för området.

4 Doktrinen som rättskälla i vissa domstolar

4.1 Inledning

Det är inte helt enkelt att med säkerhet säga något om vikten av doktrinen som rättskälla i domstolarna. I den följande diskussionen kommer jag att uppehålla mig vid rättstillämpningen i Skatterättsnämnden, Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen. Det skall redan här sägas att det inte varit möjligt för mig att inom ramen för denna artikel genomföra en systematisk undersökning av avgöranden från dessa instanser. Det blir i stället fråga om vissa nedslag i internationellt skatterättsliga delområden, men mot bakgrund av att jag följt rättsutvecklingen över en relativt lång tidsperiod vågar jag ändå påstå att dessa nedslag har viss bäring för inkomstskatterätten som helhet.

Här diskuteras inte särskilt användning och åberopande av doktrin i domar från förvaltningsrätter och kammarrätter. I det stora antalet av målen i underätterna får det väl antas att innehållet i gällande rätt är relativt okomplicerat, varför någon omfattande utredning av doktrinen

inom området inte är nödvändig. Vad gäller prejudikatinstanserna kan det i stället antas att uttolkningen av gällande rätt är svårare och att större rättsutredningar är nödvändiga.

4.2 Skatterättsnämnden

En viktig förstainstans i den skatterättsliga rättsbildningen i Sverige är Skatterättsnämnden. Den meddelar förhandsbesked i skatteärenden. En enskild kan ansöka om förhandsbesked i en fråga som avser sökandens skattskyldighet eller beskattning om det är av vikt för sökanden eller för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning.¹³ Det förhållandet att ärenden prövas till ledning för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning ger nämnden den uttalade uppgiften att pröva ärenden i vilka innehållet i gällande rätt är omtvistat.

Ledamöterna i nämnden förordnas av regeringen. Förhandsbeskeden kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen och något prövnings-tillstånd eller liknande behövs inte. Samtliga ledamöter är skatteexperter med bakgrund i departement, förvaltningsdomstol, skatteförvaltning, intresseorganisationer och universitet. Jag har själv varit ordinarie ledamot i nämndens avdelning för direkt skatt sedan år 2008.¹⁴ Av egen erfarenhet kan jag därför konstatera att den doktrin som är av betydelse i ärendena beaktas, även om den för den skull inte alltid efterföljs. Kansliet vid Skatterättsnämnden gör ett betydande arbete med att ta fram relevant doktrin för de olika ärendena, och ledamöterna förutsätts också ta del av den inför överläggningarna. Sedan många år har det funnits en eller flera ledamöter i nämnden som har sin ordinarie yrkesutövning som forskare och lärare vid universiteten. I någon mån kan det nog bidra till att annars obekant eller svåråtkomlig doktrin kan tas fram inför avgörandena. För övrigt håller jag det för sannolikt att samma uppgift utövas i Högsta för-

¹³ 5 § första stycket lagen (1998:189) om förhandsbesked i skattefrågor. Jfr Eric Bylander i denna årsskrift, s. 36 not 9.

¹⁴ De nuvarande ledamöterna i Skatterättsnämnden med ordinarie anställning vid universiteten är professor Robert Pålsson (Göteborgs universitet) och denne författare. Professor Stefan Olsson (Karlstads universitet) är ersättare i nämnden. Tidigare ledamöter med anställning vid universiteten har varit professor Peter Melz (Stockholms universitet), Eleonor Kristoffersson (då vid Uppsala universitet, numera vid Örebro universitet), Kristina Ståhl (tidigare vid Uppsala universitet) och Christer Silfverberg (tidigare vid Stockholms universitet).

valtningsdomstolen av de justitieråd som har en bakgrund inom universiteten.¹⁵

Även om doktrinen används som en viktig rättskälla vid prövningen av ärendena är det inte så vanligt att någon uttrycklig hänvisning görs, men det förekommer. Ett av de intressantaste förhandsbeskeden från år 2013 är det som behandlar avdrag för valutakursförlust vid avyttring av näringsbetingade andelar.¹⁶ Som utgångspunkt i svensk skatterätt gäller att kapitalvinst vid avyttring av näringsbetingade andelar (som andelar i dotterbolag) är skattefria. I symmetri härmed är kapitalförluster vid avyttring av näringsbetingade andelar inte avdragsgilla. Symmetri i beskattningen kan sägas vara ett generellt mål i svensk skatterätt, även om det finns undantag från detta. I det aktuella fallet berodde kapitalförlusten på en valutakursförlust. Det finns särskilt ett fall från EU-domstolen, nämligen domen i mål C-293/06 *Deutsche Shell*, som ger stöd för att avdrag för valutakursförluster skall medges i vissa gränsöverskridande situationer även om intern rätt inte gör det. Fallet handlar om en bestämmelse i tysk skatterätt i förhållande till etableringsfriheten, som är nära länkad till de fria kapitalrörelserna. Frågan är dock vilken räckvidd detta fall har. Majoriteten i nämnden ansåg att det svenska avdragsförbudet inte medförde något hinder mot de fria rörligheterna. En skiljaktig ledamot ansåg på delvis annan grund än majoriteten att det inte förelåg något hinder, medan ytterligare en skiljaktig mening företräd av två ledamöter ansåg att det verkligen förelåg ett hinder. I förhandsbeskedet finns flera hänvisningar till skatterättslig doktrin. Förhandsbeskedet är överklagat till Högsta förvaltningsdomstolen och det finns goda skäl för att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen om uttolkningen av EU-rätten.¹⁷

¹⁵ Nyligen har en utredning tillsatts för att utvärdera förhandsbeskedsinstitutet i Skatterättsnämnden, dir. 2013:80 Förbättrade möjligheter till förhandsbesked i skattefrågor. Enligt min mening är det viktigt att Skatterättsnämndens självständiga ställning i förhållande till Skatteverket bibehålls och kanske till och med ytterligare förstärks eftersom nämndens kansli i organisatorisk mening hör till Skatteverket, och att förhandsbeskeden även fortsättningsvis kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen. Det är viktigt för rättstillämpningen att förhandsbeskeden också fortsättningsvis i anonymiserat skick kan få offentlig spridning.

¹⁶ Förhandsbesked den 18 mars 2013 i ärende med dnr 119-11/D. Samtliga förhandsbesked finns tillgängliga genom nämndens webbplats, www.skatteavtalsnamnden.se.

¹⁷ En viktig rättskälla i skatteavtalsrätten är OECD:s modellavtal jämte kommentar. De flesta skatteavtal utformas enligt denna modell, ibland med vissa avvikelser. Kommentaren är en viktig rättskälla. På vilken grund den har rättskällvärde är omtvistat. En betydande del av dess värde och legitimitet är den vederhäftiga och allsidiga belysning

Jag återkommer till Skatterättsnämnden och doktrinen i det följande avsnittet om Högsta förvaltningsdomstolen, som ju överprövar förhandsbesked.

4.3 Högsta förvaltningsdomstolen

Det är relativt sällan som det i domskälen från Högsta förvaltningsdomstolen finns uttryckliga hänvisningar till doktrinen. Visst förekommer det och jag kommer att diskutera några sådana fall här. De sparsamma hänvisningarna till doktrinen bör dock inte tas till intäkt för att betydelsen av doktrinen skulle vara liten. Jag tror tvärtom att dess betydelse är stor. Högsta förvaltningsdomstolen är högsta instans i skatteärenden och dess avgöranden har prejudikatvärde. Enligt min mening bör man därför utgå från att det under beredningen av målen beaktas åtminstone all tillgänglig svensk doktrin inom det delområde som behandlas. Det kan tilläggas att numera är två av justitieråden i Högsta förvaltningsdomstolen tidigare professorer i finansrätt.¹⁸ De känner självfallet väl till den skatterättsliga doktrinbildningen i Sverige som de ju själva också bidragit till.

En viktig kanal för tidig publicering av domar från Högsta förvaltningsdomstolen är de elektroniska databaserna. Här publiceras tillsammans med domarna också innehållsförteckningen till föredragningspromemoriorna. Av dessa innehållsförteckningar framgår att väsentlig doktrin ofta beaktas, även om föredragningspromemoriorna av och till har luckor. I de publicerade referatfallen kan det mot slutet av domskälen under rubriken "Litteratur" finnas angivelse av relevant litteratur inom området. Dessa referenser är dock ofta knapphändiga och man ställer sig ibland något förundrad över de referenser som görs.

En av de mest omdebatterade frågorna under senare år har varit skatteavtalens ställning i förhållande till rent intern rätt. Skatteavtalen är folkrättsliga avtal som införlivas i svensk rätt genom särskilda införlivandelagar. När de införlivats med intern rätt kan de tillämpas av enskilda, Skatteverket och domstolarna. Den omdebatterade frågan var om de i

av olika tolkningsproblem som görs i kommentaren. I så måtto påminner den om doktrinen. Det är dock en publikation som ges ut av en internationell organisation med en lång rad tjänstemän som anonyma författare. Den antas av OECD:s råd. Eftersom skillnaderna är så stora i förhållande till artiklar och böcker författade av enskilda personer har jag valt att inte här föra någon särskild diskussion om modellavtalet och dess kommentar och dess genomslag i domstolarna.

¹⁸ De ovan nämnda justitieråden Kristina Ståhl och Christer Silfverberg.

folkrätten förankrade skatteavtalen generellt har företrädre framför rent intern rätt vid en eventuell konkurrenssituation. I RÅ 2008 ref. 24 förklarade Högsta förvaltningsdomstolen att vid en sådan konkurrens skulle vanliga hanteringsregler gälla som att särskild lag går före allmän lag och att senare lag går före tidigare lag. I det aktuella fallet innebar det att den rent interna rätten gick före skatteavtalet. Detta avgörande blev föremål för en omfattande kritik. I ett senare fall, RÅ 2010 ref. 112, återställdes ordningen genom att domstolen uttalade att i normalfallet skulle skatteavtalen gå före rent intern rätt.

I Högsta förvaltningsdomstolens avgörande från år 2008 finns ingen hänvisning alls till den omfattande diskussion som finns om förhållandet mellan intern rätt och skatteavtal. I slutet av referatet finns en hänvisning till rättsfall och litteratur inom det område som domen berör. Den enda hänvisningen avser regeringens proposition till den aktuella interna lagstiftningen. Den uppföljande domen från år 2010 har dock en i det närmaste fullständig hänvisning till den omfattande diskussionen i litteraturen av 2008 års fall. Den omfattande internationella diskussionen berörs dock inte.¹⁹ Att denna internationella litteratur inte har någon hänvisning i vare sig domskäl eller i slutet av referatet utesluter ju dock inte att den beaktades.

Under senare år har det meddelats flera betydelsefulla domar om tillämpningen av avräkningslagen. Enligt denna lag är det möjligt att i Sverige erhålla avräkning för skatt erlagd i utlandet mot svensk skatt. Ett sådant fall är HFD 2012 ref. 23 om beräkningen av spärrbeloppet som anger hur mycket utländsk skatt som maximalt får avräknas i Sverige. I Skatterättsnämndens förhandsbesked åberopas Mattssons tidigare nämnda bok *Svensk internationell beskattningsrätt* (sjunde upplagan, 1984). Högsta förvaltningsdomstolen fastställer förhandsbeskedet men har en egen motivering som avviker från nämndens. Något uttalande från doktrinen åberopas inte. Under rubriken "Litteratur" i slutet av referatet finns inte heller någon hänvisning till doktrin. För nämndens avgörande var uppenbarligen Mattsson uppfattning av betydelse. Vilken betydelse den hade i Högsta förvaltningsdomstolen är det svårt att ha någon uppfattning om, men man borde kunna utgå från att den beaktades.

Ett liknande förhållningssätt till doktrinen finns i HFD 2012 ref. 18

¹⁹ Här är standardverket Vogel, Klaus, et.al., *Vogel on double taxation conventions*, 3 ed., Kluwer, 1997 (och senare utgåvor på tyska språket). Detta verk har omfattande hänvisningar till annan litteratur.

som behandlade tolkningen av artikel 15 om beskattning av enskild tjänst enligt det nordiska skatteavtalet. Förvaltningsrätten i Uppsala hänvisar i sina domskäl till Klaus Vogels ovan nämnda kommentar till skatteavtalen. Varken i kammarrättens eller Högsta förvaltningsdomstolens domskäl finns dock någon hänvisning till Vogel. Han omnämns inte heller under rubriken "Litteratur" i slutet av referatet från Högsta förvaltningsdomstolen. Uttrycklig hänvisning till Vogels kommentar, till och med den tyskspråkiga versionen, finns i RÅ 2009 ref. 91 om innebörden av fast driftställe i det nordiska skatteavtalet. Den åberopas dock inte i domskälen.

Som framgått förekommer det att Högsta förvaltningsdomstolen i referatfallen gör hänvisningar till praxis och litteratur. Dessa hänvisningar kan gälla rättsfall och litteratur som inte har åberopats i domskälen. Det kan diskuteras vilken funktion dessa hänvisningar fyller. Eftersom de inte är fullständiga – den elektroniskt publicerade föredragningspromemorian ger betydligt mer omfattande hänvisningar – tjänar de väl snarast som tips på vidare läsning, knappast mer. Av de ofta fylliga litteraturhänvisningarna i föredragningspromemoriorna framgår dock att domstolens ledamöter har en god bild av relevant doktrin inom området.

Vad gäller kategoriseringen av de rättskällor som Högsta förvaltningsdomstolen i vissa fall anger i slutet av rättsfallsreferaten har jag en slutlig synpunkt. Under rubriken "Litteratur" hänvisas både till lagförarbeten och doktrin. Enligt min mening borde lagförarbeten redovisas särskilt under en egen rubrik eftersom de i egenskap av produkter av lagstiftningsarbetet har ett annat rättskällevärde än den litteratur som brukar betecknas som doktrin.

4.4 EU-domstolen

EU-domstolens tolkning av de fria rörligheterna för varor, tjänster, personer och kapital har fått ett stort genomslag i utformningen av medlemsstaternas skattelagstiftning. Det finns knappast något område inom områdena för indirekt eller direkt beskattning som är opåverkat av denna rättspraxis. När ny skattelagstiftning förbereds beaktas noga hur den föreslagna lagstiftningen förhåller sig till EU-domstolens praxis. I dessa fall uttolkar EU-domstolen innebörden av de fria rörligheterna och i praktiken bedömer domstolen också om nationell skattelagstiftning är förenlig med de fria rörligheterna. Det första fallet från EU-domstolen kom år 1986 i form av domen i mål 270/83 *avoir fiscal*. Härefter har det meddelats ett stort antal domar inom området för direkt beskattning, och det är

uppskattningsvis fråga om 250 domar. Denna rättspraxis har kallats för en "negativ integration" inom skatteområdet. Genom att EU-domstolen förklarar vad som *inte* är förenligt med de grundläggande friheterna uppnås en anpassning eller tillnärmning av medlemsstaternas skattelagstiftning. "Positiv integration" genom rättsakter beslutade av rådet har visat sig mycket svårt att uppnå, inte minst på grund av enhällighetskravet.

I dessa domar från EU-domstolen saknas såvitt jag kan bedöma helt referenser till doktrin. Det kan förekomma referenser till doktrin i generaladvokatens förslag till avgörande men det får sägas vara sällsynt. Jag vill ändå påstå att doktrinen har varit betydelsefull för utformningen av EU-domstolens praxis inom området. I den förnufts doktrin ("rule of reason"-doktrin) som EU-domstolen har utvecklat är ett viktigt led olika former av rättfärdigande grunder (ibland angivna som "berättigande grunder") och den därpå följande proportionalitetsbedömningen. Rättfärdigande grunder anger när en annars hindrande lagstiftningsåtgärd trots allt kan anses vara rättfärdigad. Inom skatteområdet har EU-domstolen utvecklat några rättfärdigande grunder som upprätthållandet av skattesystemets inre sammanhang, motverka skatteflykt och "den rättvisa fördelningen av beskattningsrätten". Utvecklingen av dessa rättfärdigande grunder kräver det slags teoretiska kunskaper som utvecklats i den skatterättsliga doktrinen. Det finns också en omfattande EU-skatterättslig teoretisk diskussion kring innebörden av olika slags rättfärdigande grunder, både de lege lata och de lege ferenda. Jag förmodar att EU-domstolen beaktar denna diskussion även om den inte uttryckligen refereras i domskälen.²⁰ Hur det verkligen förhåller sig är dock svårbedömt.

En annan viktig uppgift har EU-kommissionen som ju bland annat föreslår nya lagstiftningsåtgärder och kan väcka tala mot medlemsstaterna för fördragsbrott, till exempel inom området för direkt beskattning. Den enhet inom kommissionen som handlägger skattefrågor upprättar kontinuerligt promemorior och förslag till lagstiftningsåtgärder. De tjänstemän som utarbetar förslagen deltar aktivt i olika rättsvetenskapliga konferenser, både som föredragshållare, kommentatorer och deltagare. Åtminstone vissa av dessa handläggare är enligt uppgift forskarutbildade.

²⁰ Det är få domare i EU-domstolen som har arbetat med utveckling av skattelagstiftning på nationell nivå. Det skall emellertid understrykas att den tidigare svenske EU-domaren Stig von Bahr, tillika hedersdoktor vid Juridiska fakulteten i Uppsala, har en omfattande skatterättslig erfarenhet från både Finansdepartementet och Högsta förvaltningsdomstolen. En liknande arbetslivserfarenhet har dessutom den nuvarande EU-domaren från Sverige, Carl Gustav Fernlund.

En central uppgift för den skatterättsliga forskningen är att systematisera och tolka EU-domstolens rättspraxis inom rättsområdet. Enligt min mening är det endast med rättsvetenskapliga metoder som det är möjligt att bringa ordning i denna omfattande rättspraxis.²¹

Doktrinen fungerar också som en viktig brygga mellan å ena sidan EU-domstolen, och å andra sidan nationella domstolar och lagstiftare. Det är i den akademiska diskussionen av praxis från EU-domstolen som kunskap förmedlas om den senaste praxisen och hur den skall sättas in i sitt juridiska sammanhang. Det är också i den skatterättsliga doktrinen som EU-domstolen kan få del av konsekvenserna av dess praxis i förhållande till den skatterättsliga teoribildningen. Det är också möjligt för doktrinen att varna för utveckling i viss riktning och stödja utvecklingen i annan riktning, särskilt i ljuset av skatterättsliga mål och principer.

I viss mån förekommer det som sagt hänvisning till doktrin i generaladvokaternas förslag till avgörande.²² Det är dock fråga om begränsade hänvisningar. Oftast förekommer inte några hänvisningar till doktrin i generaladvokatens förslag. Ett typexempel är förslaget till avgörande i de förenade målen C-538/08 och 33/09 *X Holding B. V.* Målet gällde rätten till gränsöverskridande resultatutjämnning inom koncerner. Detta är den mest omdebatterade av alla EU-skatterättsliga frågor, behandlad i hundratals artiklar och böcker. I generaladvokatens förslag till avgörande finns endast hänvisningar till domstolens egen praxis och över huvud taget inte någon hänvisning till litteraturen.

5 Avslutande kommentarer

Avslutningsvis vill jag göra följande kommentarer. Det står klart att den skatterättsliga doktrinen används i stor omfattning i rättspraxis och att den dessutom utövar ett betydande inflytande på utgången i målen. Det är dock relativt sällan det förekommer uttryckliga hänvisningar i domskälen till doktrinen. Föredragningspromemorior och litteraturhänvisningar i Högsta förvaltningsdomstolens referatmål indikerar att doktrinen i stor omfattning beaktas av domstolen. Även i Skatterättsnämnden beaktas i

²¹ I min egen forskning har jag gjort det i *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

²² Se t.ex. generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-376/03 *D.* och i mål C-446/03 *Marks & Spencer.*

stor omfattning doktrinen. Vad gäller EU-domstolen sker sällan hänvisningar till doktrinen även om det förekommer i generaladvokatens förslag till avgörande. Doktrinen genomslag är här mer svårbedömt.

Jag tror dock att den skatterättsliga doktrinen borde uppmärksammas ännu mer och att domstolarna har mycket att hämta ur den. I viss mån vilar bördan på forskarna att bli bättre på att sprida sina forskningsresultat. Ett annat sätt är att i ökad omfattning bjuda in praktiskt verksamma skatterättare till vetenskapliga seminarier och konferenser för att få synpunkter på forskningsresultaten, och kanske också inriktningen på forskningen. I viss omfattning sker det redan, men det kan säkert förbättras ytterligare.

Ett annat sätt för att öka genomslaget för doktrinen är att göra den mer tillgänglig för praktiskt verksamma jurister. Den rättsvetenskapliga framställningen i form av artiklar och böcker kan ibland vara svårtillgänglig, och det kan ofta ligga i sakens natur att den är komplicerad. Lagstiftningen är detaljerad och genomsyras av en rad olika principer och mål som ibland också är motstridiga. Enligt min mening fordrar ämnet att den rättsvetenskapliga framställningen ibland blir svår att ta till sig. Det är inte alltid som praktiskt verksamma jurister har den tid till förfogande som det krävs för att tillgodogöra sig resultaten i ett större rättsvetenskapligt arbete. En metod för att nå ut med resultaten kan vara att i kortare artiklar eller i läroboksform nå ut med de viktigaste slutsatserna.

Mikael Hansson

All arbetsrättslig makt i Sverige utgår från Folke

1 I demokratins tjänst

Av regeringsformens inledande bestämmelser framgår att Sveriges styrelseskick skall vara demokratiskt. Regeringsformen innehåller också bestämmelser om vilka organ som skall utöva den offentliga makten och hur den skall fördelas mellan dessa organ. Det framgår bland annat att det finns domstolar för rättskipningen (1 kap. 8 § regeringsformen), och att domstolarna skall vara självständiga i förhållande till myndigheter och lagstiftare (11 kap. 3 § regeringsformen). Det framgår vidare att förvaltningsmyndigheter skall vara självständiga i frågor som rör myndighetsutövning mot enskilda och i frågor som rör tillämpning av lag (12 kap. 2 § regeringsformen). Ett särskilt kapitel i regeringsformen (13 kap.) ägnas åt kontrollmakten, som skall utöva tillsyn över den offentliga förvaltningen. Ibland talar man, utanför regeringsformen, om press och andra massmedia som ”den tredje statsmakten” (efter riksdag och regering, i någon ordning), och genom tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen säkerställs också deras oavhängighet i förhållande till de myndigheter de, i demokratins intresse, skall granska.

Temat för årsboken kan redan här tyckas illa valt för en arbetsrättare. Mycket av regleringen på arbetsmarknaden finns inte i lag eller annan författning, utan i kollektivavtal träffade mellan ”arbetsmarknadens parter”. Med arbetsmarknadens parter åsyftas vanligen föreningar på arbetstagar- (”fackföreningar”) respektive arbetsgivarsidan, vilka, i egenskap av föreningar, vilar på föreningsfriheten i 2 kap. 1 § 1 st. 5 regeringsformen. De ges en särskild ställning i 2 kap. 14 § regeringsformen, enligt vilket föreningar av arbetstagare och föreningar av arbetsgivare (samt arbetsgivare) har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden om det inte förbjuds

i lag eller avtal (stadgandet är alltså i princip ett normgivningsstadgande, men i ordalydelsen garanteras i och för sig också en självständig rättighet). Annars har arbetsmarknadens parter ingen ställning i grundlagen, trots att i princip hela lönebildningen är överlämnad till dem, tillsammans med mycket annat (därtill kommer att en stor del av den arbetstagar skyddande lagstiftningen kan frångås genom kollektivavtal). För tvister om dessa kollektivavtal och för slitande av andra arbetstvister finns en specialdomstol, Arbetsdomstolen, som bara till en liten del består av juristdomare (det är bara ordföranden och vice ordföranden, det vill säga normalt två av sju i rätten, som måste vara jurister. I vissa mål gäller andra regler för sammansättningen, se 3 kap. lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister).

Universitet (och högskolor) är visserligen förvaltningsmyndigheter, men de har ingen egen roll i regeringsformen. Enligt den så kallade tredje uppgiften (efter forskning och undervisning, i någon ordning, se 1 kap. 2 § 2 st. högskolelagen, (1992:1434) har vetenskapen också en uppgift att upplysa allmänheten, och den (kanske särskilt rättsvetenskapen) kan själv ta på sig en granskande uppgift – men den kommer ändå inte att omnämnas som en ”makt” i regeringsformens mening. Universiteten har ändå en viktig funktion att fylla i en demokrati, inte minst som det är vid dessa som blivande jurister utbildas, varav en del blir domare – varav i sin tur några i Arbetsdomstolen.

2 En kaosal ordning

Ännu sämre verkar temat anpassat för arbetsrätten när det visar sig att Arbetsdomstolen endast undantagsvis hänvisar till rättsvetenskaplig doktrin. Av 36 refererade domar och beslut under året (aktuellt per augusti) finns referenser till rättsvetenskaplig litteratur i fyra (AD 2013 nr 44, AD 2013 nr 43, AD 2013 nr 24 och AD 2013 nr 6).¹ I två av fallen (AD 2013 nr 24 och AD 2013 nr 6) hänvisas till läroböcker, varav i ett fall till arbetsrättsliga sådana,² i de båda andra till kommentarer (varav

* Tack till de arbetsrättare som lämnade synpunkter på texten vid ett seminarium i slutet av augusti (doktoranden Erik Sjödin särskilt för den sista rubriken). Alla kvarvarande tillkortakommanden är författarens egna.

¹ Som en jämförelse: Av 21 T-mål har Högsta domstolen hänvisat till rättsvetenskaplig litteratur i nio (T 162-11, T 281-11, T 3158-12, T 2104-12, T 1030-12, T 881-12, T 2085-12, T 3508-11, T 1470-12 (därtill i ett särskilt yttrande i T 2394-11)), men inte i tolv (eller elva, beroende på hur man räknar T 2394-11).

² Hellner, J, och Radetzki, M, Skadeståndsrätt respektive Källström, K, och Malmberg,

likaledes i ett fall till en arbets(process)rättslig kommentar).³ Man skulle redan här kunna dra slutsatsen att rättsvetenskaplig doktrin inte är relevant för arbetsrättslig praxis.

Doktrin är ett mångtydigt begrepp (det diskuteras i flera andra bidrag i denna årsbok), vilket kan betyda såväl (rättsvetenskaplig) litteratur som auktoritativ lära. I hänvisningen till de arbetsrättsliga läroböckerna (som alltså bara förekommer i en av 35 refererade domar under året) hämtas stöd hos författarna för en tolkning som inte är auktoritativt fastslagen (det vill säga ungefär i betydelsen lära). Läroböcker är i första hand litteratur, men det utesluter inte att litteraturen kommer att utgöra doktrin också i den andra meningen, så att betydelserna i princip sammanfaller.

Denna artikel bygger på och undersöker tanken att det sätt på vilket arbetsrättare tänker – det som är arbetsrätten – springer ur rättsvetenskaplig doktrin, särskilt i form av läroböcker. Om det ligger något i påståendet att ”arbetsrätten är ett bra exempel på ett rättsområde som skapats genom interna sedvänjor och överenskommelser inom en grupp och som sedan inlemmats i rättsordningen”,⁴ så är insatsen att systematisera sedvänjorna och överenskommelserna avgörande för det inlemmandet. Med det inlemmandet blir arbetsrätten en *rättsordning*, det vill säga ett något (alternativet är att inte vara alls, en *rättsoordning* kan inte finnas). Beträktad på detta sätt består arbetsrätten av en samling *kunskaper*, vissa grundläggande förutsättningar och antaganden som arbetsrättare delar och måste ta för *sanna* för att verksamheten skall vara arbetsrätt. Synonymt med kunskaper är *insikter*, och just (särskilda) insikter om förhållandena på arbetsmarknaden motiverar platsen i Arbetsdomstolen för den domare som inte är juristdomare och som inte heller är utsedd på förslag av arbetsgivar- eller arbetstagsidan (3 kap. 2 § 3 st. lagen om rättegången i arbetstvister).

I *ordning* ligger också tanken på identifierbara samband, någonting som leder till någonting, eller en person som utövar inflytande på något sätt och därigenom påverkar rättsutvecklingen. Tidningen Lag & avtal, med ambitioner att vara ett branschorgan för arbetsrätten, utsåg under några

J, Anställningsförhållandet samt Schmidt, F, m.fl., Facklig arbetsrätt.

³ Danelius, H, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis respektive Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen under redaktion av Ronnie Eklund.

⁴ Källström, K, Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning, i Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Iustus förlag, Uppsala 1993 s. 189–201 s.189.

är den mest inflytelserika personen för arbetsrättens del. Man hämtade då vinnaren ur alla möjliga kategorier; 2008 utsågs en akademiker i professor emeritus Tore Sigeman, 2009 Medlingsinstitutets generaldirektör Claes Stråth (en offentlig tjänsteman i demokratin tjänst), och året därpå dåvarande arbetsmarknadsminister Sven-Otto Littorin. Någon domare utsågs inte, men flera placerade sig på tio-i-topp, så det var tydligen inte otänkbart att betrakta även en enskild domare som inflytelserik. Också andra akademiker placerade sig högt, men, vilket också gällde Tore Sigemans topp-placering, inte med motiveringen att de skrivit läroböcker utan att de kommenterat aktuella, ”heta”, frågor.

Utöver de ganska sällsynta hänvisningarna till rättsvetenskaplig litteratur i allmänhet och arbetsrättsliga läroböcker i synnerhet måste sambanden förbli dolda. De får istället spåras i förklaringar eller påståenden – kunskaper – om hur rätten (eller världen) är beskaffad. Dessa får den blivande domaren sig till livs genom just läroboken, också de som så småningom växer upp till domare eller processförare i Arbetsdomstolen, där arbetsrättslig praxis skapas. Spåren leder till Folke Schmidt.

3 Den moderna svenska arbetsrättens fader

Folke Schmidt (1909–1980) disputerade i Uppsala 1938 (på en avhandling om äganderättsförbehåll,⁵ handledd av Östen Undén som själv disputerade 1912 på en arbetsrättslig avhandling, ”Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt”). Folke Schmidt blev sedan professor i civilrätt med internationell privaträtt vid Lunds universitet, vilket han lämnade i början av 1950-talet för en professur vid Stockholms högskola. 1966 tillträdde han en nyinrättad professur i civilrätt, särskilt arbetsrätt, som var administrativt knuten till Stockholm men som omfattade undervisning och handledning också i Lund och Uppsala, vilken han besatt till sin pension 1976.⁶

⁵ Schmidt, F, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, Uppsala 1938. Några månader före disputationen avgav Folke Schmidt som ensamutredare betänkandet SOU 1938:11 Riktlinjer för en lagstiftning om ägareförbehåll och avbetalningsköp, som i väsentliga delar består av ett sammandrag av vissa delar av avhandlingen. Se också Schmidt, F, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp s. 3 (förordet).

⁶ En betydligt mer utförlig biografi över Folke Schmidt ges av Tore Sigeman i Sigeman, T, Folke F Schmidt, Svenskt biografiskt lexikon, Stockholm 2002 Band 31 s. 582–590; Sigeman, T, Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrät-

Folke Schmidts läroböcker "Kollektiv arbetsrätt"⁷ 1950 och Tjänsteavtalet⁸ 1959 räknas som de första heltäckande arbetsrättsliga läroböckerna i Sverige.⁹ De dominerade, i olika upplagor och under olika titlar, under lång tid den akademiska utbildningen av arbetsrättsjurister: "Om böckernas centrala ställning vittnar att de under decennierna efter S:s död har utgivits i bearbetade upplagor av medlemmar i den krets rättsvetenskapsmän som hade samlats kring hans lärostol."¹⁰ Några år innan Folke Schmidt gav ut *Föreläsningar i arbetsrätt I*, 1943, hade en översikt över arbetsrätten av Åke Holmbäck givits ut i Uppsala,¹¹ men den moderna arbetsrättens ursprung förs ändå tillbaka på Folke Schmidts böcker – till exempel genom att de tillskrivs den första *vetenskapliga* behandlingen.¹² Folke Schmidt ger själv uttryck för den juridiska litteraturens uppgift: "En stor del av litteraturen skrivs av professorer och springer fram under deras undervisning. Den riktar sig till studenter. Det är naturligt att i centrum kommer uppgiften att ge orientering i verkligheten."¹³ Han beskriver också vetenskapens uppgift, som inte är väsensskild lärobokens,

ten. Peterson (red.) Juridiska fakulteten 1907–2007. En minnesskrift, Stockholm 2007 s. 513–531.

⁷ Schmidt, F, *Kollektiv arbetsrätt*, Tidens förlag, Stockholm 1950. *Kollektiv arbetsrätt* är en bearbetning av *Föreläsningar i arbetsrätt I*, *Kollektiv arbetsrätt*, Juridiska föreningen i Lund 1946. Efter ett mellanspel under titeln *Arbetsrätt I* gavs den senast ut som *Schmidt, F, m.fl., Facklig arbetsrätt*, Reviderad upplaga 1997 ombesörjd av Ronnie Eklund, Norstedts juridik, Stockholm 1997.

⁸ Schmidt, F, *Tjänsteavtalet*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1959. Den gavs ut under titeln *Arbetsrätt II* före den senaste inkarnationen *Schmidt, F, m.fl., Löntagarrätt*, reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman, Juristförlaget, Stockholm 1994.

⁹ Sigeman, T, *Från reception till ideologikritik. Om den svenska arbetsrättens doktrinhistoria*. Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck, Juristförlaget, Lund 2005 s. 515–532 s. 520 f.; Sigeman, T, Hur en rättslig specialdisciplin etableras s. 521.

¹⁰ Sigeman, T, Folke F Schmidt, *Svenskt biografiskt lexikon* s. 584; Sigeman, T, Hur en rättslig specialdisciplin etableras s. 521 f. Se också Källström, K, Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning s. 190 f.

¹¹ Holmbäck, Å, *Arbetsrätt*. Efter föreläsningar åren 1940–1942 av professor Holmbäck samt med hänsynstagande till utvecklingen till den 1 januari 1943, Juridiska föreningen, Uppsala 1943.

¹² Sigeman, T, *Från reception till ideologikritik* s. 520. Jfr a.a. s. 525, där också Svante Bergströms doktorsavhandling *Kollektivavtalslagen*. Studier över dess huvudprinciper, Uppsala 1948 (2 uppl. 1948) räknas till den tidiga vetenskapliga behandlingen av den kollektiva arbetsrätten.

¹³ Schmidt, F, *Bundna och öppna argument i vetenskapen*, Festskrift till Per Olof Ekelöf, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1972 s. 569–585 s. 569.

men som tycks lägga till ett mer framåtblickande, och därmed konstruktivt, moment. I fokus står praktiken i form av domarens verksamhet: "När en domare skall avgöra en tvist, står han ofta inför ett val mellan flera olika alternativ. Domen utgör resultatet av ett vägande av skäl för och emot. En vetenskaplig framställning bör belysa vilka historiska faktorer som främst betingat domarens val och hur rättsutvecklingen kan komma att gestalta sig i framtiden."¹⁴ Uppgifterna går dock ihop, och juristutbildningens uppgift var enligt Folke Schmidt att utbilda blivande domare (och andra offentliga tjänstemän i demokratins tjänst): "Enligt kontinental tradition har de juridiska fakulteterna främst haft att utbilda domare och andra tjänstemän. I undervisningen lägges därför vikt på hur domaren bör handla."¹⁵

De båda domare som tjänstgjort längst i Arbetsdomstolen, både som ordförande och sammanlagt, Hans Stark och Michaël Koch, har enligt egna uppgifter påverkats, inte uttryckligen i sin dömande verksamhet men i sina val av inriktning som jurister, av Folke Schmidt och hans läroböcker.¹⁶ Hans Stark talade på en minnesstund för Folke Schmidt bland annat om läroböckernas nytta för praktiskt verkssamma jurister.¹⁷ Hans Stark och Michaël Koch är inte ensamma om att ha fått sitt intresse för arbetsrätten från Folke Schmidt.¹⁸ Det var inte heller bara praktiskt verkssamma jurister som uppskattade Folke Schmidt, utan intresset var ömsesidigt. Folke Schmidt ville, såvitt man kan förstå, föra ut sina tankar till en större krets än den akademiska. I början av 1950-talet tog han initiativet till Arbetsrättsliga föreningen, en alltjämt aktiv förening som enligt sina stadgar syftar till att främja intresset för den svenska arbetsrätten och därmed sammanhängande arbetsmarknadsproblem.¹⁹ Förutom att

¹⁴ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 3 (förordet).

¹⁵ Schmidt, F, Bundna och öppna argument i vetenskapen s. 569. Det nära sambandet mellan forskningen och utbildningen är numera lagfäst, 1 kap. 3 § högskolelagen.

¹⁶ Stark, H, i Folke Schmidt 1909–1980, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet s. 6; Lag & Avtal nr 2 2004 s. 21, Intervju med Michaël Koch (av Elisabeth Örnerborg). En sammanställning över Arbetsdomstolens domare, aktuell per augusti 2013, finns på <http://www.sorenoman.se/teman/arbetsratt/domarpersonalen-i-arbetsdomstolen/>.

¹⁷ Stark, H, i Folke Schmidt 1909–1980, s. 4.

¹⁸ Geijer, L, Den arbetsrättsliga forskningen på 1950-talet. Några minnesanteckningar, Arbetsrätten i utveckling, Studier tillägnade Folke Schmidt utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Studentlitteratur, Lund 1977 s. 155 f.

¹⁹ Arbetsrättsliga föreningen har enligt sina stadgar till ändamål (§ 2) "att främja intresset för den svenska arbetsrätten och därmed sammanhängande arbetsmarknadsproblem. I detta syfte skall föreningen anordna föredrag och diskussioner, stödja den arbetsrättsliga

ge jurister från arbetsgivar- respektive arbetstagsidan neutral mark att mötas på skulle (och skall), genom föreningen, teoretiker och praktiker på arbetsrättens område föras samman. Folke Schmidt var föreningens centrala gestalt.²⁰ Vid den tiden fanns *en* professor med arbetsrätt som specialitet (det vill säga Folke Schmidt, som alltså ännu inte var professor i "civilrätt, särskilt arbetsrätt") och *en* ordförande i Arbetsdomstolen (och så skulle det förbli till 1975 då domstolen fick en andra ordförande). Den krets inom vilken utredningen och belysningen av arbetsrättsliga spörsmål skulle ske var alltså tämligen överblickbar (och maktkoncentrationen därmed stor). Det är också inom denna krets som problemen definieras. Intresset av att umgås och att lösa gemensamma problem kvarstår, även om personkretsen utvidgats betydligt under sextio år (även om den nog ännu är ganska överblickbar). Professorerna har blivit fler, och antalet ordföranden i Arbetsdomstolen har blivit fyra (varav en råkar vara före detta professor i civilrätt, särskilt arbetsrätt).

Åtminstone delvis utanför arbetsrätten märks initiativet till den årliga samlingen av engelskspråkiga artiklar, vilka syftar till att vara intressanta för en icke-nordisk publik (Folke Schmidt ville, som sagt, föra ut kunskapen, också utanför Sverige)²¹ *Scandinavian Studies in Law*. Folke Schmidt var överhuvudtaget intresserad av internationella utbyten, bland annat var han president i *International Society for Labour Law and Social Security* och med bland initiativtagarna till en internationell forskargrupp, *the Comparative Labour Law Group*.²² Han verkade också i *Tidskrift för Rettsvitenskaps* nordiska redaktionskommitté, och hans nordiska perspektiv har därvid lyfts fram.²³ Man talar visserligen gärna om "den svenska modellen", men åtminstone i vissa avseenden ligger Sverige efter sina nordiska grannar (i den svenska arbetsrättens tidigaste historia har till exempel "decemberkompromissen" 1906 sin förlaga i det danska "septemberforliget" från 1898). Redan på 1930-talet fanns arbetsrättsliga monografier i såväl Norge (*Arbeidsrett* 1930 av Paal Berg) som Danmark (*Den kollektive arbejdsret* 1939 av Knud Illum). De lär ha varit förebilder

forskningen samt utöva annan verksamhet, som kan bidra till utredning och belysning av arbetsrättsliga spörsmål."

²⁰ Geijer, L, Den arbetsrättsliga forskningen på 1950-talet s. 150 f.

²¹ Inom arbetsrätten kan den engelskspråkiga läroboken *Law and Industrial relations in Sweden*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1977, nämnas.

²² Sigeman, T, Från reception till ideologikritik s. 530.

²³ Braekhus, S, i Folke Schmidt 1909–1980 s. 13; Sigeman, T, Folke F Schmidt, Svenskt biografiskt lexikon s. 585.

för Folke Schmidts läroböcker,²⁴ men annars tar de ganska liten plats. En form av påverkan märks dock i *Kollektiv arbetsrätt*, där Folke Schmidt uttryckligen polemiserar med det sätt att disponera en framställning över arbetsrätten som Paal Berg använder. Paul Berg presenterar den individuella arbetsrätten först, följd av den kollektiva arbetsrätten och sist den offentliga arbetsrätten, enligt schemat individ-grupp-stat.²⁵ Samma kritik, och samma egna slutsats om vilken ordning som är lämplig (den kollektiva arbetsrätten bör enligt Folke Schmidt behandlas före den individuella), ger dock Folke Schmidt redan i *Föreläsningar i arbetsrätt* 1946, men då mot en tysk lärobok i arbetsrätt (av Hueck och Nipperdey, titeln anges inte men hänvisningen torde avse *Lehrbuch des Arbeitsrechts*).²⁶ Något särskilt nordiskt inflytande kan alltså knappast spåras, utom möjligen den nordiska arbetsrättens tyska ursprung.²⁷

Däremot kan grundinställningen i den vetenskapliga verksamheten spåras. Argumentet mot den tyska lärobokens, och alltså tillika Paal Bergs, ordning hänför sig till de verkliga, samtida, förhållandena på arbetsmarknaden, nämligen att innehållet i de individuella anställningsavtalen med tiden kommit att bestämmas av kollektivavtal.²⁸ I *Föreläsningar i arbetsrätt* konstateras att den tyska lärobokens ordning är föråldrad,²⁹ en anmärkning som är borta fyra år senare när argumentet riktar sig mot Paal Bergs framställning. Med den uttryckligt historiska kopplingen borta hänför sig invändningen till systematisk lämplighet. I båda böckerna bidrar Folke Schmidt till sin egen ursprunglighet i den svenska arbetsrätten, genom att definiera arbetsrätten geografiskt och historiskt: "Systematiken av ett rättsstoff är alltid till en viss grad skönsmässig. Särskilt gäller detta på ett område som arbetsrätten, där det i vårt land ännu icke hunnit utbildas någon [fast]³⁰ tradition."³¹

²⁴ Sigeman, T, Från reception till ideologikritik s. 521.

²⁵ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 30.

²⁶ Schmidt, F, Föreläsningar i arbetsrätt s. 22; Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 30.

²⁷ Se härom Sigeman, T, Från reception till ideologikritik s. 521 (ff.). Se också Sundell, J-O, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914, Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning 1987 som behandlar de "förschmidtiska" svenska arbetsrättarna Alfred Ossian Winroth och Östen Undén utförligt, s. 157 ff. resp. s. 271 ff. Se vidare nedan.

²⁸ Schmidt, F, Föreläsningar i arbetsrätt s. 22; Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 30.

²⁹ Schmidt, F, Föreläsningar i arbetsrätt s. 22.

³⁰ Ordet *fast* saknas i *Föreläsningar i arbetsrätt*, tydligen har Folke Schmidt känt sig föranledd att nyansera påståendet – kunskapen – mellan versionerna.

³¹ Schmidt, F, Föreläsningar i arbetsrätt s. 22; Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 30.

4 Den moderna svenska arbetsrätten

Med spridda undantag, mer talrika i *Tjänsteavtalet* än i *Kollektiv arbetsrätt*, framstår arbetsrätten i Folke Schmidts böcker ändå som ganska entydigt *svensk*. Att arbetsrätten är en nationell angelägenhet är i och för sig inte så konstigt, ännu mindre så som Folke Schmidt verkar långt före EU-medlemskap och allmänna internationaliseringstendenser. Kent Källström pekade för tjugo år sedan (det vill säga före Sveriges inträde i EG) på att Arbetsdomstolen i sin tillämpning är obenägen att ta in argument från andra områden,³² ett omdöme som tydligen numera kan fällas i fråga om internationell rätt där Arbetsdomstolen visar en betydande försiktighet med att på eget initiativ återopa eller använda annat än nationellt rättsliga källor.³³ En orsak kan vara just att svenska arbetsrättare i domarposition inte har vuxit upp med (eller på, beroende på vilken metafor man föredrar) internationellt rättsliga framställningar.³⁴ Först på 1990-talet kommer arbetsrättsliga läroböcker med mer eller mindre internationell inriktning. Birgitta Nyströms *EG och arbetsrätten* kommer 1992 (efterföljaren *EU och arbetsrätten* föreligger i en fjärde upplaga 2011),³⁵ Tore Sigemans *Arbetsrätten: en översikt av svensk rätt med europarätt* 1995 (till den fjärde upplagan 2006 försvann "med europarätt" ur titeln, boken föreligger nu i en sjätte upplaga av Tore Sigeman och Erik Sjödin).³⁶ Med internationell inriktning, men utan särskilt fokus på EU kom 2009 Torsten Seths *Svensk internationell arbetsrätt*.³⁷

Om en möjlig nackdel med arbetsrätten som studieobjekt är att Arbetsdomstolen endast undantagsvis hänvisar till doktrin är en fördel att rättsområdet är ganska överblickbart. Just behovet av att kunna överblicka ligger kanske också bakom benägenheten att dela in juridiken i olika områden, men man möter, om man vill, frågan om hur rättsområdet skall definieras (det går uppenbarligen att leva utan en klar definition av ett rättsområde, men själva beteckningen förutsätter en viss grad

³² Källström, K, Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning s. 199.

³³ Herzfeld Olsson, P, Folkkrätten i arbetsrätten, Stern, R och Österdahl, I, (red.) Folkkrätten i svensk rätt s. 204–229 särskilt s. 213 och 228 f.

³⁴ Herzfeld Olsson, P, a.a. s. 229: "Möjligen känner sig domstolen i allmänhet främmande inför den internationella rätten och dess praxis."

³⁵ Nyström, B, EU och arbetsrätten 4 uppl. Norstedts juridik, Stockholm 2011.

³⁶ Sigeman, T, och Sjödin, E, Arbetsrätten. En översikt, 6 uppl. Norstedts juridik, Stockholm 2013.

³⁷ Seth, T, Svensk internationell arbetsrätt, Studentlitteratur, Lund 2009.

av konsensus om vad som rymts därunder).³⁸ Området måste avgränsas och definieras för att kunna beskrivas, och att beskriva är, i konsekvens med Folke Schmidts ideologi, den akademiska verksamhetens mening: ”Den rättsvetenskapliga forskningens uppgifter kan sägas vara (1) att ge en orientering i verkligheten, (2) att utgöra underlag för beslutsfattare vid rättstillämpningen och (3) att ge utgångspunkter för reformer.”³⁹ Också uppgiften att ge utgångspunkter för reformer lägger uppgiften att genomföra reformerna på någon annan, och Folke Schmidt skapar alltså – kunskapsideologiskt – inte någonting själv, annat än systematiken. Det innebär i och för sig inte att Folke Schmidt inte kan förorda en viss förändring, till exempel i domarnas verksamhet. När han ger sig på de allmänna domstolarnas tolkningsverksamhet (se vidare nedan) är dock motivet att den av honom förordade modellen *bättre beskriver* (eller *förklarar*) vad domstolarna faktiskt gör.⁴⁰

Ett funktionellt orienterat sätt att definiera arbetsrätten är utifrån *arbetstagarbegreppet* och alla de regler för vilka ett grundläggande rekvisit är att den ena parten är ”arbetstagare”. En sådan definition anknyter också i förlängningen till arbetsrättens egen specialdomstol, som dömer i *arbetstvister*, det vill säga tvister om kollektivavtal och andra tvister rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare (1 § 1 st. lagen om rättegången i arbetstvister). Med den definitionen skulle antagligen Axel Adlercreutz betraktas som centralfiguren med sitt verk *Arbetstagarbegreppet*, i vilket han utredde och systematiserade snart sagt all tillgänglig kunskap om just arbetstagarbegreppet.⁴¹ Också i Folke Schmidts läroböcker har dock frågan om vem som är att betrakta som arbetstagare en central plats.⁴² Svante Bergström systematiserade för övrigt också, ett antal år före Axel Adlercreutz, arbetstagarbegreppet i *Kollektivavtalslagen* 1948.⁴³ Såväl Svante Bergström som Axel Adlercreutz hänvisar till all tillgänglig

³⁸ Sigeman, T, Hur en rättslig specialdisciplin etableras s. 516.

³⁹ Schmidt, F, Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen s. 569.

⁴⁰ Schmidt, F, Typfall, partsavsikt och partsculpa, SvJT 1959 s. 497–520 s. 504 och 515; Schmidt, F, En culparegel vid avtalstolkning. En replik till Ulf Holmbäck och Hjalmar Karlgren, SvJT 1960 s. 420–429 s. 427.

⁴¹ Adlercreutz, A, Arbetstagarbegreppet, Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt, P.A. Norstedt och söners förlag, Stockholm 1964.

⁴² I de tredje (1958) fjärde (1962) och femte (1966) upplagorna av Kollektiv arbetsrätt svarar Axel Adlercreutz för avsnittet ”Vem är att anse som arbetstagare?”.

⁴³ Bergström, S, Kollektivavtalslagen s. 39 ff.

praxis från Arbetsdomstolen, och ställer utifrån den upp ett antal hanterbara kriterier – det vill säga man systematiserar materialet. Ungefär 60 år senare är grundmaterialet alltjämt detsamma, men systematiseringen har blivit norm, till exempel i det fall från i år där frågan om en viss person varit "arbetstagare" varit föremål för tvist:

För att avgöra denna fråga har domstolen i enlighet med fast praxis att göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, t.ex. om arbetet har utförts under huvudmannens ledning och kontroll, arbetsförhållandets varaktighet, sysselsättningsgraden och ersättningsens form.⁴⁴

För ett ögonblick kan det verka som att grunden för den moderna svenska arbetsrätten skall tillskrivas Svante Bergström, som enligt Axel Adlercreutz, var "den förste som helt bröt med den gamla indelningen av arbetsavtalen och lade grunden för den systematik som sedan accepterats i svensk doktrin."⁴⁵ I den därpå följande meningen förs dock ursprunget tillbaka på Folke Schmidt, eftersom denne redan (i *Föreläsningar i arbetsrätt* 1946) "i realiteten frigjort sig från den gamla systematiken, i det han anknöt arbetsrätten till förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och hävdade, att avgränsningen var en rent praktisk av dogmatiska synpunkter oberoende uppgift, vilken kunde lösas olika på olika områden, såsom också skett." I en not därtill meddelas att Folke Schmidt i *Kollektiv arbetsrätt* 1950 anslutit sig till Svante Bergströms systematik.⁴⁶ *Vem* som egentligen är innovatören är dock egentligen inte avgörande när det handlar om doktrinen i praxis, och inte heller en viss rättsvetares historiska inflytande i arbetsrätten i och för sig. Att det är Folke Schmidt som både traderar kunskapen till nya jurister i läroböcker, och därtill av andra tillskrivs den moderna arbetsrättens ursprung ger dock just honom en särställning.

Ett sätt att definiera arbetsrätten, som är vanligt i just läroböcker, utgörs av den *historiska* beskrivning som i allmänhet ges i något inledande avsnitt. Beskrivningen ger en gemensam berättelse att bekänna sig till. För att vara *arbetsrättare* (i vart fall i doktrinär mening) måste man förhålla sig till ett antal årtal, händelser och andra gemensamma *kunskaper – sanningar*. Det är inte bara rättsområden som definieras så, man kan till exempel säga att en (ganska liten, och det förändras med tiden, men ändå) del av att vara

⁴⁴ AD 2013 nr 32.

⁴⁵ Adlercreutz, A, *Arbetstagarbegreppet* s. 11.

⁴⁶ Adlercreutz, A, a st.

svensk verkar bestå i att känna till en händelse 1632, tillsammans med vilket väder som rådde utanför en viss tysk stad den 6 november det året (den historieskrivning som bildar den gemensamma samlingen kunskap som gör oss till oss är inte alltid utvald på rationella grunder).⁴⁷ Arbetsrätten är ett rättsområde med ungefär hundra år på nacken, lite beroende på hur man räknar, till exempel vilket årtal som får markera år noll. Eftersom rättsområden är doktrinära konstruktioner skulle man kunna utgå från betydelsefulla rättsvetenskapliga insatser, för arbetsrättens del skulle i så fall Folke Schmidts handledare Östen Undén vara tidig med sin avhandling 1912. Ännu tidigare skulle dock Alfred Ossian Winroth vara, som den som representerar genombrottet för den moderna kontraktsrättsliga uppfattningen.⁴⁸

Alfred Ossian Winroth är antagligen annars mest känd för nutiden för sin tvist med Elsa Eschelsson i början av förra seklet,⁴⁹ men också Folke Schmidt hade enligt ögonvittnesskildringar en viss förmåga att råka i konflikter.⁵⁰ Nu kan man invända att det inte har något med ämnet att göra, och att motstående meningar visst kan föras fram och debatteras också i läroböcker. Minst lika effektiv kan dock kunskapsbildningen vara när motstående meningar *inte* refereras. En strid som Folke Schmidt förlorade är den som handlade om huruvida termen *anställningsavtal* eller den av Folke Schmidt förordade termen *tjänsteavtal* (vilket ju också är titeln på hans lärobok om den individuella arbetsrätten) skulle användas.

⁴⁷ Däremot kan man kanske vilja utgå från att det finns en strävan efter rationalitet, se till exempel Schmidt, F, Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976 s. 513-526 s. 523.

⁴⁸ Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 13 (i senare upplagor är dock hänvisningen till Winroth borta). Se också Kumlien, M, Continuity and Contract – Historical Perspectives on the Employees Duty of Obedience in Swedish Labour Law, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2004 särskilt s. 22, 61 ff. och 107; Sigeman, T, Från reception till ideologikritik s. 523.

⁴⁹ Karlgren, H, Elsa Olava Kristina Eschelsson, Svenskt biografiskt lexikon, Band 14 Stockholm 1953 s. 514–518 s. 517. Jfr Sundell, J-O, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 161.

⁵⁰ Axel Adlercreutz tillskriver den egenskapen Folke Schmidts uteblivna politiska karriär. Adlercreutz, A, En jubeldoktor ser tillbaka – 1954–2004, Anförande på Juridiska fakultetens dag den 27 maj 2004, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 13–20 s. 17. Se också Sigeman, T, Från reception till ideologikritik s. 522, med hänvisning till Folke Schmidts ”rykte för självständighet”. Fler konflikter framskymtar, se till exempel om Folke Schmidts relation till Vilhelm Lundstedt Sigeman, T, Hur en rättslig specialdisciplin etableras s. 513 f., jfr Schmidt, F, Från socialism till löntagarmakt s. 525.

Grundskottet mot Folke Schmidts terminologi tycks ha kommit med den arbetsrättsliga lagstiftningen på 1970-talet.⁵¹ Dryga två decennier tidigare invände Folke Schmidt mot Svante Bergströms förslag, det vill säga den numera helt etablerade termen anställningsavtal, att den för tankarna till själva ingåendet av avtalet, medan det dynamiska i rättsförhållandet träder i bakgrunden.⁵² Schmidts term används knappast längre, men väl hans argument – ett sentida tillskott i läroboksfloran tituleras ”Anställningsförhållandet”⁵³ just för att betona att förhållandet mellan parterna förutsätts förändras över tid.⁵⁴ Diskussionen försvinner dock snart ur Folke Schmidts läroböcker, trots att han håller fast vid termen. I tredje upplagan av *Kollektiv arbetsrätt* 1958 är hänvisningen till Svante Bergström borta,⁵⁵ och i *Tjänsteavtalet* 1959 diskuteras inte terminologin särskilt.

5 Till saken – exempel i praxis

Ett inledande nedslag kan göras i en för ögonblicket ”het” fråga; arbetstagarens lojalitetsplikt i anställningsförhållanden. Arbetsdomstolen tar – utan att hänvisa – utgångspunkt i Folke Schmidts beskrivning i *Tjänsteavtalet*.⁵⁶

Som en särskild sida av tjänsteavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt [med hänvisning till motsvarande tyska uttryck och Paal Berg] eller vad jag kallar *kravet på lojalitet* mot arbetsgivaren. Härmed åsyftas en serie skiftande rättsverkningar som har sin grund i tanken att tjänsteavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer utan skapar ett personligt förhållande mellan parterna [med hänvisning till den tyska lärobok som omnämnts ovan]. Det är fråga om förpliktelser som

⁵¹ Geijer, L, Arbetsrättens språk, Fahlbeck, R, Roos, C M (red.), Perspektiv på avtalsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz, Juristförlaget i Lund 1983 s. 139–167 s. 153 ff.

⁵² Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 34 not 6.

⁵³ Källström, K och Malmberg, J, Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten 3 uppl. Iustus förlag, Uppsala 2013.

⁵⁴ Källström, K och Malmberg, J, Anställningsförhållandet, Förordet (3 uppl. s. 5).

⁵⁵ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt, 3 uppl. s. 44 ff.

⁵⁶ Det har uppmärksammats av Selberg, N, och Sjödin, E, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, JT 2012 s. 846–877 s. 854 ff. De gör en omfattande analys av Folke Schmidts avsikter med formuleringen och dess utveckling i Tjänsteavtalets senare inkarnationer. Se också Källström, K, och Malmberg, J, Anställningsförhållandet s. 244 f.

går längre än de som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man söka ange en gemensam synpunkt för de frågor som sammanförs i detta avsnitt, vore denna att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision.⁵⁷

Skrivningen används, mer eller mindre ordagrant från en eller annan upplaga, som utgångspunkt för den rättsliga bedömningen i det enskilda fall som domstolen har för ögonen.⁵⁸ Skrivningen löser självfallet inte det enskilda fallet, men den ger en utgångspunkt för bedömningen. Den särskiljer det arbetsrättsliga anställningsavtalet från "kontraktsförhållanden i allmänhet", eftersom det (till skillnad från kontraktsförhållanden i övrigt, får man förstå), "skapar ett personligt förhållande mellan parterna". En egen arbetsrättslig logik kan då få plats i den rättsliga bedömningen av (vanligen) en uppsägning eller ett avsked på grund av arbetstagarens påstådda kontraktsbrott (i AD 2012 nr 25) – som är ett av de sentida fall som gör frågan "het" – kan den anas i avvägningen mellan arbetstagarens privata intressen, arbetsgivarens intresse av att inte dessa och dennes renommé blandas ihop samt att arbetstagaren inte varit delaktig i den uppmärksamhet i media som också störde arbetsgivaren. Skrivningen placerar dock samtidigt arbetsrätten i den allmänna förmögenhetsrätten.

⁵⁷ Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 241 f. Jfr Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl. Löntagarrätt s. 257 f.: "Som en särskild sida av anställningsavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt eller *kravet på lojalitet*. Lojalitetskravet anses ingå som ett led i anställningsavtalet (se AD 1982 nr 110). Den grundläggande synpunkten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. Gemensamt för de skilda aspekterna på kravet på lojalitet är tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer, utan att det skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Anställningen grundar förpliktelser som går längre än vad som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man söka ange en gemensam synpunkt är det att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision (se AD 1993 nr 118)."

⁵⁸ Se till exempel AD 2004 nr 57, AD 2003 nr 84, AD 2003 nr 21, AD 1997 nr 57, AD 1994 nr 79, AD 1993 nr 18 samt tingsrättens dom i AD 2011 nr 78 och AD 2009 nr 38. I fallen hänvisas regelmässigt till Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl., Löntagarrätt s. 257 f. och AD 1993 nr 18 (där hänvisningen är till 1988 års upplaga av Löntagarrätt s. 194). Se också AD 2002 nr 18, där arbetsgivarens varning formulerats med Folke Schmidts skrivning som förlaga.

Samma operation görs i fråga om anställningsavtalets tillkomst. Folke Schmidt konstaterar:

För att ett tjänsteavtal skall komma till stånd fordras liksom vid avtal i allmänhet ett anbud och en accept. I vardagslivet tänker och handlar man emellertid icke efter detta abstrakta schema. Vid tvist blir det domstolens uppgift att placera in vad som förekommit i avtalslagens kategorier.⁵⁹

Poängen är att tjänsteavtalet (det vi nu alltså kallar anställningsavtal) är ett *avtal*, inte egentligen vad avtalslagen faktiskt innebär (vilket väl egentligen inte är mer än att anbud och accept är bindande var för sig; med ”kategorier” synes Folke Schmidt mena just anbud och accept). Man finner också just sådana härledningar till allmän avtalsrätt i Arbetsdomstolens domar:

För att ett anställningsavtal skall komma till stånd krävs i princip att parterna avger samstämmda viljeförklaringar i frågan. Ett anställningsförhållande kan emellertid uppkomma också genom att arbetsgivaren – även utan att ha för avsikt att få till stånd ett anställningsavtal – uppträder på ett sådant sätt att den arbetssökande med fog får uppfattningen att vederbörande har blivit anställd (jfr AD 1981 nr 131).⁶⁰

Det kan naturligtvis sägas utan att Folke Schmidt förklarat att anställningsavtalet i sig är ett avtal, som styrs av vad som gäller för avtal i allmänhet – det är ju en allmän *kunskap*, en *sanning*. Samma inledande konstaterande görs för övrigt också om den andra centrala arbetsrättsliga avtalstypen, kollektivavtalet:

Ett kollektivavtal grundas liksom varje annat avtal på ett anbud och en accept.⁶¹

⁵⁹ Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 90. Jfr Sigeman, T, i Schmidt, F, Löntagarrätt där förklaringen ges redan på första sidan (s. 11): ”Liksom andra avtal grundas anställningsförhållandet på samstämmda viljeförklaringar. Parterna behöver inte nödvändigtvis följa avtalslagens schema med anbud och accept eller gemensamt skriva under ett dokument. Avtalet kan också grundas på faktiskt handlande i vilket man inläser parternas vilja [med not till t.ex. AD 1988 nr 38 och AD 1992 nr 47].” Jfr Källström, K, i Schmidt, F, Löntagarrätt s. 161, som också hänvisar till ”vanliga avtalsrättsliga regler” men som åberopar annan praxis (utom AD 1988 nr 32, som dock redovisas med ett ”jfr”. Fallet rörde ingående av anställningsavtal genom förfogande över annans arbetskraft på visst sätt).

⁶⁰ AD 1999 nr 3.

⁶¹ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 89. Jfr Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl., Facklig arbets-

Den så kallade anbud-acceptmodellen tycks därmed vara om inte mer sann, så mer generell för kollektivavtalet än i den allmänna avtalsrätten.⁶² Av att kollektivavtalet är ett avtal följer att lösningarna måste legitimeras inom ramen för vad den allmänna avtalsrätten kan tillåta. I fråga om såväl lojalitetsplikt i anställningsavtalet som i fråga om ingående av avtal genom anbud och accept är Folke Schmidt uttrycklig i sina formuleringar. Detsamma gäller inledningsvis om tolkning av avtalets innehåll, utgångspunkten är densamma som för dess ingående. Kollektivavtalet knyts till den allmänna avtalsrätten:

Avgörande för tolkningen av avtalet är naturligen främst vad som varit parternas avsikt.⁶³

Tekniken att särskilja arbetsrätten från den allmänna förmögenhetsrätten används också effektivt när argumenten mejslas fram i en debatt, men utan att meningsskiljaktigheten berörs. På så vis kan Folke Schmidt skapa (åtminstone intrycket av) en kunskap som blir särskild för arbetsrätten (jfr ovan om den terminologiska debatten om uttrycket tjänste- eller anställningsavtal). Som exempel kan frågan om en *culpapregel* för kollektivavtalstolkning tjäna. I debatten uppfattas frågan som materiell även om man, till exempel för att hålla ihop den ordning man beskriver, kan vilja reducera också den till en terminologisk fråga.⁶⁴ Folke Schmidt utvecklar sin syn på Arbetsdomstolens verksamhet i fråga om tolkning av kollektivavtal:

I betydande utsträckning har tolkningsreglerna karaktären av normer för parternas insatser vid avtalets uppbyggande. Denna synpunkt, att *tolkningsreglerna är förhandlingsregler*, kan också anläggas på de bevisregler som kom-

rätt s. 182: "Ett kollektivavtal grundas liksom avtal i allmänhet på ett anbud och en accept."

⁶² Se till exempel Adlercreutz, A, och Gorton, L, Avtalsrätt I, 13 uppl. Juristförlaget, Lund 2011 s. 53 och Grönfors, K, Avtalsgrundande rättsfakta, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1993 s. 17 ff. Jfr Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning, Iustus förlag, Uppsala 2008 s. 430 ff.

⁶³ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 101. Se också Kollektiv arbetsrätt 3 uppl. s. 121: "Vid tolkning av kollektivavtal är den ledande principen – liksom vid avtal i allmänhet – att *vad parterna gemensamt åsyftat skall bestämma avtalets innehåll*." Jfr Eklund, R, i Schmidt, F m.fl., Facklig arbetsrätt s. 187 med identisk formulering (inklusive kursivering) från Kollektiv arbetsrätt 3 uppl.

⁶⁴ Se Lehrberg, B, Avtalstolkning, 5 uppl. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2009 s. 189 ff.

mer till användning, då domstol prövar parts påstående att det föreläggat en gemensam partsavsikt. Synpunkten äger för övrigt tillämpning även på åtskilliga fall, då domstolen kläder sin tolkningsverksamhet i förutsättningslärans dräkt. Många gånger blir frågeställningen, vem som bär den huvudsakliga skulden till att missförstånd uppkommit.⁶⁵

Debatten stod mellan Folke Schmidt på ena sidan och ett antal rättsvetare med Hjalmar Karlgren i spetsen på den andra.⁶⁶ I mycket korta drag gick den ut på att Folke Schmidt beskrev hur Arbetsdomstolen hanterade tvister om tolkning av kollektivavtal, och föreslog att allmänna domstolar skulle anamma samma teknik. Han utgick från att avtalet skall bestå, trots att gemensam partsavsikt i den omtvistade frågan inte kan visas. Han förde därmed in ett moment av arbetsrättslig logik i diskussionen (en kunskap som parterna delar med Arbetsdomstolen), som bygger på att ett gällande kollektivavtal är avgörande för att *fredsplikt* skall råda. Den rättsvetenskapliga debatten bedrevs dock i den allmänna avtalsrätten, där något avtal i den del gemensam partsavsikt saknas

⁶⁵ Schmidt F, Kollektiv arbetsrätt, 3 uppl. s. 123 f. Tanken i avsnittet "Allmänna principer för tolkning av kollektivavtal" har blivit mer explicit jämfört med första upplagan. Jfr Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt, 1 uppl. s. 102 f.: "En serie tolkningsregler har avseende på hur en part bör uppträda vid förhandlingar." Vidare (s. 102 f.): "Har part brustit i akt-samhet när det gäller att klargöra sin ståndpunkt eller att undanröja ett missförstånd, kan han få finna sig i att överenskommelsen tillägges den innebörd motparten inlagt i densamma" och (s. 103): "Har en serie förslag och motförslag växlats så att man ej kan säga vem som formulerat bestämmelsen, gäller det att med ledning av olika omständigheter avgöra vilken av parterna som huvudsakligen bär skulden till att missförstånd uppkommit." Motsvarande ställen i 3 uppl. lyder (s. 124): "De av AD utformade tolkningsreglerna bygger på värderingen, att part vid avtalsförhandlingar icke kan nöja sig med att vara passiv utan att part i stället har skyldighet att lägga sig vinn om att för andra parten klargöra vad han åsyftar" respektive (s. 125): "Har en serie förslag och motförslag växlats så att man ej kan säga vem som formulerat bestämmelsen, får frågan, vilken av parterna som huvudsakligen bär skulden till att missförstånd uppkommit, avgöras med ledning av olika omständigheter". Jfr Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl., Facklig arbetsrätt s. 189: "I betydande utsträckning har tolkningsreglerna karaktären av normer för parternas insatser vid avtalet uppbyggande. På detta sätt blir tolkningsreglerna ett slags förhandlingsregler. Många gånger blir frågeställningen, vem som bär den huvudsakliga skulden till att missförstånd uppkommit." Se också s. 190 och 191. I vissa avseenden synes uttrycket för en culporegel vid avtalstolkning ha blivit starkare i den senaste upplagan (s. 190): "Part som vill frånga ordalydelsen torde ha att visa att hans uppfattning om avtalets innebörd bort stå klar för motparten".

⁶⁶ Debatten har refererats i Hansson, M, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse, Iustus förlag, Uppsala 2010 s. 219 ff.

överhuvudtaget inte anses ha kommit till stånd, med mindre parterna är överens om det (då kan man, till skillnad från i kollektivavtalsrätten, använda den retoriska figuren att ”fylla ut” avtalet). För att avtal skall ha kommit till stånd krävs enligt allmänna avtalsrättsliga principer insikt, *dolus*. Det modifieras delvis av att det är det för motparten uppfattbara uttrycket som blir avgörande, och man kan förvisso hänföra ett mått av *culpa* – oaktsamhet, eller skuld – till vilket intryck som är *befogat*, men i allmänna avtalsrättsliga framställningar framstår dock culparegeln som ett undantag,⁶⁷ möjligen med något undantag till undantaget.⁶⁸ I Folke Schmidts läroböcker finns dock skrivningarna kvar utan hänvisning till debatten, vilket leder till att beskrivningarna presenteras som *kunskaper*, (arbetsrättsliga) *sanningar*.

Tanken på att domstolens tolkningsverksamhet inte bara skall utföras med sikte på att slita tvisten i det enskilda fallet utan också, och kanske framförallt (Arbetsdomstolen är ändå en prejudikatinstans), utbilda regler för hur parterna skall bete sig vid förhandlingar öppnar för en culpaorienterad tolkning. Den som i en förhandling inte betar sig enligt de mönster domstolen lagt fast, får finna sig i en tolkning till egen nackdel om resultatet av agerandet kommer under domstolens bedömande. Tanken på att skulden till oklarheten eller missförståndet parterna emellan skall vara avgörande för tolkningen kan spåras i Arbetsdomstolens sätt att hantera tolkningen.⁶⁹ I den allmänna förmögenhetsrätten ges skulden annars rättslig relevans snarast i beräkningen av vilken ersättning som skall utgå för ett kontraktsbrott, och där kan den förstås placeras också i arbetsrätten. Till exempel kan skadeståndet sättas ner om avtalet har tillämpats på ett visst sätt, som i efterhand konstaterats felaktigt av Arbetsdomstolen, utan att arbetstagarorganisationer eller arbetstagare invänt mot tillämpningen (se till exempel AD 2013 nr 56). Också beträffande andra rättshandlingar ger Arbetsdomstolens praxis uttryck för culparegler, till exempel beträffade arbetstagares möjlighet att återta en uppsägning (se till exempel AD 2012 nr 30 med hänvisningar).

Folke Schmidts syn på (kollektivavtals)tolkning stannar inte i hans

⁶⁷ Adlercreutz, A, och Gorton, L, Avtalsrätt II, 6 uppl. Juristförlaget i Lund 2010 s. 128 f.; Lehrberg, B, Avtalsolkning s. 59; Samuelsson, J, Tolkninglärans gåta. En studie i avtalsrätt, Iustus förlag, Uppsala 2011 s. 30.

⁶⁸ Se Fohlin, P, Avtalsolkning, Iustus förlag, Uppsala 1989 s. 81 ff. och 144. Jfr särskilt Lehrberg, B, Avtalsolkning s. 58 ff.

⁶⁹ Se talrika hänvisningar i Lehrberg, B, Avtalsolkning. s. 178 ff., om än flera av äldre datum.

egna läroböcker. Hans Stark skriver som ganska nyfyllträd ordförande i Arbetsdomstolen 1979 (utan hänvisning):

I domstolens praxis har utvecklats skilda principer för tolkningen av kollektivavtal. I mångt och mycket har domstolen därvid tillämpat normer som torde vara gemensamma för all avtalstolkning. I vissa hänseenden har dock den avtalstyp som kollektivavtalet utgör och de särskilda förutsättningarna som ofta föreligger givit upphov till speciella tolkningsregler för kollektivavtalet. Det är givet att dessa regler tillmätts stor vikt på arbetsmarknaden. Reglerna ligger till grund för parternas bedömningar i tolkningstvister. De har också indirekt avsevärd betydelse för själva förhandlingsförfarandet. Tolkningsreglerna är ofta ett uttryck för domstolens syn i frågan om hur en förhandlare bör uppträda vid avtalsslutet.⁷⁰

Nu kan man förstås invända att Hans Stark bara delar Folke Schmidts observationer – och varför skulle han inte göra det? Är det *sant* kan det ju inte gärna vara på annat sätt, kan man tänka (och därmed bortse från att man riskerar att beslå både Folke Schmidt och Hans Stark med att göra poänger av trivialiteter). Att han då gör det i nästan exakt Folke Schmidts egna ordalag är förstås en sak för sig, men även om han inte valt samma formulering är operationen att upprepa Folke Schmidts tanke en del av dess sanningshalt. Att sagesmännen är just Folke Schmidt och Hans Stark kan förstås också, i kausala termer, påverka. *Auktoritetsvärdet* hos dem är förstås högt, även om det ideologiskt inte borde vara så – argumentens sakliga tyngd skall bestämma deras vikt, inte vem som uttalar dem.⁷¹ Sanningshalten i ett påstående kan ju – kunskapsideologiskt – inte vara beroende av dess medium, att jämföra med vad Hans Stark (eller någon annan) uttalar i egenskap av domare om vad som är bevisat eller hur en viss bestämmelse skall tolkas.

En fråga med särskild arbetsrättslig bäring är frågan om vilka regler som skall tillämpas på den som inte är medlem i en avtalsslutande facklig organisation (och som därmed inte träffas av ”kollektivavtalets bindande

⁷⁰ Stark, H, Arbetsdomstolen femtio år, SvJT 1979 s. 321–335 s. 326.

⁷¹ I en civilrättslig lärobok som varit en del av generationer av blivande juristers basföda, Åke Malmströms Civilrätt (som hade sin föregångare i C.G. Björlings lärobok med samma namn) delgavs den kunskapen uttryckligt i Anders Agells sista upplaga Agell, A, Malmström, Å, under medverkan av Sigeman, T, Civilrätt, 20 uppl. Malmö 2007 s. 48. Jfr senaste upplagan, Malmströms Civilrätt reviderad av Christina Ramberg under medverkan av Tore Sigeman 22 uppl. Liber, Malmö s. 38 f. som inte är lika explicit på den punkten.

verkan” enligt 26 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet). Folke Schmidt läser av Arbetsdomstolens praxis ut att det ansetts följa av kollektivavtalet att utanförstående arbetstagare (det vill säga den som inte är medlem i den avtalsslutande organisationen) inte skall ha lägre lön än organiserade arbetstagare (i vart fall inte på den grunden).⁷² I de hänvisade domarna konstaterar Arbetsdomstolen, med tidens kort-huggna domskrivningsteknik, att avtalet skall tolkas så i det fall man har för ögonen, utan hänvisning till några källor eller andra fall. I Folke Schmidts lärobok är beskrivningen av principen dock generell, varför systematiseringen kan bli en egen norm:

I svensk rätt gäller också som en allmän princip att den utanförstående arbetstagaren inte själv kan grunda någon rätt direkt på kollektivavtalet. En annan sak är att anställningsavtalet även för utanförstående arbetstagare kan hämta och i praktiken i allmänhet också hämtar sitt innehåll helt eller delvis från det kollektivavtal som arbetsgivaren är bunden av. På den svenska arbetsmarknaden gäller alltså i praktiken att en kollektivavtalsbunden arbetsgivare i allmänhet tillämpar kollektivavtalet inom dess sakliga giltighetsområde på samma sätt för arbetstagare som står utanför den kollektivavtalsslutande arbetstagarorganisationen som för organisationens medlemmar. Det synsätt som ligger bakom denna avtalstillämpning är så fast grundat att det finns anledning att anta att kollektivavtalet i allmänhet också innebär att arbetsgivaren är rättsligt förpliktad i förhållande till arbetstagarorganisationen att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser om anställningsvillkor även i fråga om utanförstående arbetstagare (se AD 1977 nr 49).⁷³

Visserligen avslutas beskrivningen med en hänvisning till ett äldre rättsfall, men principen legitimeras med avtalspraktiken (i två led) och att synsättet är så fast grundat att det grundar en presumtion för ett visst avtalsinnehåll. I ett annat fall, som rörde en annan fråga, förklarar Arbetsdomstolen samma princip:

När en utanförstående arbetstagare sysselsätts i arbete som omfattas av ett kollektivavtal brukar nämligen anses att anställningsavtalet hämtar sitt innehåll från det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet, såvitt inte något annat överenskommits mellan arbetsgivaren och den arbetstagaren (se t.ex.

⁷² Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 104 med hänvisning till AD 1931 nr 93, AD 1932 nr 95 och AD 1932 nr 116; Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 41 med hänvisning till ”t.ex.” AD 1931 nr 93, AD 1932 nr 95 och AD 1957 nr 26); Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 49 med hänvisning till AD 1944 nr 37; Schmidt, F, Tjänsteavtalet s. 62.

⁷³ AD 2010 nr 87.

AD 1978 nr 163, AD 1984 nr 79 och AD 1990 nr 33 och där anmärkta rättsfall). Kollektivavtalet anses ha en s.k. normativ effekt på den utanförståendes anställningsavtal. Denna praxis bygger på tanken att kollektivavtalet får verkan som bruk och sedvänja på arbetsplatsen och på så sätt fyller ut det enskilda anställningsavtalet. [...] En utanförstående arbetstagare kan inte grunda någon direkt rätt på kollektivavtalet som sådant (se AD 1983 nr 184).⁷⁴

I redogörelsen finns mer talrika hänvisningar till praxis, men det är även i detta fall hänvisningar i form av ”se” vissa fall. Vad som ”brukar anses” och ”tanken bakom regeln” legitimerar den, i kombination med tekniken att hänvisa till metaforen utfyllning. Observationerna har blivit egna, i praxis traderade, sanningar. Folke Schmidt systematiserade vad han observerade, och observationerna har med eller utan hans medverkan blivit *doktrin*, också i ordets normativa mening.

Kollektivavtalet är speciellt (bland annat) på det sättet att det är formbundet, vilket sätter relationen mellan det skriftliga avtalsinnehållet och tolkningen av detsamma i fokus. Folke Schmidt konstaterar att:

Formkravet innebär icke att dokumentet skall tolkas efter ordalydelsen utan hänsyn till parternas avsikt. Det väsentliga är att den handlande anlitat formen [med not till Karlgren: Studier i allmän avtalsrätt, s. 80, not 184] ’för realiserande av sitt meddelelsesyfte’. [...] Att dokumentets text ger ett bristfälligt uttryck för vad som varit avsett saknar däremot betydelse.⁷⁵

Påståendet görs med hänvisning till AD 1936 nr 36. Arbetsdomstolen säger där att kärandens talan inte kan stödjas på det skriftliga innehållet, utan bara på en påstådd enighet vid förhandlingarna. Med hänsyn till skriftlighetskravet saknar talan grund, varför den inte kan bifallas. Stödet för den generella principen är alltså svagare än vad påståendet i läroboken ger uttryck för – men som princip fungerar den utmärkt, och om man accepterar den som gällande rätt är ett eventuellt bristfälligt stöd i den åberopade källan ganska ovidkommande. Ovidkommande är också stödet för principen bakom det sista steget i tolkningen.

⁷⁴ AD 2007 nr 90.

⁷⁵ Schmidt, F, Föreläsningar i arbetsrätt s. 53; Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 94. Jfr Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl., Facklig arbetsrätt s. 181: ”Avtalsinnehållet skall vidare ha *anknytning till avtalstexten*. Det är inte fråga om att allt skall kunna läsas ut ur texten. Att uttryckssättet är bristfälligt berövar inte avtalet dess giltighet.”

AD har ibland, då förhandlingsregler eller praxis inte gett tillräckliga hållpunkter, uttryckt problemställningen så, att det gäller att ange vad som ”efter mera allmänna överväganden kan framstå som en naturlig avtalsolkning”.⁷⁶

Det som är ”naturligt” måste, för att kunna vara just det, uppfattas så av en relevant krets personer. Om dessa har fötts upp med (eller på) samma sanningar, ökar möjligheterna till en samsyn om det naturliga, och det kan fungera som ett effektivt sätt att retoriskt legitimera utslag i tolkningsfrågor. Att ett begrepp, om parterna inte avtalar om annat, anses överensstämma med samma begrepp i lag motiveras inte av det synbarligen rimliga i en sådan tolkning (det blir rimligt mot bakgrund av förutsebarhets- och koherensideal som vi genom juristutbildningen och senare uppfostrats att betrakta som naturliga), utan med att parterna antas vara medvetna (vilket anknyter till parternas avsikt som utgångspunkt för tolkningen) om den befintliga definitionen i lag, och underförstått att de annars skulle avtala bort bestämmelsen uttryckligt (se AD 2012 nr 18, för ett sentida nedslag). Folke Schmidts syn på tolkning ger stort utrymme för Arbetsdomstolen att låta tolkningen landa i en rimlig lösning:

Även av andra skäl kan det i det särskilda fallet synas vanskligt att fastställa avtalsinnehållet med hjälp av regler som anknyter till mekanismen vid avtalets tillkomst eller till praxis vid avtalets tillämpning. Det är kanske oklart vad som förekommit vid förhandlingarna, och avtalets ordalydelse ger inte något bestämt besked. [Fast praxis har inte heller hunnit utbildas.] Domstolen kan också mena, att de vanliga förhandlingsnormerna visserligen pekar på en viss lösning, men att den omtvistade bestämmelsen tillkommit i stor hast under ett pressat förhandlingsskede och att man därför inte bör träffa ett avgörande med utgångspunkt från ett omdöme om vem som huvudsakligen bär skulden till att missförstånd uppkommit. En tillämpning av skuldsynpunkten ter sig också mindre tilltalande, om domstolen skulle komma till uppfattningen, att vid avtalets tillkomst ingendera parten gjorde sig någon föreställning om den situation som tvisten kommit att röra. I dessa olika fall får domstolen söka att på andra vägar finna svaret på frågan om vad avtalet skall anses innehålla.⁷⁷

Folke Schmidts förmåga att hålla sina böcker i takt med utvecklingen framhålls tillsammans med att han påvisade mönster i Arbetsdomstolens domar, och det hålls för uppenbart att hans framställningar också bidrog

⁷⁶ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt 3 uppl. s. 128.

⁷⁷ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt 3 uppl. s. 128. Jfr Eklund, R, i Schmidt, F, m.fl., Facklig arbetsrätt s. 193 (som är identiskt, sånär som på meningen inom []).

till att principerna för kollektivavtalstolkning kunde utvecklas ytterligare i Arbetsdomstolens praxis.⁷⁸ Den ”naturliga” tolkningens legitimitet vilar på en gemensam uppfattning om vad som är självklart, *sant* – naturligt. Den gemensamma uppfattningen ligger också i Arbetsdomstolens *raison d'être*, i det att Arbetsdomstolen motiveras av att domarna har kännedom om de förhållanden som råder på den arbetsmarknad de skall döma över.⁷⁹ Majoriteten av domarna är inte domare till professionen (bara ordförandena är heltidsanställda vid Arbetsdomstolen), utan de är utsedda på förslag av arbetsgivarorganisationer respektive arbetstagarorganisationer. Man kan säga att domstolen besitter ett till området kopplat *sunt förnuft*, och därför kan domstolen obehindrat konstatera att det vore *naturligt* för parterna att förhandla i en viss situation.⁸⁰

Avslutningsvis, för nyanseringens skull och för att leda tillbaka till Arbetsdomstolens demokratiska uppgifter, kan man uppmärksamma att det som är naturligt för den ene inte måste vara det för den andre, heller inom arbetsrätten. Att det finns en grundläggande konflikt mellan arbetsgivare och arbetstagare är en sak, men i princip delar de båda sidorna sanningar – vem motparten är och i vad motsättningarna består är klart. Det är antagligen en förutsättning för att lagstiftaren, i större utsträckning än på vissa andra områden, kunnat lämna åt arbetsmarknadens parter att utforma sina egna regler, och åt (Arbets)domstolen att avgöra tvister dem emellan (en annan sak är förstås att lagstiftaren närsomhelst kan korrigera rättsutvecklingen genom lagstiftning, om den finner domstolen leda utvecklingen åt fel håll).⁸¹ Arbetsmarknadens parter finns dock också i domarsäte, genom på förslag av arbetsmarknadens parter utsedda domare i Arbetsdomstolen (som tillsammans är i majoritet, fyra av sju ledamöter, utom i diskrimineringsmål som avgörs med fem

⁷⁸ Stark, H, i Folke Schmidt 1909–1980 s. 5.

⁷⁹ Prop. 1974:77 s. 38 och 73 ff.; Prop. 1928:39 s. 147 ff. Se också SOU 1974:8 s. 114 ff. och 55, enligt vilken som skäl till att inte bereda SAC möjlighet att föreslå ledamöter i Arbetsdomstolen åberopats att det inte kunde antas att Arbetsdomstolen därmed ”skulle tillföras ökad kunskap om förhållandena på arbetsmarknaden eller om de där utbildade rättsuppfattningarna.”

⁸⁰ AD 2012 nr 18. Det *naturliga* i att förhandla i det åberopade fallet sägs närmast om ett *obiter dicta*, utan egentlig synbar koppling till domslutet.

⁸¹ Annars kan man oroas av att demokratiskt valda makthavare lämnar över stor makt åt doktrinen, se Ramberg, C, Makten över avtalsrätten. Flodgren, B, Gorton, L, Nyström, B, Samuelsson, P, Vänbok till Axel Adlercreutz, Juristförlaget i Lund 2007 s. 419–427, s. 419, 425 och 427.

domare om inte parterna önskar en domstol med sju ledamöter, 6 a § 2 st. lagen om rättegången i arbetstvister).

Det är dock bara *vissa* arbetstagarorganisationer som har förslagsrätt till Arbetsdomstolen, nämligen LO, TCO och SACO (se 3 kap. 3 § lagen om rättegången i arbetstvister).⁸² Övriga arbetstagarorganisationer, varav SAC torde vara den mest bekanta, har inte samma inflytande (däremot är de, utan kollektivavtal, fria att utöva makt på annat sätt, genom sin i viss utsträckning grundlagsskyddade rätt att vidta stridsåtgärder).⁸³ SAC, liksom för den delen andra "fristående" förbund, uppträder ibland i Arbetsdomstolen, och de figurerar förvisso också i läroböcker.⁸⁴ I de mål som mynnade ut i "gullspångsprincipen" kom sig tvisterna av att SAC träffat kollektivavtal med arbetsgivare.⁸⁵ Gullspångsprincipen ligger i sin tur till grund för andra centrala arbetsrättsliga principer, som *britanniaprincipen*,⁸⁶ som ytterligare i sin tur var en rättslig förutsättning för det (i vart fall i arbetsrättarkretsar) berömda *Lavalmålet*⁸⁷ (det var framförallt analyserna

⁸² Från början var det bara LO på arbetstagsidan (och SAF på arbetsgivarsidan) som hade förslagsrätt till Arbetsdomstolen, se 4 § lagen om arbetsdomstol (1928:254).

⁸³ Inför den nya lagen om rättegången i arbetstvister 1974 anförde departementschefen att endast de "tongivande" organisationerna på arbetsmarknaden borde beredas representation i Arbetsdomstolen, och dit hörde tydligen inte SAC.

⁸⁴ Schmidt, F, Kollektiv arbetsrätt s. 19, 69, 127, 132 ff. och 219. Jfr s. 49, 114 och 144. Flera ställen motiveras av de organisationsklausuler som veterligen helt utmönstrats (vilket kan tillskrivas avgöranden av Europadomstolen i början av 2000-talet, det vill säga efter den senaste upplagan av Schmidt, F, m.fl., Fackligt arbetsrätt).

⁸⁵ Gullspångsprincipen (efter svaren i AD 1978 nr 111 och 112, Gullspångs Grävmaskiner AB) reglerar situationen att två (eller flera) kollektivavtal (slutna med olika parter på arbetstagsidan) gör anspråk på att reglera samma arbete. Principen innebär att arbetsgivaren är skyldig att tillämpa det först träffade avtalet och att senare träffade avtal inte alls behöver tillämpas på anställningsvillkor ("normativa villkor"), medan i andra frågor ("obligatoriska villkor") senare träffade avtal skall tillämpas vid sidan av först träffade avtal där så är möjligt utan att de båda avtalen kommer i konflikt.

⁸⁶ Enligt britanniaprincipen (från namnet på ett fartyg som blev utsatt för blockad i AD 1989 nr 120) är en stridsåtgärd olovlig om den syftar till att tränga undan ett befintligt kollektivavtal. Eftersom gullspångsprincipen ger ett äldre kollektivavtal företräde framför ett yngre kan en angripande fackförening annars med stridsåtgärder vilja tvinga den angripne arbetsgivaren att upphöra med sin tillämpning av det äldre avtalet (i fråga om anställningsvillkor får det yngre avtalet typiskt sett ingen verkan). Efter domen i britanniamålet ändrades lagen om medbestämmande i arbetslivet så att britanniaprincipen bara är tillämplig på svenska kollektivavtal – stridsåtgärder som syftar till att undantränga utländska kollektivavtal är alltså lovliga (lagändringen har fått namnet *lex Britannia*).

⁸⁷ Arbetsdomstolen förklarade i ett interimistiskt beslut, AD 2004 nr 111, att stridsåtgärder som syftade till att undantränga ett lettiskt kollektivavtal inte var olovliga enligt lagen

av det målet och dess konsekvenser för svensk arbetsrätt som gav Tore Sigeman titeln som den mest inflytelserika arbetsrättsaren (2008), om vilket Folke Schmidt säkert skulle ha haft mycket att säga (inte minst på grund av sitt internationella intresse). Nu utarbetades principen mot slutet av Folke Schmidts gärning (det första målet i en serie som avslutas med AD 1978 nr 111 och 112 är AD 1974 nr 14), och kanske befinner vi oss därmed i en ny era som så småningom skall komma att beskrivas med ett eller annat årtal och utmärkas av sina sanningar. Intresset för förhållandena på arbetsmarknaden, och den legitimitet som kunskaper om dessa ger, verkar dock finnas kvar orubbade i den erans doktrin. Att den nya eran i så fall inleds ungefär samtidigt som Folke Schmidts egen verksamhet upphör verkar nästan vara en tanke i sig.

6 All makt åt Folke(t)

Eftersom Folke Schmidt fått stå modell för den arbetsrättsliga doktrinen i praxis (i meningen "litteratur" likaväl som i meningen "auktoritativ lära") är exemplen valda på ett sådant sätt att de dels är lite gamla (som om ingenting hänt sedan 1950-talet, när arbetsrätten blev ett ämne), dels stöder tesen (om man uttolkat en sådan, och varför inte – det ligger om inte annat ett blygsammare anspråk däri än om jag delgivit en observation) att det är just Folke Schmidt som står bakom snart sagt varje systematisk tanke i arbetsrätten. Nu är just det dock inte tesen, även om Folke Schmidts texter fått tjäna som illustration (vilket trots allt är ett val som faller sig nära nog naturligt). Också andra akademiker (om man ändå skall hålla sig till sådana) kan förstås pekats ut, inte minst sedan internationaliseringen vunnit insteg i läroböckerna och därmed i framtida domares arbetsrättsliga modersmjölk. Naturligtvis är inte heller förhål-

om medbestämmande i arbetslivet. I AD 2005 nr 49 beslutade Arbetsdomstolen att begära förhandsavgörande från EG-domstolen, vilket EG-domstolen gav i mål C-341/05. EG-domstolen fann den svenska regleringen diskriminerande på grund av nationalitet i strid med EG:s reglering, varpå Arbetsdomstolen i AD 2009 nr 89 förklarade de vidtagna stridsåtgärderna otillåtna samt dömde de angripande fackförbunden att betala skadestånd. På Lavaldomen har följt såväl lagstiftningsärenden (senast Dir. 2012:92 Utstationering på svensk arbetsmarknad, att redovisas senast den 31 december 2014) som debatt, och innevarande år avgav ILO:s expertkommitté en rapport, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A)*, i vilken Sverige kritiserats (bland annat) för att det utdömda skadeståndet befinns strida mot ILO:s konvention nr 87 om föreningsfrihet s. 176–180, särskilt s. 178.

landena mellan läroböcker och domar så kausalt enkla som övningen på sitt sätt förutsätter.⁸⁸ Tesen är inte heller att Folke Schmidt skulle vara den store *innovatören* i svensk modern arbetsrätt, även om det tycks finnas en tendens att tillskriva Folke Schmidt mer än han egentligen är upphov till. Den titeln, i vart fall i akademikerkategori, skulle nog snarare kunna tillfalla Svante Bergström. En sådan vändning vore på sitt sätt inte heller så tokig, för då skulle vi i vart fall vara kvar i Uppsala. Den inledande farhågan att ämnet inte skulle passa i det sammanhang där det nu presenteras kom sig ju, förutom av att Arbetsdomstolen är sparsmakad med hänvisningar till litteratur, av att Folke Schmidt, trots att han fick sin juristutbildning och sin doktorsgrad i Uppsala, huvudsakligen bedrev sin arbetsrättsliga verksamhet i Lund och Stockholm (även om professuren i ”civilrätt, särskilt arbetsrätt” också omfattade undervisning i Uppsala).

Slutligen vore det kanske anmärkningsvärt om man, utan att se minsta demokratiska problem däri, härleder all (arbetsrättslig) makt till en enda person, särskilt som denne varken är utpekad som makthavare eller ens själv erkänner sin position som sådan. Någon omedelbar fara är det nog dock inte – tvärtom ligger det en viss trygghet i att domare och andra som är satta att utöva den arbetsrättsliga makten tänker ganska lika. För när allt kommer omkring: Arbetsrättaren är ändå som Folk(e) är mest.

⁸⁸ I beskrivandets villkor ligger att förhållandena nog sällan är det. Folke Schmidt kunde för sin del konstatera att ”[f]örhållandena är långt mer komplicerade än vad Marx föreställde sig.” Schmidt, F, *Från socialism till löntagarmakt* s. 515.

Lena Olsen

Domstolar, rättsvetenskap och rättsdogmatik

1 Allmänt om frågeställningarna

Ämnet för detta samlingsverk är doktrinen i praxis. Detta kan också omformuleras till doktrinen för praxis. Två viktiga aktörer framträder här, nämligen dels föreläsare för rättsvetenskapen, dels rättstillämpare, i synnerhet inom ramen för domstolarna.

Forskningsproblemen kan formuleras på olika sätt. Är t.ex. felreglerna enligt konsumentköplagen eller den allmänna köplagen tillämpliga i ett visst fall eller vilket är egentligen tillämpningsområdet för e-handelslagen? Det rör sig alltså om jämförelsevis enkla frågor i samband med tolkning och tillämpning av gällande rätt, även om svaret kan vara nog så svårt att uppnå, men forskningsfrågorna i sammanhanget kan också göras betydligt mer komplexa. Ett sätt att öka komplexiteten är att fråga hur gällande rätt bör utformas för att fungera bättre i framtiden, *lex ferenda*. I sådana fall uppstår även frågor om hur regler eller rättspraxis bör utformas för att uppnå de mål som lagstiftaren anser vara önskvärda. Ett annat sätt är att undersöka vilken grundläggande syn på rättsordningen och på samhälle och medborgare som lagen respektive rättspraxis ger uttryck för. Också frågor som faller utanför gällande rätt i snäv bemärkelse kan emellertid ställas. Det kan röra hur rätten såg ut eller utvecklades vid en tidigare tidpunkt, dvs. inom ramen för rättshistoria, eller hur vissa regler fungerar för en viss grupp av medborgare respektive vilka effekter rättsreglerna har mätt i andra mått än regelsystemets. Forskaren kan i sådana fall behöva använda sig av kvantitativa metoder, såsom användning av statistik i olika former, eller kvalitativa metoder i form av t.ex. intervjuer eller tolkning.

Sätten att ställa frågorna är sålunda mångfaldiga och det är också formerna för rättsvetenskap. Den klassiskt sett viktigaste formen av juridisk

litteratur är inriktad just på gällande rätt och brukar som bekant benämnas rättsdogmatik. Ovan har jag även varit inne på rättshistoria och rätts-sociologi men man brukar också tala om rättsekonomi och rättsfilosofi/allmän rättslära som rättsvetenskapliga ämnen. Det faktum att rättsvetenskap omfattar flera olika inriktningar eller kunskapsfrågor gör också att man bör skilja mellan systemintern respektive systemextern rättsforskning och jag återkommer till detta direkt i nästa avsnitt.

Det finns inte möjlighet att i det följande gå närmare in på rättsfilosofiska strömningar av olika slag. Många materiellrättsligt aktiva har dock fört diskussionen vidare när det gäller att belysa vilken forskning som faktiskt bedrivs.¹ Den följande uppsatsen anknyter till en tidigare uppsats om rättsvetenskapliga perspektiv, utgiven i Svensk Juristtidning 2004.² Den här gången är dock ambitionsnivån av tidsskal lägre och texten bör i princip ses som ett debattinlägg.

2 Systemintern och systemextern rättsvetenskap

Det är uppenbart att rättsvetenskap varigenom gällande rätt studeras klassiskt sett har intagit en central ställning inom rättsvetenskapen som helhet. Det rör sig ju också om den teknik som juris studerande måste tillägna sig för att bli godkända i juristutbildningen och som praktiker förväntas använda i sin yrkesutövning. Det rör sig alltså till dels om ett hantverk. Ett viktigt kännetecken är att det rör sig om ett inifrån- eller, med Jareborgs vokabulär, systeminternt perspektiv, vilket bör innebära ett lojalt studium av befintliga regler i form av beskrivning, tolkning, analyserande och systematisering.³ Den relevanta kunskapsfrågan är vad som är gällande rätt på det ifrågavarande området och forskningen är starkt

¹ Några forskare som varit särskilt aktiva när det gäller diskussionen om materiella rätten och dess förhållande till rättsdogmatiken är Lavin, Hellner, Agell och Jareborg, se bl.a. hänvisningar till arbeten i uppsatsen omnämnd i not 2. Ytterligare en forskare som gett sig in i den diskussionen är Sandgren med flera uppsatser i ämnet. Dessa har sedermera samlats i volymen (2009) Vad är rättsvetenskap. Det är mitt intryck att den materiellrättsliga forskningen allt mer har påverkats av allmän vetenskapsteori och en av de personer som särskilt verkat i den riktningen är H. Andersson genom såväl undervisning som forskning, se bl.a. hans stora arbete (2013) Ansvarsproblem i skadeståndsrätten i totalt tre volymer.

² Olsen (2004) Rättsvetenskapliga perspektiv i SvJT s. 105.

³ Jareborg (2004) Rättsdogmatik som vetenskap SvJT s. 4.

inriktad på lagregler, vilket bl.a. beror på att det material som bedömningen grundar sig på är den s.k. rättskälleläran, dvs. lag, förarbeten, praxis och i viss mån litteratur. Det är alltså den auktoritativa rätten som det i första hand är fråga om.

Utifrån ett *rättsvetenskapligt perspektiv* har ifrågasatts i vad mån en verksamhet, där beskrivningen i sig är så viktig, kan betraktas som vetenskap över huvud taget. Hellner har för sin del understrukt sådana klassiska krav på vetenskap som nyhetsvärde i form av originalitet och självständighet, objektivitet och hederlighet samt understrukt betydelsen av problematisering.⁴ Andra går längre. Jareborg kräver också en verklighetsrekonstruktion, kritisk analys och en berättelse.⁵

Utifrån *rättstillämparens perspektiv* har rättsdogmatiken i dess klassiska, mer beskrivande, form varit viktig av flera skäl. Den har varit central när det varit svårt att få tag på relevant material ute i landet. Eftersom utrymmet för rättsvetenskaplig kritisk diskussion av regelsystemet har varit litet har rättstillämparen vidare kunnat gå direkt på "svaret", vilket också har haft en viktig arbetsbesparande effekt. Andra typer av juridiska texter såsom kommentarer kan dock tillgodose ett sådant behov. Idag bör frågan kunna ställas om behovet av sådan forskning är så stort. Det finns flera skäl för denna tveksamhet. Informationsteknikens utveckling har lett till att rättskällematerial av olika slag är lätt tillgänglig över hela landet och oavsett öppettider. Det finns alltså inte något större behov av en mer beskrivande rättsdogmatik av det skälet. Däremot kan det idag finnas behov av rättslig analys, kritik och rekonstruktion som för resonemangen vidare.

Vid sidan om det systeminterna perspektivet talar man som framgått också om ett utifrån- eller systemexternt perspektiv. Viktiga exempel på denna typ av rättsvetenskap är som framgått rättshistoria, rättssociologi, rättsekonomi och rättsfilosofi/allmän rättslära. Här är kunskapsfrågorna annorlunda vilket innebär att frågan om innehållet i gällande rätt inte spelar samma dominerande roll som i samband med rättsdogmatiken. Att ett systemexternt perspektiv kan vara till stor nytta för t.ex. lagstiftare är uppenbart, men även andra aktörer kan ha stor nytta av vidgade perspektiv på rättsordningen. För rättstillämparen generellt bör dock vetenskap inom ramen för det systemexterna perspektivet främst utgöra nöjesläsning. Det centrala i det här sammanhanget bör därför vara vilka former av rättsvetenskap som kan ses som systeminterna.

⁴ Rättsvetenskaplig metod, JFT 1998 s. 482 ff. Jfr också Ulväng nedan s. 185.

⁵ A.a. s. 2.

3 Former för systemintern analys – en snäv eller bred rättsdogmatik?

3.1 Frågeställningarna

Den klassiskt sett viktigaste formen för systemintern analys är alltså rättsdogmatiken. Däremot är man inom rättsvetenskapen inte helt överens om vad rättsdogmatik är och den centrala frågan här är om rättsdogmatiken ska vara den enda formen för en systemintern analys eller om man också kan tänka sig andra former. Det skulle kunna röra sig om t.ex. konstruktiv, pragmatisk eller probleminriktad rättsvetenskap. Frågan är alltså i allra högsta grad relevant. Lavin ger inte någon definition av rättsdogmatik men konstaterar samtidigt att om rättsdogmatik endast karaktäriseras av att man använder de traditionella rättskällorna och avhåller sig från att kritisera och utvärdera rättsregler och rättstillämpning, så är mycket av den förvaltningsrättsliga forskningen inte rättsdogmatisk.⁶ Detsamma bör gälla inom ramen för andra rättsområden. Lavin ställde den centrala frågan vad det då kan röra sig om för forskning.⁷

Den systeminterna analysen och förhållandet mellan denna och den systemexterna kan uppenbarligen betraktas på olika sätt. *Ett första alternativ* är att den systeminterna analysen enbart består av rättsdogmatik i vid mening vilket i och för sig löser det av Lavin uppmärksammade problemet, men som aktualiserar andra frågor. *Ett andra alternativ* kan vara att den systeminterna analysen enbart består av rättsdogmatik i snäv mening och fråga uppstår som framgått hur annan forskning ska karaktäriseras. Slutligen kan man som *ett tredje alternativ* tänka sig att den består av såväl rättsdogmatik i snäv mening som andra former av studier inriktade på innehållet i gällande rätt. I samband med diskussionen är det uppenbarligen viktigt att ta hänsyn till såväl vetenskapens som rättstillämpningens behov. De två första alternativen behandlas i det här avsnittet medan det tredje alternativet behandlas i avsnitt 4.

3.2 Rättsdogmatik enligt en vid eller snäv syn

I dagens rättsvetenskap finns ett stort antal angreppssätt varigenom gällande rätt beskrivs, analyseras, struktureras och systematiseras. Rättsdogmatik sågs som regel vara inriktad på auktoritativ rätt och det är lagstiftaren som i

⁶ Är förvaltningsrättslig forskning rättsdogmatisk? FT 1989 s. 128 f.

⁷ A.a.

princip sätter dagordningen. Annan rättsvetenskaplig verksamhet kan vara inriktad på den faktiskt använda rätten i t.ex. handel, en kritisk rekonstruktion av rättssystemet eller en studie *de lege ferenda* om hur rätten bör vara beskaffad. Rättsdogmatik som täcker in så olika former av rättsvetenskap är uppenbarligen en jämförelsevis bred verksamhet.⁸ Sandgren har gjort gällande att rättsdogmatiken, förutom ett inifrånperspektiv, kännetecknas av metoden och materialet, syftet, funktionen, den verksamhet som utövas, rättsreglernas ”auktoriserade” karaktär samt ett antal grundantaganden om t.ex. materiell rättssäkerhet.⁹

Det finns emellertid svårigheter med att se rättsdogmatiken enligt ett brett synsätt som den enda formen för ett systeminternt perspektiv. Till en början verkar många rättsvetenskapliga författare med inriktning mot gällande rätt framhålla sin särart i förhållande till rättsdogmatik i allmänhet. Det skulle knappast vara nödvändigt om man menade att så gott som allt med inriktning mot gällande rätt skulle vara rättsdogmatik. Ytterligare problem med ett brett synsätt är det faktum att det strider mot den snävare syn på rättsdogmatik som rimligtvis måste komma till uttryck i viss straff- och processrättslig litteratur och som har sin grund i legalitets- och legitimitetsskäl.¹⁰ Det innebär att det för många rättstillämpare måste vara praktiskt taget omöjligt, inom den korta tid som står till förfogande för bedömning av ett fall i domstol, att bedöma t.ex. civilrättslig juridisk litteratur med avancerad teoretisk struktur som författaren menar är rättsdogmatik.

2/ Det klassiska angreppssättet har i stället varit en snävare syn på rättsdogmatiken.¹¹ Det kan diskuteras om detta i så fall skulle utgöra vetenskap. Enligt min mening kan det göra det, åtminstone om Hellners krav på vetenskap är uppfyllda (se ovan). Det problem som uppstår i det läget är vad de vetenskapsmän/-kvinnor, som inte bedriver sådan vetenskaplig verksamhet gör i den mån som forskningen ändå har gått ut på att analysera, strukturera respektive systematisera gällande rätt. Det kan ju då knappast röra sig om systemextern forskning. Problemet är centralt för rättsvetenskapens fortsatta utveckling.

⁸ Jfr t.ex. Jareborg a.a. s. 8.

⁹ Sandgren TfR 2005 s. 117 i (2009) Vad är rättsvetenskap s. 118 och 123.

¹⁰ Jfr nedan Ulväng s. 190 f.

¹¹ Ett snävt synsätt på rättsdogmatiken finns bl.a. beskrivet i Peczenik (2005) Juridikens allmänna läror SvJT 2005 s. 249, på s. 267 f., Hellner a.a. s. 484, Olsen a.a. s. 111–122

3.3 Praktiska implikationer av det breda respektive snäva perspektivet

Man kan fråga sig vad de skilda synsätten får för praktiskt betydelse. En viktig aspekt i samband med rättsdogmatiken är att analysen av gällande rätt ska utgå från de auktoritativa rättskällorna, dvs. lag, förarbeten, auktoritativa rättsavgöranden och viss juridisk litteratur, dvs. doktrinen. Detta är självklart en nödvändighet när det gäller straff- och processrätt.¹² Ett pluralistiskt förhållningssätt är sålunda inte möjligt inom rättsdogmatiken enligt ett snävt synsätt men är uppenbarligen det när det gäller ett vidare synsätt, i den mån studien rör de regler som faktiskt tillämpas. En undersökning av underrättspraxis faller uppenbarligen inte in under rättsdogmatiken i snäv mening, och inte heller en studie som i stora delar grundas på HD:s notisfall.¹³ Däremot kan angreppssätten vara de enda möjligheterna för att få fram kunskap om vad som görs inom domstolarna, i synnerhet om det inte finns många auktoritativa rättskällor att stödja sig på.

Den rättsdogmatiska frågan är inriktad mot innehållet i befintliga auktoritativa regler. Detta medför problem när det inte finns några sådana regler.¹⁴ Ett närliggande exempel är när det bara föreligger förslag till nya regler inom såväl EU som i svensk rätt. Systematisering må vara en huvuduppgift när det gäller tolkning och analys av enskilda regler men när arbets- nyhetsvärde går ut på just systematiseringen och denna alltså spelar en central roll i arbetet rör det sig inte om rättsdogmatik i snäv mening. Inte heller faller en undersökning av varför barn särskilt ska skyddas mot reklam, där uppgiften närmast går ut på en diskursanalys av skilda förarbeten, in under rättsdogmatik i snäv mening.

Ett annat exempel på skillnader mellan de två synsätten är synen på verkligheten.¹⁵ Att också rättsdogmatiken i snäv mening är beroende av

¹² Nedan s. 179 ff. diskuterar Ulväng såväl juridisk doktrin som straffrättens särart.

¹³ I min doktorsavhandling "Ersättningsklausuler" använde jag sålunda i stor utsträckning just HD:s notisavgöranden vid en analys av vitesklausuler för att därigenom undersöka de faktiska problemen i samband med domstolarnas tolkning och tillämpning av vitesklausuler i synnerhet inom handeln. Dessa avgöranden användes inte som auktoritativ rättskälla eftersom avgörandena just var placerade som notiser, men som utsagor om hur HD ändå bedömt de ofta komplicerade kontokurantförhållanden som rättsfallen rörde (Olsen 1986 s. 16).

¹⁴ A.a. s. 117 ff.

¹⁵ Jareborg (2004) Rättsdogmatik som vetenskap SvJT s. 8 f.

kunskap om de regler som föreligger är självklart. En av rättsdogmatikens huvuduppgifter, också i snäv mening, är att verkligheten ska juridifieras så att det kan klargöras om och i vad mån reglerna är tillämpliga i en viss praktisk situation. Rättsdogmatiken rör dock reglerna och deras innehåll, inte verkligheten i övrigt. Ett rättspolitiskt problem såsom de samhälleliga konsekvenserna av vissa regler kan inte utgöra huvuduppgiften för snäv rättsdogmatik. En mellanform användes av Lindblom, i samband med hans studier av miljöprocessen, vilken gick ut på att strikt anknyta till miljöbalkens inledande målbestämmelse.¹⁶ Ett konstruktivt perspektiv på rätten, där det rättsliga materialet kritiseras, är också svårt att förena med rättsdogmatik enligt ett snävt synsätt medan det utan vidare är förenligt med ett vidare synsätt.¹⁷

Ytterligare ett exempel är en undersökning av auktoritativa rättskällor vad gäller rättsordningens eller rättsområdets grundläggande byggstenar för att sedan använda dessa vid en rekonstruktion av rätten på det området.¹⁸ Det kan diskuteras om detta skulle vara rättsdogmatik i en snäv eller vidare mening och avgörande bör rimligen vara hur den ifrågavarande studien är upplagd. Ett argument som kan tala för en snäv rättsdogmatik är om det endast är auktoritativa rättskällor som används. Emot kan däremot tala att de auktoritativa rättskällorna inte används för att analysera enskilda regler, som ju är det typiska för rättsdogmatik i snäv mening.

Det säger sig självt att den snäva synen på rättsdogmatik lätt kan te sig som en tvångströja för rättsvetenskapen.¹⁹ Det rör sig om så fundamentala frågor för den fria forskningen som bestämmanderätten över forskningsuppgiften och det material som kan användas, t.ex. när det gäller studiet av rätten när det inte finns uttryckliga auktoritativa regler. Inte heller är strikta nationella begränsningar lämpliga i dagens värld. EU är ju en central aktör i det svenska lagstiftningsarbetet på en mängd rättsområden och detta lagstiftningsarbete måste kunna undersökas på ett adekvat sätt.

Slutsatsen av det sagda är alltså att en rättsdogmatik uppfattad på ett brett sätt är olämplig. Mycken straff- och processrättsforskning måste rimligtvis, på grund av kraven vad gäller legalitet och legitimitet, fokuse-

¹⁶ In dubio pro natura JT 2000-01 s. 807 ff.

¹⁷ Se Lind Rättsfallsanalyser – rection eller analys JT 1995-96 s. 240 samt Olsen SvJT 2004 s. 119 m. hänv. Jfr även nedan Samuelsson s. 154.

¹⁸ Jfr t.ex. Peczenik a.a. s. 267.

¹⁹ Se t.ex. Hellner a.a. s. 484.

ras på de auktoritativa rättskällorna, vilket inte är nödvändigt på samma sätt inom andra rättsområden. Däremot bör det vara angeläget att rättsdogmatik generellt sett uppfattas på samma sätt inom skilda rättsområden. Ett brett synsätt är också direkt olämpligt för rättstillämpningen eftersom man inte riktigt vet vad man får och att det därför kan vara svårt att värdera texten utan den förförståelsen. Domstolarnas verksamhet bygger vidare på att rättsfallen måste avgöras inom rimlig tid, varför det är viktigt att rättstillämparen snabbt ska kunna sätta sig in i den ifrågasvarande forskningens metod och betydelsen av denna för forskningens "pålitlighet" som rättskälla. Jämfört med det breda betraktelsesättet när det gäller rättsdogmatik är det snäva synsättet generellt sett bättre för domstolarna, i den mån arbetet görs på ett skickligt och kreativt sätt. Däremot kan det te sig som en tvångströja för forskningen. Den modellen är också direkt negativ när det inte finns auktoritativa regler, eftersom forskning i sådana fall blir omöjlig inom ramen för den materiella rätten.

4 Klassisk och dynamisk rättsdogmatik?

Ovanstående resonemang leder till att en indelning av rättsvetenskapen enbart i rättsdogmatik, rättshistoria, rättssociologi, rättsekonomi och rättsfilosofi/allmän rättslära, är otillräcklig, i och med att den enda form av materiellrättslig forskning som nämns är rättsdogmatiken. Eftersom såväl en snäv som bred syn på rättsdogmatik som vetenskap är olämplig krävs ett annat synsätt. Det är viktigt för kontinuiteten och för den vardagliga rättstillämpningen att rättsdogmatik finns och kan utvecklas inom rättsvetenskapen. Eftersom den dock av så många setts som alltför snäv finns det uppenbarligen behov av ytterligare ett materiellrättsligt forskningsområde vid sidan av rättsdogmatiken. Som framgått finns många alternativa riktningar, vilket gör att det skulle kunna vara fråga om många former för rättsvetenskap. Det är enligt min mening bättre om andra alternativa riktningar kan samlas i (minst) en gemensam form som förslagsvis skulle kunna ta sikte på de tyngsta invändningarna mot den snäva synen på rättsdogmatiken. Hellner har beskrivit dem på följande sätt:²⁰

Den strikta rättsdogmatiken bör enligt min mening förkastas som vetenskapligt mönster av flera skäl. Den är grundad på en statisk syn på juridiken och har inte sinne för annan dynamik i rättsutvecklingen än den som sker

²⁰ A.a. s. 484.

genom tillkomsten av nya prejudikat och nya värderingar, möjligen genom att nya problem upptäcks. Vid lagtolkning betraktas lagen som en fix faktor, ehuru den fixa faktorn är olika vid olika tidpunkter. Tillkomsten av lagstiftning eller av nya standardavtal har ingen plats i rättsdogmatikens mönster. Det finns också andra skäl för att inte godta den konventionella uppfattningen av rättsdogmatiken. Den motsvarar lyckligtvis inte rättsvetenskapen sådan den faktiskt bedrivs. Rättsdogmatiken skjuter ofta de rättspolitiska problemen åt sidan, vilka kan vara de viktigaste av alla. Till dessa mera objektiva skäl kommer i mitt fall ett subjektivt, nämligen att det rent psykologiskt är omöjligt att betrakta mycket av det som jag kommit att syssla med som fallande utanför rättsvetenskapen ...

Sandgren, som i flera sammanhang ger intryck av att plädera för en bred syn på rättsdogmatiken, tar i en uppsats upp framtidens doktorsavhandlingar och berör där olika former för rättsvetenskap. Vid sidan om sådana vetenskapliga verksamheter som redan idag anses falla inom ramen för de systeminterna, nämner han rättsdogmatik och ”rättsanalytiska arbeten”.²¹ Också han är alltså inne på att det bör finnas ett utrymme för vetenskaplig materiellrättslig forskning som faller utanför rättsdogmatiken.

Det kan däremot diskuteras hur en sådan forskningsverksamhet skulle benämnas. Rättsdogmatik som uppfyller kraven på vetenskaplighet bör rimligtvis också vara analyserande. Ett annat sätt att benämna området skulle kunna vara att anknyta till de problem med rättsdogmatiken som Hellner uppmärksammar, nämligen den statiska karaktär som kännetecknar den. En tänkbar benämning skulle kunna vara dynamisk rättsdogmatik.²² En alternativ term skulle kunna vara dynamisk rättsvetenskap. Skälet för att använda den förstnämnda beteckningen skulle kunna vara att väsentliga delar i det vetenskapliga arbetet rimligtvis måste gå ut på att klargöra centrala rekvisit i ifrågavarande regler samt analysera dessa med juridiska argumentationsmetoder. I så måtto handlar det ju om en studie av gällande rätt. Många forskare känner sig också bekväma med att kalla sin vetenskap för rättsdogmatik och termen är alltså lämplig också av det skälet. Dynamisk rättsvetenskap är en tänkbar term men här kan fråga uppstå om det verkligen rör sig om studier av gällande rätt eller om dynamisk rättsvetenskap skulle gå ut på en annan kunskapsfråga. Denna oklarhet talar för användning av den förstnämnda beteckningen.

²¹ Sandgren, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap i Vad är rättsvetenskap* (2009) s. 273 f.

²² Jfr också Lindblom a.a. s. 807 som särskilt uppmärksammar den dynamiska samtiden.

Utifrån rättstillämparperspektivet kan forskarens egna klassificering av sitt arbete som dynamisk rättsdogmatik vara klargörande, så till vida att man är mer beredd på att arbetet kan kräva mer av läsaren men att det också kan ge vidare perspektiv. Dynamisk rättsdogmatik skulle t.ex. kunna innefatta probleminriktad rättsforskning, kritik av existerande regler och rekonstruktion, konstruktiv pragmatik, vetenskaplig forskning utanför området för de auktoritativa reglerna med inriktning mot regler som faktiskt tillämpas, rättspolitiska överväganden och analyser de lege ferenda, analys av lagförslag såväl inom EU som av den svenska lagstiftaren m.m.

5 Förhållandet mellan systemintern respektive systemextern rättsvetenskap

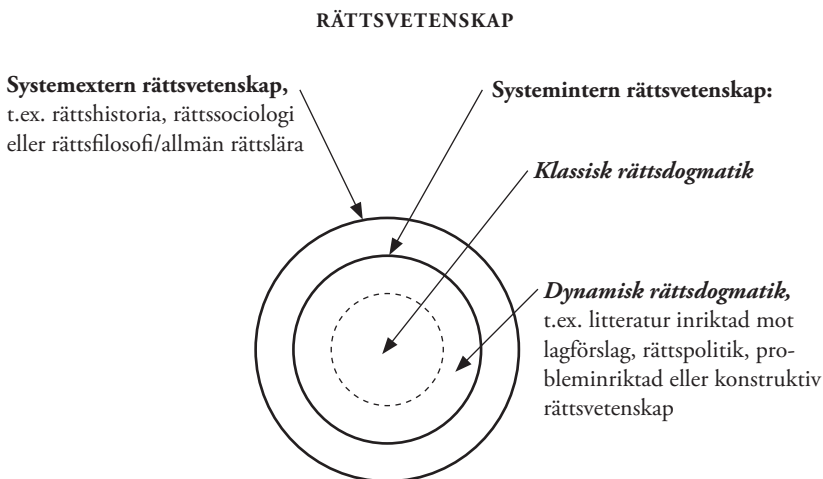
Med systemintern rättsvetenskap brukar man som framgått mena att rättsvetenskapen tar sikte på en (lojal) tillämpning av de auktoritativa rättskällorna och poängen med uttrycket är just att alla andra förhållningssätt upplevs som främmande. Med ett sådant synsätt borde det därför bara omfatta det snäva perspektivet på rättsdogmatiken och kanske något mer. Kritisk konstruktiv rättsforskning borde t.ex. inte omfattas. Som framgått är det perspektivet väl snävt för rättsvetenskapen och det kan hävdas att systemintern rättsforskning totalt sett borde innefatta också den dynamiska rättsdogmatiken eftersom den också går ut på att skapa förståelse för innehållet i gällande rätt även om metoderna att åstadkomma det är andra.²³

Det sagda får till följd att den systemexterna rättsvetenskapen enbart bör innefatta situationer när den ifrågavarande kunskapsfrågan inte fokuserar på innehållet i gällande rätt. I stället är det sådana aspekter som konsekvenserna i olika hänseenden av regelverket, dess utveckling eller grundläggande ekonomiska grund som står i fokus. Det kan diskuteras hur nu ifrågavarande former av rättsvetenskap förhåller sig till den dynamiska rättsdogmatiken och systemintern analys. Om emellertid såväl den klassiska som dynamiska rättsdogmatiken går ut på analys av i någon mening gällande rätt medan den systemexterna rättsvetenskapen inte gör

²³ Ett alternativ skulle dock kunna vara att uppdelningen mellan systemintern respektive systemextern rättsvetenskap utökas med systemsemiintern rättsvetenskap för att ge utrymme för den dynamiska rättsdogmatiken.

det så bör gränsen mellan systemintern och systemextern rättsvetenskap vara förhållandevis skarp.

Förhållandet mellan de olika formerna av vetenskap skulle schematiskt kunna beskrivas på följande sätt:



6 Avslutning

Det kan vara lämpligt att avslutningsvis återknyta till rättstillämpningens behov. Det finns uppenbarligen så många frågor som kan ställas i samband med gällande rätt i vid mening att det inte är möjligt att gå tillbaka till den klassiska rättsdogmatiken som den enda rättsvetenskapliga formen. Det är därför nödvändigt för den praktiska verksamheten vid t.ex. domstolar att man får veta hur den ifrågavarande författaren själv ser på sin forskning. Rör det sig om klassisk rättsdogmatik är det kanske bara att "köra på" även om det också här är lämpligt att forskaren klargör vad det är man menar att man gör. Dynamisk rättsdogmatik kan uppenbarligen kräva mer av läsaren vad gäller reflektion över den dagliga verksamheten. Är rättstillämparen inte beredd på det kan rättsvetenskapen i värsta fall innebära stora irritationsmoment. Är rättstillämparen däremot beredd på det borde det kunna medföra en ökad arbetsglädje till gagn för hela domstolsväsendet.

Joel Samuelsson

Åter till huset vid Göta älv

”Osynlig fog, starkare än synlig.”

Herakleitos

Ställd inför det athenska folket vägrar Sokrates att göra avkall på *sig själv* och döms till döden.¹ Han återoppar sin kallelse, uppenbarad för honom av oraklet i Delfi, och gestaltar genom sitt handlande det ideal som alltsedan Thales gällt för tänkarna: *gnothi seauton*² – känn dig själv, låt dig med andra ord inte förblindas av normen, det norm-ala, av det som gäller allmänt, bland folk,³ utan gå till dig själv; tänk själv, om du alls ska tänka. Alternativet är att löpa med flocken, med folket, och gå på det som gäller och säljer. Men det är, alltså, inte ett alternativ för tänkare. Det är inte ett alternativ för Sokrates.

Känn dig själv! Denna uppmaning mötte också som inskrift på vägen in i det Apollos tempel i vilket det delfiska oraklet huserade, och när guden genom oraklet förkunnar att ingen är visare än Sokrates blir det bara begripligt med hänvisning till densamma – för Sokrates vet ju *ingenting*,⁴ och drar slutsatsen att om han trots detta är visast så måste

¹ Vår primära källa här är lärjungen Platons dialog ”Sokrates försvarstal” (i Jan Stolpes översättning i Platon, Skrifter, Bok 1, Stockholm 2000). Men Sokrates rättegång behandlas även i andra klassiska texter, som i Diogenes Laertius levnadsteckningar; se Diogenes Laertius, *Lives of Eminent Philosophers*, Vol. I, Cambridge, Massachusetts-London 1972, s 167 ff.

² Enligt Diogenes Laertius var upphovsmannen Thales – och Thales räknas av traditionen, och av samme Diogenes, som den förste filosofen; se Diogenes Laertius, a a s 37 och 41.

³ Med en nymodig läsning: Låt dig inte förblindas av *språket*. Jfr J Samuelsson, *Hermeneutik*, Korling-Zamboni (red), Juridisk metodlära, Lund 2013, s 374.

⁴ Jfr Wittgenstein, *Särskilda anmärkningar*, Stockholm 1992, s 22: ”När man läser de sokratiske dialogerna, så har man känslan: vilket fruktansvärt slöseri med tid! Vad skall

det vara därför att han, till skillnad från alla andra, som inte heller vet någonting, åtminstone förstår *det*.

Detta vill säga att Sokrates ensam fullt ut förstår att skilja det som hålls för att vara sant från det som *är* sant.⁵ Skenet skiljs från verkligheten och rationaliteten från den blotta övertygelsen. Sokrates har inget val. Han *kan* inte, givet den han är – enligt oraklet och så som han har levat –, ens försöka att övertyga folket om sin oskuld. När han sedan också tömmer giftbägaren och dör fullbordar han inte bara sitt öde, utan grundlägger också den distinktion mellan vetande och tro – den *rationalitet* – som det västerländska tänkandet vilar på, för detta är Platons grundmyt och vi är alla platonister. Vetenskapen själv, som kan förstås som ett programmatiskt underkännande av skenet, ligger i förlängningen av Sokrates ställningstagande. (Det *ser ut* som om solen går upp över horisonten varje morgon, men *egentligen* ... och så vidare.) Och det gör också teknologin, vetenskapens praktiska konsekvens, som är helt avgörande för det sätt på vilket vi lever våra liv. Vår *civilisation* grundläggs där och då. Sokrates dör för oss.

Så kan man framställa det.⁶ En smula ensidigt och våldsamt, men ändå.

I det juridiska sammanhanget är det fina med denna tolkning att den gör den västerländska civilisationens uppkomst beroende av utfallet i en rättslig process. I början var lagen, liksom. (Det borde tilltala vår fåfånga.) Och även om det antika athenska *rättssystemet* i våra ögon kanske har uppenbara brister – folkdomstolar är illa sedda nuförtiden⁷ – så kan den

alla dessa argument tjäna till, som ingenting bevisar och ingenting klarlägger?” Jfr nedan vid n 139.

⁵ Och här går en gränslinje i en skolstrid. Sokrates (Platon) markerar mot Protagoras och andra sofister, som ju ska ha lärt att människan är alla tings mått. Med en formulering från Stanley Fish är detta “[the] ancient tension between the notion of truth as something independent of local, partial perspectives and a notion of truth as whatever seem conspicuous and obvious to those embedded in some local partial, perspective.”; Fish, *Doing What Comes Naturally*, Oxford 1989, s 5.

⁶ En aktuell tolkning som drar åt detta håll är den som framläggs av Ranasinghe i ”Socrates and the Gods” (South Bend, Indiana 2012). Ranasinghe slår an tonen när han i inledningens första stycke hävdar att Västerlandet (the West) som civilisation tack vare Sokrates ”barnmorskekonst” kunde födas fram ur den kulturella nihilism som följde på det peloponnesiska kriget.

⁷ Strahls karakteristik av den athenska staten i Strahl, *Makt och rätt*, 12 uppl, Uppsala 2009, s 21 f, är representativ. Men som Strahl (a a s 22) också framhåller kunde det athenska systemet framstå som mer eller mindre förryckt också för samtida athenare.

motsvarande *rättskulturen* inte på några villkor dömas ut som rudimentär och primitiv.⁸

Till exempel kan den senare inte skyllas för att vara oreflekterat *formalistisk*.⁹ I Platons dialog ”Euthyfron”,¹⁰ som i flera avseenden kan betraktas som en prolog till ”Sokrates försvarstal”,¹¹ väntar Sokrates vid den kungliga pelargången för att få bemöta de anklagelser som riktats mot honom. Här möter han profeten Euthyfron, för sin del i färd med att åtala sin egen far för mord.¹² På det beskedet reagerar Sokrates med karakteristisk ironi, och anställer genast ett förhör i syfte att utröna på vilken grund Euthyfrons imponerande känsla för det rätta vilar. Någon som åtalar sin egen far måste ju vara säker på sin sak, veta vad han gör i dylika frågor – och den kunskapen skulle Sokrates verkligen behöva, för att möta de anklagelser som riktats mot *honom*. Det som följer är en typisk sokratisk dialog, där Sokrates med logikens hjälp demonstrerar för sin samtalspartner att han faktiskt inte vet – låt vara i den specifika meningen: *kan förklara* – vad det är han pratar om.¹³ Möjligen är karaktären Euthyfron något överdriven¹⁴ och kanske är det humoristiska inslaget mera påtagligt än vad det vanligen är hos Platon. Euthyfron gör, som man säger, en slät figur – framstår rentav som löjlig – och drivs till och med, till sist, på flykten av den diskussionslystne Sokrates.¹⁵ Men att dialogen är (över)tydlig gör den bara bättre, som illustration betraktad.

⁸ Se här till t ex Strömholm, *Europa och rätten*, Stockholm 1991, s 13 ff.

⁹ Annars är det en populär schablon; moderna jurister föreställer sig gärna att äldre tiders rätt var mindre utvecklad bland annat, eller till och med först och främst, på så sätt att denna skulle ha varit just ”formalistisk”. Exempelen äro legio. För konkretion se J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, Uppsala 2008, s 479 ff.

¹⁰ Även den återfinns i Bok 1 i Stolpes *Platonöversättning*.

¹¹ Kronologiskt, uppenbarligen, men också om man ser till innebörden. Sokrates förhör med Euthyfron förebådar mötet med Meletos, som är den som åtalat Sokrates; se Euthyfron 2 a–3 c. Att ”Euthyfron” ska hanteras på detta sätt – som en förövning, inför avgörandet i ”Sokrates försvarstal” – är en bärande tes hos Ranasinghe (se ovan n 6) vars uppmärksamma läsning varit av stor hjälp vid min egen.

¹² Det fanns ingen allmän åklagare i det athenska rättssystemet; se Stolpes not 2 i *Platon*, *Skrifter*, Bok 1 s 429.

¹³ Jfr Euthyfrons invändning: ”Men Sokrates, jag vet inte hur jag ska säga dig det som jag har i sinnet, för vad vi än föreslår vandrar det liksom runt för oss hela tiden och stannar inte där vi har ställt det.”; Euthyfron 11 b.

¹⁴ För en starkare tes, se Ranasinghe, a a s 16 f och 34 f.

¹⁵ Sokrates säger sig rentav vara villig att betala den som är beredd att lyssna på honom; Euthyfron 3 d; jfr Sokrates försvarstal 23 b–c, där Sokrates hävdar att han varit så upptagen av sin syssla – att påvisa att ingen människa är vis – att han inte haft tid att ägna sig

När Euthyfron avslöjar att åtalet mot fadern gäller mord utbrister Sokrates: "Gode Herakles! Vanligt folk vet inte när det är rätt att göra så, Euthyfron, för jag tror inte att vemsomhelst skulle göra rätt i en sån sak, utan bara en som har hunnit långt i vishet."¹⁶ Och Euthyfron svarar, aningslöst: "Vid Zeus, Sokrates, just det! Långt!" – han hyser höga tankar om sig själv och fallet blir hårt, för ifråga om vishet (definierad på den platonska rationalismens villkor) är han precis som alla andra, Sokrates undantagen.¹⁷ Men till en början är han självsäker och förebrår till och med Sokrates att *han* är löjlig.¹⁸ Det ska nämligen vara löjligt att tro, vilket Sokrates tycks göra, att det gör någon skillnad huruvida de inblandade är släktingar eller utomstående ("Du skulle väl aldrig ha åtalat [din egen far] på en utomståendes vägnar."¹⁹). Det enda som rimligen kan spela någon roll är, enligt Euthyfron, om en orätt begåtts eller inte. Och här stoltserar han med sin rättskänsla. En man har dödats. Den skyldige måste straffas. Att mördaren är Euthyfrons egen far är en slump, som det vore ogudaktigt att fästa sig vid.²⁰ Att döda är inte tillåtet. Det är så enkelt.

Men så enkelt är det, naturligtvis, inte. Uttryckt i juridiska termer: Euthyfron bortser från att det aktuella lagbudet måste tillämpas i en konkret situation, med hänsyn tagen till de föreliggande omständigheterna. När han kvalificerar det inträffade som ett fall av orättfärdigt dödande, som mord, gör han det utan minsta eftertanke – och just *det* utmärker hans känsla för det rätta och det gudaktiga. Han hyser en from tilltro till lagens bokstav.²¹

Och vilka var omständigheterna? Så här beskrivs de av Euthyfron själv:

vare sig åt stadens angelägenheter eller åt sina egna, varför han kommit att leva i största fattigdom.

¹⁶ Euthyfron 4 a–b.

¹⁷ Jfr Euthyfrons konstaterande: "Det vore inget bevänt med mig och Euthyfron skulle inte skilja sig från vanligt folk på något sätt om jag inte hade ett gediget vetande om allt sådant."; Euthyfron 4 e–5 a; jfr även Sokrates egen beskrivning av sin verksamhet; Sokrates försvarstal 22 a–24 a, särskilt 23 b.

¹⁸ Dialogen har en enkel dramaturgi. Under dess gång omkastas rollerna fullständigt. Sokrates, som inledningsvis underkastar sig Euthyfron som eleven en lärare, visar sig vara den som undervisar. För Euthyfrons del byts ordning och lugn i kaos och förvirring, medan Sokrates, som står inför sitt livs prövning, kan gå sin rätttegång till mötes med upphöjt lugn.

¹⁹ Euthyfron 4 b.

²⁰ I antikens Athen kan det rätta och det gudaktiga inte skarpt skiljas åt.

²¹ Jfr Euthyfrons tautologa första svar på Sokrates fråga vari det gudaktiga består: "[G]udaktigt är det som jag nu gör: att åtala en person som begår brott genom att begå

I det här fallet var den dödade [...] daglönare hos mig; när vi arbetade med vår jordlott på Naxos städslade vi honom där. En dag söp han sig full, blev arg på en av våra slavar och skar halsen av honom. Min far band honom till händer och fötter och skickade en man till Athen för att fråga lagtolkaren vad han skulle göra. Under tiden struntade han helt i den bundne, eftersom denne var en dråpare och det var alldeles likgiltigt om han strök med. Det gjorde han också: han dog av hunger och köld och av att ligga fjättrad innan budet kom tillbaka från lagtolkaren.²²

Hur ett sådant fall ska bedömas efter athensk rätt kan vi, nu, förstås inte uttala oss om. Men det kan konstateras att Sokrates för sin del finner det märkligt att Euthyfron givet omständigheterna är så säker på sin sak.²³ Poängen är dock inte att Euthyfron har fel vad målets utgång beträffar,²⁴ utan att hans bokstavstro²⁵ är missriktad – att den *inte* är from och rättfärdig, utan omvänt hädisk och orättfärdig. Euthyfron – vars namn betyder någonting i stil med ”oförmedlad visdom”²⁶ – tänker inte efter. Han är inte sann mot sig själv och inte mot gudarna. Platon låter på flera sätt antyda att Euthyfrons åtal i realiteten handlar om just det som Euthyfron själv menar är irrelevant: att den åtalade är den åtalandes far. Ja, knappt har han hunnit förneka att släktskapet har någonting med saken att göra förrän han åberopar Zeus hantering av Kronos som exempel.²⁷ Kronos, den härskande titanen, hade som bekant för vana att sluka sina barn i syfte att förhindra ett tronskifte. Zeus kom emellertid undan, slog sin far i bojor, kastade honom i Tartaros och tog själv makten – och Kronos hade, som Euthyfron anmärker, gjort någonting liknande med sin far (Uranos). Inte nog med att Euthyfron genom att åberopa detta exempel hädiskt sätter sig i den högste gudens ställe, som ju regerar *i kraft av* att vara den främste (”människorna själva erkänner att Zeus är den bäste och rättfärdigaste av gudarna”²⁸), indirekt och omedvetet erkänner han

mord, stjäla heliga föremål eller göra något annat sådant, vederbörande må vara far eller mor eller någon annan, vemsomhelst; ogudaktigt är att inte åtala.”; Euthyfron 5 d–e.

²² A a 4 c–d.

²³ A a 4 e.

²⁴ Jfr a a 9 c.

²⁵ På en direkt fråga från Sokrates bekräftar Euthyfron att han tror att allt som diktarna berättar om gudarnas liv är sant, bokstavligen; a a 6 b.

²⁶ Ranasinghe, a a s 9.

²⁷ A a 5 e–6 a.

²⁸ A st. Som Ranasinghe, a a s 32, påpekar är gudars maktövertagande per definition rättfärdiga, men endast *post factum*. Detsamma gäller alla suveräner. Jfr Euthyfron 8 b.

att han drivs av ambitionen att ta sin faders plats. Euthyfron är ung och misslyckad. Trots att han är profet skrattar man åt hans uttalanden i religiösa frågor och han drar sig för att framträda offentligt.²⁹ Och istället för att rådfråga honom – i ett ärende som faller inom området för hans egen expertis (det rättas och det gudaktigas natur) – sände alltså hans far ett bud till lagtolkarna i Athen. För detta vill han ha sin far dömd, eller, om man ser till effekten, undanröjd.

Euthyfron är, sammanfattningsvis, formalist – någon som till och med för sig själv döljer skälen bakom den användning han gör av lagen, samtidigt som han förnadsfullt hänvisar till lagen som sådan. Formalisten är här, i denna äldsta utläggning av rättstillämpningens villkor, en nitisk pajas; en klant, som sviker lagen i sin iver att följa den.

I västerländsk intellektuell tradition är formalismen, sen själva begynnelsen, den största juridiska synden.³⁰

Man skulle kunna tänka sig att ett begrepp som är så antikt också måste vara urvattnat. Och visst går det slentrian i användningen. "Formalister" kallar vi gärna våra motståndare och "formalistisk" den juridik vi anser passé eller finner främmande. Att vara formalist är mer eller mindre liktydigt med att vara en dålig jurist, vilket vill säga att den motsvarande termen i praktiken saknar konkret innebörd. Vem som är formalist beror på vem man frågar.

Men ställda inför ursprunget³¹ hos Platon erfar vi också en strängare förståelse av formalismens begrepp. "Euthyfron" riktar en fordran mot oss. För det som Euthyfron saknar, är självkännedom. Det är därför han går vilse med sin sak. Den som inte känner sig själv, känner inte heller lagen. Och det åligger oss, som rättsanvändare, att sätta *vår egen* hållning till lagen i fråga. Annars kan det småningom visa sig, att det är *vi* som är formalisterna.

Om man vill kan man se detta som juristens främsta utmaning. Att inte stelna. Att inte hemfalla till flockbeteende – vilket förutsätter att man ständigt förhåller sig *tänkande* till rätten. Gör man det inte, *dör* den. Detta är då det platoniska arvet. För det var formalism som dödade

²⁹ A a 3 c och d.

³⁰ Se häremot J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 480 vid n 1344.

³¹ Något "egentligt" ursprung, i kausal mening, är det ju knappast. Ursprunget är *mytiskt*, och kan inte vara annat. Se och jfr H Gustafsson, Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborg 2011 s 106 ff.

Sokrates: irrationell, missriktad fromhet och oförmedlad folklig vrede. Där fanns ingen rättvisa, ingen rätt.³²

Samtidigt ... var finns utrymmet för en sådan tänkande juridik i vårt moderna samhälle? Där den tillämpas är juridiken ofta en form av masshantering. Den omtalade "juridifieringen" ökar trycket. Juristen läser lagen instrumentellt – för att avgöra det fall han eller hon har framför sig, för att göra sig av med det, gärna så snabbt som möjligt. Och rättsstatsidealet tycks kräva likriktning. Juristen ska inte vara individ, utan utbytbar. En kugge i maskineriet.

Om det någonstans finns utrymme för eftertanke ska det väl vara i rättsvetenskapen. Och så kan man se på den rättsvetenskapliga uppgiften: Rättsvetaren tänker där mer praktiskt inriktade jurister saknar tid och ro – tänker *åt* dem. Rättsvetenskapen är den juridiska praktiken samvete. Eller, givet den ovan skisserade idéhistoriska bakgrunden, juridikens värn mot formalismen.

Och ibland – ganska ofta, rentav – får man intrycket att det är ungefär så som rättsvetenskapens egna företrädare ser på saken.³³ Man sätter sig till doms över den praktiska juridiska verksamheten. Berömmar och tillrättavisar. Man *vet* ju trots allt bäst. (Vem vet bättre än vetenskaparen?)

Detta beteende är, emellertid, inte blott självförhärligande och förmått. Det är också riskabelt. Farligt. För närhelst man riktar blicken mot den andre, och dömer honom, glömmar man för ögonblicket sig själv, och riskerar sig själv. Grunden för den dom man utfärdar kan visa sig obefintlig, och istället för fast mark har man plötsligt en avgrund under fötterna. ("Må den, som är utan synd ...") Vad vi kan vinna genom att minnas det platoniska arvet är, tänker jag mig, en känsla för denna fara – för faran i den rättsvetenskapliga verksamheten. För den saknar vi. Vi är, för att tala med Nietzsche, *drömmare*: "vi bestiger med öppna ögon och likgiltiga för alla faror de farligaste vägar, klättrar upp på fantasteriets tak

³² Utan tvärtom godtycke. Jfr Diogenes Laertius redogörelse för efterspelet ("Meletus" och "Anytus" är de engelska namnformerna på två av de som låg bakom åtalet mot Sokrates): "[N]ot long afterwards the Athenians felt such remorse that they shut up the training grounds and gymnasia. They banished the other accusers but put Meletus to death; they honoured Socrates with a bronze statue, the work of Lysippus, which they placed in the hall of processions. And no sooner did Anytus visit Heraclea than the people of that town expelled him on that very day."; Diogenes Laertius, a a s 173.

³³ Av kollegial artighet avstår jag från att ge exempel. Här dock ett motexempel: H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s 37 f.

och torn, och utan minsta svindel, liksom födda att klättra – vi sömngångare på ljusa dagen! [...] Vi [...] outtröttliga vandrare på höjder som vi inte uppfattar som höjder, utan som vår släta mark, vår trygghet!”³⁴

Formalismen är en utmaning också för rättsvetenskapen. Den ansätter oss, som rättsvetare.

Allt detta låter, misstänker jag, farligt abstrakt. (Och hur skyddar man sig mot en abstrakt fara?) Låt mig göra det konkret.

I det i NJA 1989 s 117 refererade målet – ”Huset vid Göta älv”, välbekant för många³⁵ – finner HD:s majoritet att säljarna är skyldiga att ersätta köparna av en fastighet den skada de lidit med anledning av att det på fastigheten belägna huset fick utrymmas och överges till följd av en överhängande risk för skred. Givet omständigheterna fick fastigheten enligt majoriteten anses sakna en egenskap – nämligen egenskapen att vara beboelig – som kunde anses utfäst, trots att någon uttrycklig garanti ej lämnats. Därmed var förutsättningarna för att ersättningsskyldighet skulle åläggas säljarna uppfyllda, för enligt JB 4:19 st 1 p 2 har köparen rätt till ersättning för skada om ”fastigheten vid köpet avvek från vad säljaren får anses ha utfäst”.

Majoriteten tillämpar här den princip som etablerades genom avgörandet i NJA 1978 s 307, i vilket en enig HD tillerkände köparen av en nyuppförd villa med felaktigt utförda vattenledningsarbeten ersättning trots att ledningarna överhuvudtaget inte kommit på tal inför köpet.³⁶ HD utnyttjade då en i doktrinen uppmärksammas möjlighet, som i en nyckelpassage i skälen beskrivs på följande vis:

Det får nämligen – vid sidan av utfästelsefallen och därmed jämställda fall av positiva uppgifter från säljaren – anses föreligga ett visst, om än mycket begränsat utrymme för skadeståndsansvar. Vad som här åsyftas är sådana fall då ett fel innebär en så allvarlig och fundamental avvikelse från rimlig

³⁴ Nietzsche, Den glada vetenskapen (”la gaya scienza”), Stockholm-Stehag 2009, aforism nr 59.

³⁵ Fallet har kommenterats av Hellner i JT 1989/90 s 98 ff och av Runesson – under rubriken ”Huset vid Göta älv” – i Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 2 uppl, Stockholm 1998, s 313 ff.

³⁶ I NJA 1976 s 217, som gällde köp av en fastighet på vilken det förekom råttor ”i en utsträckning som får anses tämligen unik i dagens samhälle” hade köparsidan åberopat att fastigheten saknade en ”kärnegenskap”. HD avböjde att tillämpa resonemanget med hänvisning till den på fastigheten befintliga villans ålder och det faktum att det inte är helt ovanligt att fastigheter av det aktuella slaget hemsöks av råttor.

standard på fastigheten, att denna måste anses sakna en – för att använda en i doktrinen förekommande term – ’kärnegenskap’, som får anses utfäst ehuru frågan ej berörts vid köpeförhandlingarna.³⁷

Principen hade prövats och befunnits icke tillämplig i NJA 1985 s 871, som gällde en nyligen omgjord men felaktig elinstallation, och HD kom kort efter avgörandet i NJA 1989 s 117 även att, i NJA 1989 s 156, avstå från att tillämpa principen vid ett fall av köp av lös egendom: en hund, som led av ”höftledsdysplasi” och som av den anledningen avlivats.³⁸

Vi har alltså att göra med en princip som diskuterats i doktrinen, som HD tagit upp och sedan i en följd avgöranden bestämt närmare genom att ta ställning till tillämpligheten i en uppsättning konkreta situationer. Det är i sig ingenting märkligt med det. Tar man emellertid del av den mening som utvecklades av de skiljaktiga i NJA 1989 s 117, justitieråden Vängby och Solerud i förening, kan man möjligen få en annan uppfatt-

³⁷ Att ett sådant utrymme måste finnas påpekades av Karlgren; se Karlgren, *Avtalsrättsliga spörsmål*, 2 uppl, Stockholm 1954, s 97 ff. Enligt Hellner, a a s 98, torde det ha varit Sundberg som myntade uttrycket ”kärnegenskap” för att beskriva falltypen ifråga; se även Agell, *Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen*, SvJT 1972 s 721 ff, s 738 och således Sundberg, *Om ansvaret för fel i lejt gods*, Stockholm 1966, s 135 ff. Sundberg, a st, menade att övervägande skäl talar för att som en allmän köp- och hyresrättslig princip acceptera att naturagäldenären svarar vid avsaknad av sådana egenskaper som är så väsentliga för det kontrakterade godset att det typiskt sett inte kommer ifråga att inför avtalsslutet diskutera dessas förefintlighet, men som parterna, om de tillfrågas, tveklöst skulle ansett vara nödvändiga. Principen skulle, ansåg Sundberg, a a s 221, i stort sett lösa de problem som Karlgren förknippade med ”garantifikationerna”.

³⁸ Jfr NJA 1915 s 495, där HD fann förekomsten av lungpipning hos en häst hävningsgrundande utan att anse säljaren skyldig att utge skadestånd (ingen uttrycklig tillförsäkran). I förbigående vill jag anmärka att den tvekan som HD i NJA 1989 s 156 uttrycker avseende möjligheten att tillämpa kärnegenskapsresonemanget vid köp av lös egendom egentligen är grundlös; vilket också Hellner, a a s 100, tycks antyda. Det finns av skäl som utvecklas närmare nedan ingen anledning att kräva viss form för att en utfästelse ska föreligga – till och med skrivningen ”om varan vid köpet avvek från vad säljaren särskilt har utfäst” (40 § 3 st ”nya” KöpL) medger principiellt att säljarens ansvar grundas på en helt och hållet tyst utfästelse, dvs i situationer i vilka vare sig uttrycklig garanti eller ”enuntiation” föreligger men omständigheterna ändå varit sådana att köparen ägt utgå från att varan ska ha egenskapen ifråga; se här till Mellqvist – Persson, *Ny köplag – några noteringar*, SvJT 1990 s 386 ff, s 398 ff; Wetterstein, *Säljarens ansvar för utfästelser*, *Festskrift till Jan Ramberg*, Stockholm 1996, s 484 ff; Lehrberg, *Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp*, SvJT 1990 s 543 ff, s 555 ff; häremot dock H Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten* s 329; J Ramberg – Herre, *Allmän köprätt*, 5 uppl, Stockholm 2009, s 240.

ning. Minoriteten fann inte kärnegenskapsresonemanget tillämpligt och ville följaktligen ogilla köparnas skadeståndstalan. Men det är inte bara det att Vängby och Solerud ansåg att underlaget brast. De är i och för sig noga med att markera skillnaden mot situationen i 1978 års fall och de framhåller förvisso att det i ”en sådan situation är [...] naturligt att säljaren får svara för fel av den art som förelåg i målet”. Samtidigt är de skeptiska till den ifrågavarande principen som sådan; av deras resonemang följer rentav att denna egentligen saknar berättigande.

Grunden för sin skepsis, som är av principiell natur, hämtar dissidenterna hos Karlgren.³⁹

Om man utsträcker tillämpningen av regler om skadeståndsansvar för fall av tillförsäkrad egenskap till sådana lägen, där varken en garanti i egentlig mening eller en ’enuntiation’ föreligger, är, som Karlgren framhållit, möjligheten till en klar gränsdragning tillspillogiven; det blir fråga om den ’rent fingerade garantin’, (Avtalsrättsliga spørsmål, 2 uppl 1954 s 99).

Och tanken återkommer i det avgörande tillämpningsresonemanget:

Felet består i att fastighetens grundförhållanden var sådana att bostadsbyggandens bestånd var hotat. Detta är självfallet ett synnerligen allvarligt fel. Köpeavtalet har emellertid ingåtts mellan enskilda personer och i målet har inte framkommit att säljarsidan skulle ha känt till eller ens misstänkt att det förelåg bristfälliga grundförhållanden. Att under dessa omständigheter anse att det varit utfäst att det inte – trots att säljarna varken lämnat några som helst positiva uppgifter eller det eljest på deras sida förekommit något som tillnärmelsevis kan jämföras med utfästelse – är inget annat än en fiktion. Att på grund av en sådan förpliktad säljarna att utge skadestånd skulle inte motsvara syftet bakom bestämmelserna i 4 kap 19 § JB – att åstadkomma en ekonomiskt lämplig avvägning mellan säljarsidans och köparsidans intressen när det efter köpet visar sig att fastigheten är behäftad med faktiskt fel. Att säljarna, om fastigheten ekonomiskt sett är mer eller mindre värdelös på grund av felet, får betala tillbaka köpeskillingen är en sak. Däremot ter det sig knappast rimligt att enbart på grundval av en i rättstillämpningen fastlagd fiktion låta dem vara närmare än köparna att bära de senares individuella skada.

Sett för sig är resonemanget slående, i sin enkelhet. Man kan naturligtvis inte enbart med hänvisning till en *ren fiktion* flytta över kostnaden för en

³⁹ Samtidigt är ju Karlgren, som ovan antytts, möjligen principens upphovsman; se ovan n 37.

uppkommen skada från ett rättssubjekt till ett annat. Det är inte rättvist. Och det är inte rationellt, utan godtyckligt. För en fiktion är ju inte en *egentlig* grund, utan ett påhitt. Det finns alltså ingenting som kan fungera som kriterium för ansvarets inträdande utöver rättstillämparens skön; ingenting objektivt, ingen ... sak, och då är det klart att det blir svårt att ange var ansvarets gräns går.⁴⁰ Det finns liksom ingenting att peka på. Där är tomt. Det finns ingen uttrycklig garanti, överhuvudtaget ingen garanti "i egentlig mening", och inga "enuntiationer" eller "enuntiativa beteenden", vilket vill säga att situationen är sådan att "säljarna varken lämnat några som helst positiva uppgifter eller det eljest på deras sida förekommit något som tillnärmelsevis kan jämföras med utfästelse".

Men med detta rena, och i den meningen starka, resonemang vecklar minoriteten in sig i en motsägelser. För man gillar utgången i 1978 års fall, och argumenterar för att förevarande fall på ett avgörande sätt är annorlunda, vilket man inte hade behövt göra om det principiella utrymmet för den där tillämpade normen egentligen är noll. Eller menar man att ersättningsskyldighet förvisso skulle ha ålagts säljaren i 1978 års fall – trots avsaknaden av såväl uttrycklig garanti som enuntiationer – på en *annan*, i så fall dittills okänd, rättslig grund, som man hade fått konstruera där och då? Helt enkelt laga efter lägligheten? (Man konstaterar ju att utgången var naturlig.) *Det* hade varit att döma på grundval av en ren fiktion. För också 1978 saknades på säljarsidan varje tillstymmelse till positivt uppträdande med bäring på det där aktuella felet.⁴¹ Innebär

⁴⁰ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 96, karakteriserar konstruktionen så, att den "icke inrymmer något som helst reellt, annat än uppfattningen att inträdet av skadeståndsplikt är lämpligt", och anmärker, att i vilka lägen denna "enligt lagstiftarens mening och härskande åskådning är att applicera, blir [...] ofta vanskligt att avgöra."; se även Karlgren, a a s 99. Jfr Hellner, a st, som med anledning av att HD avböjde att tillämpa principen i fallet NJA 1989 s 156 konstaterar: "Osäkerheten förefaller nu att vara större än någonsin. Det finns ett ansvar för avsaknad av kärnegenskap, men det synes omöjligt att bedöma vad som är en kärnegenskap. Det är möjligt att det är en misslyckad princip – som ju främst beror på ett inflytande från den romerska rätten och den rättsbildning som edlerna införde – att låta skadeståndspåföljden, till skillnad från andra påföljder av fel, bero av utfästelse. Hur regeln än tillämpas förefaller resultatet bli godtyckligt." Men märk att Hellner i första hand kritiserar HD:s *tillämpning* av principen – det är *den* som ger upphov till osäkerhet, en osäkerhet som i sin tur *möjligen*, enligt Hellner, kan tänkas bero på principen som sådan. Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, Uppsala 2009, s 121, konstaterar att rättsläget, såvitt gäller köp av lös egendom, i avvaktan på ett ställningsstagande från HD får betraktas som ovisst.

⁴¹ Ritningar hade överlämnats, enligt vilka de läckande ledningarna skulle ha dragits i

det nödvändigtvis en fiktion att i detta läge anse en utfästelse föreligga, så gör det rimligen det 1978 såväl som 1989.⁴² Innebär det däremot *inte* nödvändigtvis en fiktion, åligger det minoriteteten, om den står fast vid att ersättning inte ska utgå i det senare fallet, att visa hur och varför principen inte kan tillämpas där, och då har man inte rätt att rakt av åberopa att fråga är om en fiktion. Man kan inte tillämpa en princip samtidigt som man underkänner den.⁴³

Det vore vidare olyckligt – materiellt sett – om minoritetens resonemang höll streck. För sannolikheten för att parterna inför avtalsslutet tar upp en möjlig avvikelse från förväntad standard till diskussion minskar naturligtvis om avvikelsen ifråga är ovanlig, vilket ju, som Karlgren själv understryker, innebär att köparen, om säljarens ersättningsskyldighet begränsades till fall av positivt uppträdande (i form av uttrycklig garanti, enuntiation eller enuntiativt beteende), skulle stå utan rättsligt skydd i skadeståndshänseende i de mest ömmande fallen:

just i de mest stötande felsituationerna – där det är mest ovanligt att fel förekomma och där köparen alltså har minst anledning att frammana några lugnande uttalanden l.dyl. å säljarens sida [...] ⁴⁴

Av denna anledning, och då det i många fall måste bero av rena tillfälligheter huruvida säljaren väljer att uttala sig om en viss egenskap hos köpeobjektet eller ej, finner Karlgren att gränsdragningen skulle bli ”synnerligen irrationell” om säljarens ersättningsansvar villkorades av att det förekommit en enuntiation eller något därmed jämfästligt beteende.⁴⁵

Men vänta nu ... Skulle man gå i andra riktningen, och utsträcka säljarens ansvar till fall i vilka positivt, relevant beteende alldeles saknas skulle ju själva möjligheten till en klar gränsdragning – enligt samma Karlgren,

taket istället för i golvet, och även om det som HD anmärker ”kan tänkas att under speciella omständigheter enbart överlämnande av byggnadsritningar kan ges den innebörden att säljaren därigenom utfäster att byggnaden utförts i enlighet med ritningarna” så gav utredningen inget stöd för att ritningarna i det aktuella fallet skulle ges en sådan tolkning.

⁴² Se även Hellner, a s 99.

⁴³ Renhårigare hade varit att som JustR Lindskog i NJA 2008 s 826, som gällde en eventuell tillämpning av den familjerättsliga figuren ”dold samäganderätt” – ett fenomen som i mycket är analogt med de ”garantifiktioner” som förevarande text behandlar –, gå på given praxis, men i ett tillägg utveckla sin avvikande uppfattning i sak.

⁴⁴ Karlgren, a s 98 f.

⁴⁵ A a s 97 f; se även Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken, Lund 1976, s 55.

och som Vängby och Solerud uppmärksammar – vara tillspillogiven!⁴⁶ Så Vängby och Solerud föredrar att hålla fast vid en gränsdragning som kanske är *klar*, men som inte desto mindre är *synnerligen irrationell*? Varför?

Här är det någonting som skorrar falskt. Eller kanske flera saker. Jag är inte riktigt rättvis när jag låter Vängby och Solerud, när de använder Karlgrens namn och argument, också stå för de *konsekvenser* som Karlgren, i just det resonemang som åberopas, menar att argumentet ifråga leder till. Likafullt kan det hävdas att Vängby och Solerud gör Karlgren orätt, för de rycker ett påstående ur hans resonemang, tillsynes obrydda om att detta är på väg in i en återvändsgränd.

Det skaver alltså i *övergången mellan praxis och doktrin*: I min läsning av minoritetens votum och i minoritetens läsning av Karlgren. Nu är detta fullt naturligt – rättsvetenskap och domar produceras på skilda villkor. Föreliggande text och Karlgrens analys i ”Avtalsrättsliga spörsmål” följer andra regler än de som Vängby och Solerud måste foga sig efter.⁴⁷ Rättstillämparens skäl är skrivna för att leda fram till och rättfärdiga avgörandet i den sak det gäller, på ett genrespecifikt sätt som i jämförelse med det rättsvetenskapliga framstår som jäktat.⁴⁸ Det är inte det att rättstillämparens språk, som man först kanske frestas att tro, är mer effektivt eller målrationellt – för rättstillämpning och rättsvetenskap har *skilda* mål. Vetenskap som skrivs alltför direkt och rakt på sak blir i realiteten ineffektiv. Målet är ju, enkelt uttryckt, att säga *sanningen*, som man måste närma sig med viss känsla för takt (grunden för det som praktikern kanske ser som subtiliteter och spetsfundigheter).⁴⁹ I denna text, till exempel, utgår jag från Sokrates rättegång och död, kommer därifrån till ett konkret avgörande i HD – NJA 1989 s 117 – och går vidare, inte därför att jag vill krångla till det utan därför att poängen, den poäng som jag vill göra, når man just den vägen, och inte på något annat sätt (och poängen kanske är subtil, ja, men också *därför* värd att försöka för-

⁴⁶ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99.

⁴⁷ När relationen mellan praxis och doktrin diskuteras på ett abstrakt plan framhålls emellertid gärna likheterna; se senast Kleinman, Rättsdogmatisk metod, Korling-Zamboni (red), Juridisk metodlära, Lund 2013, s 21 ff. (Man får hålla i minnet att likhet och skillnad inte är absoluta storheter.)

⁴⁸ Larenz, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1966, s 20, anmärker att praktikerns situation kännetecknas av närheten till fallet och därmed av *nöden* att omedelbart finna fram till ett avgörande.

⁴⁹ Se vidare J Samuelsson, Hermeneutik s 374.

medla). Och *Karlgrens* texter är formliga labrynter. Det är inte konstigt att Vängby och Solerud går vilse där, om det är det de gör. Det är snarare i det närmaste oundvikligt. För de går över en gräns mellan skilda genrer, från ett spel till ett annat, och de skulle ha ett principiellt sett olösligt översättningsproblem på halsen *om* det vore så att de gjorde anspråk på att läsa Karlgren på hans egna premisser. Så är emellertid knappast fallet. Vängbys och Soleruds läsning är brutalt instrumentell. De tar vad de behöver, och i några snabba rörelser har de ett fullständigt resonemang, från rättsfråga till det svar de gillar. De dömer, helt enkelt. Men ska man döma *dem*, får man göra det på deras premisser.⁵⁰ Rimligen finns det då inte mycket att anmärka på. Vängby och Solerud använder Karlgren mer eller mindre så som man vanligen använder doktrinen i domstol. Att det blir pannkaka ur rättsvetenskaplig synvinkel sett är en sak för sig. Det är helt i sin ordning.⁵¹ Fullkomligt normalt.⁵²

Jaha. Man kan undra vad den apologetiska hållning som utvecklas här har för följder för det bruk *rättsvetenskapen* gör *av praxis*?⁵³ Ska man inte få kritisera domstolarna när deras resonemang brister i rationalitet? Jo, det är ju det vi gör, vi rättsvetare. Bland annat. Men vi bör göra det *försiktigt* (det normativa ideal som denna text ger uttryck för).⁵⁴ Det är genom möjligheten att göra det – att ta det lugnt – som rättsvetenskapen intar en särställning. *Vi* kan ge akt på omständigheterna. Visa de saker det gäller

⁵⁰ Jfr Lambertz, Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s 261 ff, s 278: ”Jag inser mycket väl att jag inte kan sätta mig till doms över rättsvetenskapen och att mitt perspektiv är alltför begränsat för att man skall kunna förlita sig på det. Men praktikernas respekt för rättsvetenskapen riskerar att vara alltför stor och det är viktigt att vi praktiker säger vad vi tycker, från vårt perspektiv. Rättsvetarna måste å sin sida vänja sig vid att bli ifrågasatta på samma sätt som de i sin yrkesverksamhet anser det självklart att de kan och bör ifrågasätta (ofta i alltför stränga ordalag, tycker jag) lagstiftare och domare.”

⁵¹ Det är klart att det finns gränser – som vanligt är de inte på förhand givna och omöjliga att definiera exakt, samtidigt som det är enkelt att ge exempel på klara fall, så som rena felläsningar.

⁵² Ett parallellt fall är HD:s hantering av Vahlén i NJA 1999 s 629, som jag ägnar en utläggning i J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 246 ff.

⁵³ Ett bruk som är lika instrumentellt, och ibland lika brutalt, som det bruk domstolarna gör av doktrinen.

⁵⁴ Och det kan fungera som svar på de *krav* som från praktikerhåll ibland ställs på rättsvetenskapen; se och jfr t ex Edlund, Civilrättsforskningens uppgifter – replik från en praktiker, SvJT 1992 s 418 ff; Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens uppgifter, SvJT 1992 s 78 ff; dens, Nyttig och onyttig rättsvetenskap; Lind, Rättsfallsanalyser: recension eller analys?, JT 1995/96 s 232 ff; dens, Högsta domstolen och frågan om motiv och doktrin som rättskälla, JT 1996/97 s 352 ff, s 360 ff.

den omsorg de kräver – låta dem komma till tals och höras över sorlet: Uppmärksamma skillnaderna, dissonanserna, och på så sätt motverka den allmänna likriktningens meningslöshet.⁵⁵ Eller så.

Vi återvänder till minoritetens resonemang i NJA 1989 s 117 och till Karlgrens analys av "anses-utfästelsernas" problematik, men vi ökar upplösningen.

Vängby och Solerud ville inte hålla säljaren ansvarig för köparens skada på grundval av vad de ansåg vara en ren fiktion: att en utfästelse skulle anses föreligga trots avsaknad av positiva uppgifter eller liknande på säljarens sida – bland annat skulle då möjligheten till en klar gränsdragning "vara tillspillogiven". Tanken att det skulle vara fråga om en ren fiktion samt argumentet om gränsdragningsmöjligheten hämtar de från Karlgrens "Spörsmål". Som vi sett reser detta frågan hur noga minoriteten läst Karlgrens text, för Karlgren själv drar *inte* slutsatsen att garantifiktionerna bör undvikas vid fastställandet av säljarens skadeståndsansvar. Detta skulle nämligen ge en gränsdragning som, med Karlgrens ord, framstår som "synnerligen irrationell".

Där var vi. Vid konstaterandet att det möjligen föreligger en märklighet i källhanteringen – och om denna är ursäktlig, vad finns det då att säga om saken? Förslagsvis frågar man sig vad den – saken, alltså – egentligen gäller. Vad står på spel? Säljarens ansvar, det är givet, men varför är den frågan svår? Vi har en oenig Högsta domstol och en utläggning av Karlgren, som i sig tydligen inte är helt transparent. Var ligger egentligen problemet?

I ett domstolsperspektiv är frågan hur man vid tolkning och tillämpning av JB 4:19 givet omständigheterna i det konkreta fallet ska åstadkomma den rimliga avvägning mellan köparens och säljarens intressen som lagrummet (naturligtvis) syftar till att möjliggöra. Det krävs ett ställningstagande – att risken läggs på köparen eller på säljaren – samt övertygande argument. Och det är väl felets abnorma karaktär som ställer till det. TR:n ansåg att det överhuvudtaget inte var fråga om fel, med hänvisning till att det i det närmaste var fråga om en naturkatastrof, och att det vid "en avvägning mellan köparens och säljarens intressen framstår [...] som orimligt och oförenligt med allmänna köprättsliga regler att säljaren skall bära ansvaret för sådana utan mänsklig påverkan åstadkomna markförhållanden som kan leda till naturkatastrofer". Ett något svepande, force majeure-liknande resonemang som ställdes på huvudet av Sten

⁵⁵ Se och jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff.

Hillert, som avgav ett utlåtande över saken, och en enig HovR (bland ledamöterna återfinns en adjungerad docent Grauers). Hillert ansåg, enligt referat i HovR:ns skäl, att en ”rimlig avvägning mellan köparens och säljarens intressen [...] rimligen [ger] – tvärt emot TR:ns mening – i stället i överensstämmelse med tankarna bakom lagregeln till resultat att säljaren blir felansvarig”.⁵⁶ Utöver billighetsskäl är argumentet då att rättskällorna inte ger något stöd för det undantag, i princip för force majeure, som TR:n uppställer. HovR:n gick på Hillerts linje i frågan om fel förelåg eller ej och ansåg därtill att fastigheten, med hänsyn till felets omfattande verkningar, avvikit från vad som kunde anses utfäst, varför köparna tillerkändes rätt till skadestånd. Det var endast denna sista fråga som gjordes till föremål för prövning i HD, och det var den som minoriteten till skillnad från majoriteten ville besvara nekande: Inget skadestånd till köparna, för det skulle inte svara mot syftet bakom JB 4:19, som ska vara ”att åstadkomma en ekonomiskt lämplig avvägning mellan säljar- sidans och köparsidans intressen när det efter köpet visar sig att fastigheten är behäftad med faktiskt fel”. Varför? Eller varför inte? Det är i detta sammanhang – för att ge den lämplighetsbedömning, som alla är överens om ska göras, innehåll – som minoriteten avvisar kärnegenskapsresonemanget under åberopande av att detta skulle innebära en ren fiktion: Någonting som inte *är* någonting kan inte rimligen få vågskålen att tippa över, och motivera att risken flyttas från köpare till säljare. Minoritetens resonemang accentuerar så den *tomhet* som präglar bedömningen. Det finns liksom inga riktmärken; ingenting att ta på, och det har sina skäl.

Det problem som Karlgren brottas med i den aktuella passagen i ”Avtalsrättsliga spørsmål” är av mer principiell natur, men det är, som vi småningom ska se, ändå inte så annorlunda.

Som vanligt när det gäller Karlgren handlar det om att pröva rättskällematerialets – främst lagstiftningens – hållfasthet, i första hand genom att följa olika tolkningar till deras logiska slut.⁵⁷ Vad han söker är klarhet, och hans kritik är inte normativ, i stark bemärkelse, utan snarare nyanserande, och, ofta, komplicerande. Hur ska vi förhålla oss till de rättsliga texter som är oss givna?

Alltså till exempel: Lagstiftaren arbetar med lokutionen ”som kan

⁵⁶ Märk det dubbla åberopandet av resonemangets rimlighet.

⁵⁷ Jfr Arnholm, Avtalerettslige spørsmål, SvJT 1955 s 316 ff, s 316: ”[I]ntet er fullkomment i denne verden. Selv avtaleloven har sine skavanker. Efterhånden har man oppdaget nokså mange. Karlgren var en av dem som først begynte å sette spørsmålstegnene [...]”

anses tillförsäkrad” och liknande skrivningar.⁵⁸ Frågan blir då hur detta ska förstås. Och här hamnar Karlgren, givet sina premisser, i ett dilemma. Tolkar man ”anses”-kvalifikationen snävt, så att denna utöver ”rena” garantier endast kommer att omfatta fall av positiva uppgifter samt därmed jämställt beteende, blir gränsen för det aktuella stadgandets tillämpningsområde godtycklig och orimlig. Tolkas den däremot vitt, så att också underlåtelsefall – det vill säga rent fingerade garantier – omfattas, har man gjort det möjligt för rättstillämparen att nå ett rimligt resultat, och därmed att förverkliga vad som bör vara bestämmelsens syfte, men det till priset av att det blir omöjligt att säga var gränsen för ansvaret går – lagstiftaren skulle i realiteten ha lämnat rättstillämparen i sticket.

Märk att ett underliggande tema här är den urgamla motsättningen mellan form och materia i juridiken. Valet står mellan klarhet och rimlighet. Och som brukligt är när denna motsättning görs explicit tar författaren ifråga ställning för materia, mot formen.⁵⁹ Det ”finns näppeligen något bärkraftigt motiv” att dra gränsen vid positivt uppträdande.⁶⁰ Det vore rentav ”föga rimligt”.⁶¹ Och som vi sett menar Karlgren att det skulle ge stötande resultat.⁶²

Alltså?

Nödvändigt blir [...] *ur praktiska synpunkter* att gå vidare och statuera skadeståndsansvar även då ett särskilt, från säljaren emanerande positivt uppträdande av enuntiativ karaktär icke kan påvisas. Felfrihet *måste* understundom ’anses tillförsäkrad’ i saknad icke blott av en garanti i egentlig mening utan även av en enuntiation; man *måste* i större eller mindre utsträckning taga sin tillflykt till den ’rent fingerade garantin’. [Mina kursiveringar.]⁶³

⁵⁸ Vid det aktuella tillfället stod 42 § 2 st i 1905 års köplag i fokus för Karlgrens uppmärksamhet. Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 97, nämner även 59 § samma lag, 11:1 dåvarande JB, 9 § skuldebrevslagen samt regeln om hemulsansvar i 1:6 nyttjanderättslagen.

⁵⁹ Detta bruk gör det retoriskt effektivt att vända dikotomin upp-och-ner, och ta ställning för formen – se t ex Kihlman, Fel, Stockholm 1999, s 19 ff och 32 ff; Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl, Uppsala 2006, s 17 och 203; Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, s 38 ff, 74 ff, 88 och 116 ff eller för den delen redan Göranson, Traditionsprincipen, Uppsala 1985, s 419 ff – eller att förhålla sig neutral till den; se t ex H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen, Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W Dufwa, Stockholm 2006, s 53 ff; J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 479 ff.

⁶⁰ Karlgren, a a s 97 f.

⁶¹ A a s 98.

⁶² Ovan vid n 44.

⁶³ A a s 99.

Visserligen – och här kommer vi till det led i resonemanget som Vängby och Solerud tog fasta på – innebär detta enligt Karlgren att möjligheten till en klar gränsdragning har gått om intet. Men det är där vi står. Karlgrens konklusion i avsnittets sista mening lyder: ”Bedömandet måste i realiteten ske efter andra linjer än dem lagen skenbart ger anvisning på.”⁶⁴ Rättstillämparen är *så illa tvungen* att klara sig utan ledning.⁶⁵ Alternativet är formalism.

Det kan tilläggas att Karlgren, när han själv, under sina sista år, fick tillfälle att utveckla sin syn på nya jordabalkens felregler, med övertagande av argumentationsmönstret från ”Spörsmål” tog ställning för en vidare tolkning av JB 4:19, enligt vilken huvudregeln, att köparens skada inte ska ersättas, balanseras av ett aktivt bruk av ”ansesregeln”.⁶⁶

Så långt egentligen bara resonemangets struktur. För förståelsen krävs också kontext. Och då vill jag säga att det problem som Karlgren här gör sig är typiskt för honom, och att han inte kunde undvika att möta just denna typ av problem, såtillvida som den – problemtypen – följde med de premisser med vilka civilrättsvetenskapen arbetade då; den fanns inskriven i Karlgrens eget språk.

Hurså? Som rättsvetenskaplig författare tog Karlgren konsekvenserna av den i vid mening realistiska revolution som de närmast föregående generationerna hade iscensatt – då räknar jag från det sena artonhundratalets danska objektivism fram till dess att den teoretiska överbyggnad som Uppsalafilosofin tillhandahöll fick rättsvetenskapligt genomslag på tjugotalet.⁶⁷ De gamla strukturerna var undanröjda eller starkt ifrågasatta, och principerna för hur juridiken nu skulle framställas låg någorlunda fast, åtminstone i teorin, men något nytt system hade man ännu

⁶⁴ A a s 99.

⁶⁵ Annorlunda alltså enligt Vängby och Solerud, som föredrar den ståndpunkt som Karlgren kritiserar (”den här kritiserade ståndpunkten”; Karlgren, a a s 99).

⁶⁶ Och denna läsning kontrasterade han mot en tolkning som ”lägger tyngdpunkten på *ordalagen* i 19 §” – alltså mot en överdriven formalism; se Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 48 ff (citatet på s 53). I och med att stadgandet före 1990 vid sidan av utfästelsefallen endast tillerkände köparen skadestånd vid säljarens svek var behovet av en nyanserad läsning stort.

⁶⁷ ”Genomslag” är kanske för mycket sagt, åtminstone om man undantar lärjungarna Lundstedt och Olivecrona, men en realistisk effekt kan konstateras, t ex i Karlgrens egen avhandling, ”Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet”, som utkom 1929; se detta arbete s 12 f; se vidare Björne, Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia, del IV 1911–1950, Stockholm 2007, s 154 ff.

inte – bara utkast, idéskisser. I det läget blev det Karlgrens uppgift – hans generations uppgift – att pröva principernas hållfasthet och att utröna var gränserna skulle dras.⁶⁸ Och Karlgren är lojal med uppgiften, samtidigt som hans samvetsgranna analyser ofta utmynnar i skepsis.

Mönstret är tydligt åtminstone på avtals- och kontraktsrättens område. Det grundläggande realistiska budskapet var där, att man vid fastställelandet av avtalets innehåll måste skilja det som parterna faktiskt kommit överens om från det innehåll som rättstillämparen lägger i avtalet – dolt eller öppet, med tillämpning av rättsliga normer eller efter fritt skön.⁶⁹ I princip tillämpas tanken endast i en riktningen, *mot* dittillsvarande civilrättsvetenskap, som nu uppfattas som ”viljeteoretisk”. Man får inte åberopa partsviljan när detta saknar täckning i realiteterna. Det paradigmatiske exemplet är objektiviseringen av förutsättningsläran, i Danmark hos Møller och Ussing: Istället för att fråga sig hur parterna skulle ha ställt sig till möjligheten att en förutsättning slår fel om de hade tänkt på saken, vilket med realistisk logik vore att falla tillbaka på en ren fiktion, ska man isolera typsituationen tillsammans med de värderingar som objektivt sett bör gälla och på den grunden ställa upp en uttrycklig rättsregel.⁷⁰

Den stora frågan i Karlgrens avtalsrättsliga författarskap, om det finns en sådan, är hur denna demarkationslinje – gränsen mellan det som *är* avtalat och det som *bör anses* avtalat – ska kunna upprätthållas.⁷¹ Han försöker hantera viljeförklaringsbegreppet, som i klassisk tappning tycks vara rest tvärs över linjen ifråga.⁷² Han granskar de för äldre civilrätt så betydelsefulla kutymerna och försöker dra gränsen mellan blott faktisk sedvana och rättskälla.⁷³ Han tar sig an passivitetsläran med utgångspunkten att faktisk passivitetsverkan måste skiljas från legal sådan.⁷⁴ Han

⁶⁸ För nu skulle ett normalvetenskapligt skede inträda – det som i Kuhns modell kännetecknas av *puzzle-solving*; se Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd ed, Chicago 1996, s 35 ff.

⁶⁹ Det är detta budskap som är undersökningsobjektet i min avhandling, ”Tolkning och utfyllning”.

⁷⁰ Møllers ”Forudsætninger” utkommer 1894; Ussings ”Bristende Forudsætninger” 1918.

⁷¹ Det skulle kunna tänkas att jag här helt enkelt projicerar mitt eget avhandlingsämne – se ovan n 69 – på Karlgrens texter, men jag tror inte det.

⁷² Se Karlgren, *Avtalsrättsliga spörsmål* s 179 ff; dens, *Studier i allmän avtalsrätt*, Lund 1935, s 61 f; dens, *Till frågan om den rättsliga viljeförklarings imperativa natur*, Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s 324 ff.

⁷³ Karlgren, *Kutym och rättsregel*, Stockholm 1960.

⁷⁴ Karlgren, *Passivitet*, Stockholm 1965. För den grundläggande distinktionen se a a s 7 ff.

hoppas på distinktioner: mellan tolkning och utfyllning,⁷⁵ i relation till misstagsregeln i 32 § 1 st AvtL mellan tolkning och omtolkning⁷⁶ och i kontraktsrätten mellan utfästelse och enuntiation.⁷⁷ Men ingenstans når han riktigt fram. Det ger hans skrivande – så mycket som han utträttar på vägen – ett *famlande* drag.⁷⁸

Det är typiskt när han i inledningen till den uppsats i "Avtalsrättsliga spörsmål" som Vängby och Solerud åberopar i NJA 1989 s 117 skriver:

Inom den allmänna avtalsrätten utgör som bekant den s.k. förutsättningsläran en svårbearbetad materia. De resultat, vartill man inom doktrinen, efter åtskilliga ansträngningar på området, kommit, äro skäligen blygsamma, och det kan just icke påstås, att framstegen i rättspraxis äro mycket större. Utsikterna att erhålla någon mera generell lösning av förutsättningsspörsmålen förefalla vid det här laget mörka. Den 'subjektiva' förutsättningslärans (LASSENS) relativt enkla schema rörande betingelserna för att en oriktig eller bristande förutsättning skall anses relevant står sig vid en närmare granskning – mera generellt sett – icke, därom äro väl numera de flesta ense, och några riktlinjer av mera allmängiltig räckvidd ha 'objektivisterna' (USSING m.fl.) knappast kunnat sätta istället.

I ett avseende ligger det emellertid nära till hands att [...] ⁷⁹

Detta är grundstämningen i Karlgrens texter. Han skriver, med ett engelskt uttryck, *after the event*. Han plockar bland resterna; gör vad han kan.⁸⁰ Och när han under den här aktuella utredningens gång når fram

⁷⁵ Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning, SvJT 1961 s 212 ff, s 215 ff.

⁷⁶ Karlgren, Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen, SvJT 1966 s 161 ff.

⁷⁷ Se vidare nedan s 165 ff.

⁷⁸ Jag är inte ute efter att på något sätt förringa Karlgrens insatser – tvärtom; se nedan n 80. En *ärligare* rättsvetenskap får man leta efter.

⁷⁹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 79; se och jfr t ex dens, Kutym och rättsregel s 29; dens, Tolkning och omtolkning s 162.

⁸⁰ Han verkar under ett *skede* i rättsvetenskapens utveckling (ett cykliskt återkommande sådant). W B Yeats dikt "The Nineteenth Century and After" sätter ord på den karaktäristiska stämningen:

Though the great song return no more
There's keen delight in what we have:
The rattle of pebbles on the shore
Under the receding wave.

Gilmore, The Death of Contract, 2nd ed, Columbus, Ohio 1995, s 111, skriver: "During classical periods, which are, among other things, extremely dull, it seems that nothing

till garantin som ansvarsgrundande rättsfaktum och kan konstatera att lagstiftarens laborerande med anses-lokutionen skapar det dilemma, som vi vid det här laget börjar bli bekanta med, är det också typiskt. För denna skrivning är en rest från den juridik som Karlgrens föregångare gjorde uppror mot och kan som sådan inte längre förstås, utan får – på klassiskt realistiskt manér – istället förklaras som en produkt av historiska tillfälligheter, förmedlad från romersk rätt via tysk rättsvetenskap. Så beskriver Karlgren i en utförlig not⁸¹ hur den romerska rätten, i pandektisternas version, principiellt utgick från att, vid speciesköp, även en felaktig prestation räknades som kontraktsuppfyllelse, emedan köparen ändå erhållit den sak som utlovats. Enligt huvudregeln förelåg någon rätt till skadestånd följdenligt inte. Undantag medgavs endast vid svikligt förtigande på säljarens sida samt vid *dicta et promissa* (sagt och lovat), det vill säga i garantifall. Denna för köparen stränga ordning sägs ha mildrats av edlerna genom en utökad hävningsrätt, och i denna form kom systemet småningom att upptas i BGB (§§ 462–3) såväl som av den svenske lagstiftaren (i 42 § 2 st 1905 års köplag).⁸²

Sistnämnda omständighet finner alltså Karlgren – som menade att säljaren borde svara redan vid culpa⁸³ – olycklig. ”Säkert är,” skriver han, ”att någon sakligt bärande motivering för ifrågavarande lagbud icke föreligger.”⁸⁴ Och när motsvarande reglering togs upp i nya JB beklagade han även det:

Det måste [...] sägas att lagstiftaren råkat välja en dålig förebild. Allmänt erkänt torde nämligen vara, att sagda huvudregel i 42 § andra stycket [av

interesting is ever going to happen again. but the classical aesthetic, once it has been formulated, regularly breaks down in a protracted romantic agony.” En sådan enkel motsättning har sin begränsningar, men kan likafullt vara användbar. T ex tror jag att man träffar någonting väsentligt om man beskriver det tidiga nittonhundratalets förmögenhetsrättsliga realistiska rörelse som *klassisistisk*, trots den revolutionära retoriken. För den etablerade ett mönster för tanken som suttit så hårt att det fortfarande, nästan hundra år senare, styr vårt tänkande. I förhållande till denna klassicism kan Karlgren betraktas som romantiker – och i det ligger mycket av hans storhet; *han* tog ett steg som vår tids förmögenhetsrätt ännu inte tagit.

⁸¹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99 ff n 32.

⁸² Historien återberättas av Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 737 och Hellner (se ovan n 40) samt av Karlgren själv; se dens, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 53 f.

⁸³ Lagstiftaren gick senare Karlgren till mötes på denna punkt; se ovan n 65.

⁸⁴ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 104 n 32.

innebörd att köparen inte äger rätt till skadestånd] är otillfredsställande och förklarlig endast [av historiska skäl].⁸⁵

Det hjälper inte att lagstiftaren mildrat följderna med anses-lokutionens hjälp, då ju denna, som vi sett, enligt Karlgren inte ger någon ledning – *eftersom* den bygger på en fiktion.⁸⁶

Analysen kan sammanfattningsvis med fog betecknas som just ”skeptisk”. Lagstiftaren har nu en gång bestämt att säljaren är skyldig att ersätta köparens skada i den mån denna kan hänföras till avsaknaden av en egen-skap som kan anses utfäst. Därmed lindras effekterna av en huvudregel som i sig är orimlig och irrationell. För att undantaget i sin tur inte ska bli orimligt och irrationellt måste det emellertid ges en tolkning som i realiteten gör detta innehållslöst. Systemet låser sig.

Emellertid: Låsningen sker på det begreppsliga planet – är av närmast logisk karaktär – och begreppen är Karlgrens egna.

Det ämne som avhandlas i den uppsats i ”Spörmål” det gäller är, som framgår av den redan citerade inledningen, förutsättningsläran. Specifikt gäller det möjligheten att ”skapa mera enhetliga och översiktliga regler” inom ett snävare spann, omfattande de fall i vilka en förutsättning måste tillmätas relevans *på grund av att motparten förhållit sig på visst sätt* – till exempel svikligt. Nu skiljer Karlgren – och det är den grundläggande objektivistiska manövern på förutsättningslärans område – mellan förutsättningar och avtalsvillkor (i meningen tillhörande det egentliga avtalsinnehållet).⁸⁷ Givet ämnesvalet befinner vi oss alltså per definition på ett fält där rättsverkningarna inte kan fastställas genom tolkning av kontrahenternas viljeförklaringar utan istället måste fastställas med tillämpning av rättsliga standarder (det vill säga genom utfyllning). Om man aktivt söker, eller söker fastställa, sådana normer och därtill, likt Karlgren, är realist också i den handfasta bemärkelsen att man endast vill erkänna påtagliga, faktiska fenomen som rättsfakta ... vad kommer man då att säga om säljarens utfästelseansvar i den form detta givits i 42 § 2 st 1905 års köplag?

⁸⁵ Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 53.

⁸⁶ Jfr Karlgren, a a s 56: ”Man måste undra om ej ansesregeln, hur nyttig den än eljest må vara, ibland kan föra för långt. Så kan det gå när en dålig huvudregel skall få sin brist avhjälpt genom en fiktiv ’motregel’.”

⁸⁷ Se här till Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s 124 ff.

Karlgren skiljer åtminstone för sin del först, bland allt det som kan *anses* tillförsäkrat, ut det som verkligen *är* tillförsäkrat, och detta kallar han "garanti i egentlig bemärkelse". I jakten på omständigheter på säljarens sida som kan läggas till grund för slutsatsen att risken för att varan saknar viss egenskap ska läggas på honom, vad kan, vid sidan av svek, vara mer påtagligt och entydigt än att säljaren faktiskt lovat att varan ska ha egenskapen ifråga?⁸⁸ Visserligen faller de "egentliga" garantierna utanför Karlgrens undersökningsområde, i och med att de utgör avtalsinnehåll och det då saknas anledning att falla tillbaka på förutsättningsläran,⁸⁹ men de får ändå en avgörande betydelse som paradigmatiskt exempel när Karlgren går vidare över på förutsättningslärans område och söker efter sådant som inte är garantier, men som ska tillmätas relevans eftersom det ändå kan "anses" vara det.⁹⁰ På denna sida finner han "det positiva uppträdandet av 'enuntiativ' natur",⁹¹ ett uppträdande som, utan att det kvalificerar sig som garanti, givit motparten uppfattningen "att sakläget var annorlunda beskaffat än det i verkligheten var".⁹² *Sakläget*. Då handlar det om en förutsättning, inte om ett avtalsvillkor.

Karlgren förtydligar:

Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant, ett plus i form av ett särskilt positivt uppträdande, men naturligtvis icke vilket uppträdande som helst utan ett som är av den art att det faktiskt föranleder den handlande att tro, att läget är på visst sätt beskaffat.⁹³

⁸⁸ Vad som *kan* ifrågasättas är emellertid vilka rättsverkningarna ska bli. Att det inte är givet att ansvaret ska vara strikt framhålles av Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 86; se även dens, Utfästelse och "enuntiation" s 132.

⁸⁹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 85.

⁹⁰ Se a a s 87.

⁹¹ Karlgren lånade terminologin från Lassen, Om Betingelserne for Tilbagesøgning af Ydelser, der ere erlagte i urigtig Formening om Skyld, UfR 1889 s 1 ff, s 5, som för sin del lät termen "enuntiation" beteckna ett gäldenärens agerande som visserligen ger motparten fog för uppfattningen att ett visst rättsförhållande är för handen, men som inte är av den beskaffenheten att det kan tolkas så att gäldenären velat binda sig rättsligt. Märk att detta sett för sig är obegripligt ur modern svensk avtalsrättslig synvinkel. Tolkningen ska ju vara objektiv och göras utifrån motpartens horisont.

⁹² Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 88. Rodhe, Obligationsrätt, Stockholm 1956, s 226, ansluter sig, med direkt hänvisning till Karlgren, till denna begreppsbestämning. (Anmärkas kan att Karlgren, Utfästelse och "enuntiation" s 127, sagt sig i denna passage hos Rodhe se ett uttryck för vad som "lärer vara härskande lära".)

⁹³ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 88.

Här befinner vi oss ett steg bort från den egentliga garantin. Att, om en säljare som betett sig *så*, säga att han eller hon får anses ha åtagit sig en garanti är, menar Karlgren, något oegentligt, för det *har* han eller hon ju inte.

Visserligen:

Om någon renodlad fiktion är det icke tal, eftersom en enuntiation förvisso är något reellt. Men vad som fingeras är likafullt, att enuntiationen har karaktären av en viljeförklaring, ty det föreligger icke något rättsfaktum i en viljeförklarings gestalt.⁹⁴

Och därutöver? I avsaknad av ”positivt” uppträdande? Ja, det blir det rena underlåtelsefallet. Har motparten inte gjort någonting, och det som uttryckligen efterfrågades var just relevansgrundande omständigheter på motpartens sida – att motparten ”förhållit sig på visst sätt” –, så blir naturligtvis konklusionen att där ingenting finns att gå på.⁹⁵ Anser man ändå att en garanti föreligger så blir det rätt och slätt en fiktion. Nu menar Karlgren, märk väl, att ansesregeln *ska* tolkas så att den är tillämplig även i det rena underlåtelsefallet – eftersom han ju anser att alternativet är värre.⁹⁶

Den struktur som här faller ut kan illustreras så:

utfästelse	positivt uppträdande	avtalsvillkor/ tolkning	egentlig garanti	realitet
enuntiation eller enuntiativt uppträdande		förutsättning/ utfyllning	oegentlig garanti	realitet fiktion
ren underlåtelse	avsaknad av positivt uppträdande		garanti i rent fingerad bemärkelse	fiktion

Vad detta tycks visa är, att ansesregeln är absurd. Att det förhåller sig så ska ju också vara ”allmänt erkänt” och någonting som kan skyllas på slumpen – vilket är ett annat sätt att säga att lagstiftaren inte är rationell (i den nyare, objektivistiska rättsvetenskapens mening).

I ett nötskal ligger det absurda i att vi här givits en regel som, i under-

⁹⁴ A a s 89.

⁹⁵ Jfr Karlgren, Passivitet s 11.

⁹⁶ Se Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 96 fram till och med s 99. Det är *ett* resonemang. Poängen kommer redan i det stycke som går över på s 97, därefter kommer skälen, och budskapet upprepas i sista meningen på s 99.

låtelsefallen, *saknar rättsfaktum*. Och en regel utan rättsfaktum är överhuvudtaget ingen regel. Det verkar som om man, som Lehrberg uttrycker det, ”valt att som rekvisit använda begreppet utfästelse definierat utifrån rättsföljden!”⁹⁷ En utfästelse föreligger när rättstillämparen *anser* att en utfästelse föreligger. Praktiskt, men det är inte *rätt*, inte juridik ... det ska vara poängen.

Men. Det är alltså *Karlgren själv* som med sin konsekventa implementering av objektivismens program drivit fram poängen. Som man frågar får man svar. Och hur är det egentligen ställt med den här analysen, med de här premisserna? Man kan undra. Borde inte konklusionen i sig – att den text som granskas är absurd; rentav ett oting, logiskt sett⁹⁸ – skapa en viss osäkerhet? Borde man här inte åtminstone misstänka att det är någonting som man inte förstår? (Gör man det inte, kan det bero på att man är alltför mycket modernist, alltså alltför övertygad om den egna tidens, det egna tänkandets, överlägsenhet.)

Att det analytiska schema som Karlgren använde för att hantera anses-regeln inte är invändningsfritt insåg han förvisso själv. Han var ju en god skeptiker. Särskilt tvivlade han på möjligheten att genomföra de distinktioner som strukturen förutsätter. Redan i ”Spörsmål” anmärks att gränsen mellan egentliga garantier och förutsättningsfall ofta är ganska vag.⁹⁹ Det är följdriktigt, för distinktionen mellan tolkning och utfyllning har alltsedan den introducerades av Ussing uppfattats som diffus.¹⁰⁰ Och i en sen uppsats – ”Utfästelse och ’enuntiation’”¹⁰¹ – ger han uttryck för stark skepsis avseende möjligheterna att genomföra den specifika distinktionen mellan utfästelse och enuntiation.¹⁰²

Problemet – det som får Karlgren att tvivla – infinner sig omedelbart, med analysens första moment, nämligen i och med spjälkningen av det som får anses utfäst i två kategorier: det som är utfäst och det som trots

⁹⁷ Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? Köprättens avtalsbegrepp i blyxtbelysning, Festskrift till Anders Agell s 325 ff, Uppsala 1994, s 341.

⁹⁸ Lehrberg, a st, går på hårdare än Karlgren och finner det ”uppenbart att regeln blir en ren tautologi och därmed innehållslös”.

⁹⁹ Karlgren, a a s 87.

¹⁰⁰ Se J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 210 ff, särskilt s 214 in fine, samt s 273. Jfr Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 215 ff; dens, Kutym och rättsregel s 32 f n 4.

¹⁰¹ SvJT 1970 s 126 ff.

¹⁰² Se även Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 27 ff, särskilt s 28.

att det inte är utfäst ändå får anses utfäst (huvudfallet är enuntiationen). Redan här föreligger den motsägelse som den objektivistiska analysen vill lasta lagstiftaren för – för varför skulle man anse att någonting som inte är en utfästelse ändå är det, rent kontrafaktiskt?¹⁰³ Men märk alltså, att det inte är lagstiftaren som skiljer utfästelser från enuntiationer (och annat som kan tänkas tillmätas relevans – vad denna senare kategori strängt taget ska innehålla får man lämna öppet).¹⁰⁴ Distinktionen ligger inte i ansesregeln som sådan utan är, naturligtvis, resultatet av Karlgrens *läsning* av densamma. Och hans läsning är hårdhänt. Den framstår som en tämligen rak (och såvitt kan bedömas helt oreflekterad) tillämpning av vad man kunde kalla ”realitetsprincipen”: det som finns, finns; det som inte finns, finns inte. (Antingen *är* väl någonting en utfästelse eller också *inte*? Vadå ”anses”?) Karlgren infogar sig här i traditionen efter Lundstedt. Den senare gjorde ju just realitetsspörsmålet till överordnad princip i allt sitt skrivande. Och tillämpningen på ansesutfästelser förelåg i färdig form redan hos honom. I anteckningarna efter Lundstedts föreläsningar i obligationsrätt finner man till exempel följande formulering:

’Må anses avtalat’ är ett uttryck, som lyckligtvis icke ofta förekommer ens i våra nyare lagar. Det innebär ju att domaren stundom skall anse något vara avtalat, ehuru det icke är avtalat. Domaren skall alltså i sådana fall göra en fiktion, innan han dömer och grunda sin dom på vad han sålunda fingerat. Detta är ju icke rimligt, därest juridiken är vetenskap och icke trolleri.¹⁰⁵

¹⁰³ J Ramberg, Mysteriet med den tysta utfästelsen, JT 2001–02 s 405 ff, s 405, skriver: ”Rättsverkan av annat än uttryckliga utfästelser har under åtskillig tid berett såväl domstolar som lagstiftare åtskilliga bekymmer. Detta är i och för sig knappast förvånande, eftersom man saknar den fasta utgångspunkt som en klar och tydlig utfästelse tillhandahåller.” Mer rättvisande vore att hävda, att det i första hand är *rättsvetenskapen* som här har bekymmer.

¹⁰⁴ Jfr Kihlman, Fel s 40 f, som med sikte på köprättens felbedömning skriver: ”Lagens utgångspunkt innebär emellertid att det inte är fruktbart att dra någon gräns mellan det som kallas tolkning, tydning och utfyllnad, eftersom rättsföljden är densamma. [...] Inte heller åtskillnaden mellan garantier och enuntiationer är av någon materiell betydelse, så länge inte en särskild rättsföljd förutsätter garanti och samtidigt är utesluten om endast en enuntiation föreligger. Frågan om ett uttalande från säljaren skall anses vara en garanti eller bara en enuntiation skymmer den egentliga frågeställningen: Är säljarens agerande sådant att det ger köparen fog att förvänta sig att det sålda är av viss beskaffenhet?”; se även Grauers, Fastighetsköp, 20 uppl, Lund 2012, s 146.

¹⁰⁵ Lundstedt, Speciell obligationsrätt, Förra delen, Anteckningar efter professor Vilhelm Lundstedts kurser, Uppsala 1937, s 29. Se även Lundstedt, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? SvJT 1921 s 325 ff, s 337 ff; dens, Fiktion eller sanning i juri-

Men med realitetsprincipen för ögonen missar man lätt den egentliga svårigheten,¹⁰⁶ nämligen att avgöra *vad* som finns, respektive inte.¹⁰⁷ Det är ju *det* som saken typiskt sett gäller. Vad är, till exempel, en utfästelse? Och, alltså, hur förhåller sig enuntiationer till utfästelser? Det är svaret på den frågan som Karlgren tar för givet. Och det går för snabbt.

Låt oss se det hända. Utfästelsefallen beskriver Karlgren så:

[D]e fall, då motparten vid avtalets ingående avgivit [...] en verklig (uttrycklig eller konkludent, men icke fingerad) utfästelse om beskaffenheten av ett visst sakförhållande – alltså förbundet sig att svara för att en av honom lämnad uppgift överensstämmer med verkligheten [...]¹⁰⁸

Enuntiationsfallen är däremot:

de fall, då motparten genom ett särskilt positivt uppträdande, som dock ej har formen av åtagande av garanti, ingivit den handlande föreställningen, att sakläget var annorlunda beskaffat än det i verkligheten var. Han upp-lyser t.ex. oriktigt, utan att dock garantera något, att det försålda godset har den eller den förträffliga egenskapen eller saknar det eller det felet, att marknadspriset på den vara köpet gäller är så eller så högt, att med den uthyrda lägenheten är förbunden den ena eller andra fördelen eller frånvaron av den ena eller andra nackdelen o.s.v. Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant [...]¹⁰⁹

Det enda som här är *klart* är den på förhand givna teoretiska struktur som Karlgren tillämpar – alltså distinktionen mellan avtalsinnehåll, å ena sidan, och omständigheter som tillmäts betydelse i enlighet med utfyllande normer, å den andra. Vad som däremot *inte* är klart är hur denna distinktion ska relateras till den konkreta materia det gäller: vad säljare gör och säger, eller låter bli att göra och säga, inför avtalsslutet.

diken? SvJT 1924 s 241 ff, s 247 ff. För Lundstedt innebär garantikonstruktionen en "ren fiktion" så snart den inte motsvaras av en uttrycklig garantiförklaring, och i fiktionens ställe vill han se en hänvisning till samhällsnyttans krav – endast så kan, enligt Lundstedt, "realitetsspörsmålet" ärligt besvaras.

¹⁰⁶ Jfr H Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s 25: "En felaktig – eller åtminstone olämplig – formulering av de rättsliga frågorna kan bli fatal, i det att argumentationen styrs in på banor som egentligen går förbi problemets kärna."

¹⁰⁷ Jfr Lyotard, The Postmodern Condition, Minneapolis 1984, s 75: "Realism, whose only definition is that it intends to avoid the question of reality implicated in that of art, [...] The demand for reality – that is for unity, simplicity communicability, etc. [...]"

¹⁰⁸ Karlgren, Avtalsrättsliga frågor s 85.

¹⁰⁹ A a s 88.

Lägg märke till att det är den rättsliga kvalificeringen som sådan som bildar utgångspunkten för Karlgrens beskrivning av utfästelsefallet. Det ska i detta fall röra sig om en ”verklig” utfästelse – alldeles oavsett hur denna kommit till uttryck (”uttrycklig eller konkludent”, det spelar ingen roll, så länge den inte är ”fingerad”).¹¹⁰ Här förutsätts alltså att det befintliga underlaget har tolkats, av rättstillämparen, och befunnits innebära att säljaren tagit på sig ansvaret för de aktuella uppgifternas riktighet. När enuntiationsfallet ska beskrivas är det däremot det konkreta underlaget – specifikt formen för säljarens yttrande – som står i fokus. Säljaren har sagt något, eller annars gjort något, dock utan att använda ”*formen* [min kursivering] av åtagande av garanti”.¹¹¹ Han upplyser till exempel ”att det försålda godset har den eller den förträffliga egenskapen”.

Men formen är ju, faktiskt, strängt taget irrelevant för innebörden. Kontexten är allt. *Såttillvida* spelar det ingen roll vad säljaren sagt eller gjort. Han, eller hon, kan garantera någonting genom att säga ”jag garanterar”, men, som Karlgren tillstår, lika gärna på ett (odefinierbart) antal andra sätt, ja, till och med tyst. Och man kan uppenbarligen åta sig en garanti genom att ”upplysa” om varans egenskaper. (Men var det då inte en ”enuntiation”? Nej, inte givet Karlgrens definition.) Samtidigt innebär det faktum att man använt orden ”jag garanterar” inte nödvändigtvis att man garanterar någonting.¹¹² Till exempel garanterar inte jag någonting i föregående mening.¹¹³

¹¹⁰ Se här till Karlgren, *Passivitet* s 9 ff; dens, *Studier i allmän avtalsrätt* s 17 ff.

¹¹¹ Formuleringen är egentligen inkonsekvent givet Karlgrens egna begreppsbestämningar. Det är ju inte formen som avgör om någonting är en garanti eller inte.

¹¹² Karlgren, *Utfästelse och ”enuntiation”* s 127, anmärker att det i och för sig inte finns någonting som hindrar att en garantiförklaring neutraliseras av andra tolkningsdata. Omvänt kan man tänka sig att en uttrycklig förklaring av säljaren att denne *inte* svarar för viss egenskap ”neutraliseras” av övriga tolkningsdata. Jfr NJA 1964 s 239, som gällde frågan huruvida säljaren av en begagnad bil hade att svara för att körsträckan var 10 000 mil längre än vad som framgick av mätarställning och uppgift i annons, trots att denne sagt sig inte kunna garantera att bilen icke körts längre än vad mätarställningen utvisade. HovR:n fastslog, efter ett elegant resonemang, att säljarens förklaring, att mätarställningen inte kunde garanteras, uppvägs av övriga omständigheter. HD gick på den motsatta linjen och konstaterade korthugget att uppgifterna i annonsen neutraliserats av säljarens senare agerande. HD:s domskäl ska emellertid naturligtvis inte läsas så, att en uttrycklig förklaring av säljaren att en viss egenskap inte kan garanteras, *alltid* får den följden att någon garanti inte kan anses lämnad.

¹¹³ Karlgren, *Utfästelse och ”enuntiation”* s 127 f, är halvvägs på väg till denna insikt.

Detta – att innebörden är beroende av sammanhanget – gör det omöjligt att dra en skarp gräns för det kontraktsmässiga ansvaret genom att använda formen för den kontraherandes – här säljarens – beteende som kriterium. Allt man kan tillåta sig är att utpeka vissa typiska fall.¹¹⁴ Men inte ens det klaraste av fall är helt entydigt. Säljaren säger: ”Jag garanterar att varan har denna egenskap och ikläder mig rättsligt ansvar för att så är fallet.”¹¹⁵ Innebörden beror fortfarande av när under förhandlingarna, det vill säga i vilket sammanhang, uttalandet gjordes. Det kanske föregicks av ett ”Låt säga, att ...” och var då, möjligen (!), bara ett förslag. Att någonting utgör avtalsinnehåll är kort sagt inte ett objektivt konstaterbart förhållande.

Men Karlgren är ju alldeles uttryckligen ute efter att ställa upp tydliga rättsregler, utifrån typfall, och det får honom att söka efter konkreta omständigheter, som kan tjäna som rättsfakta. Det är själva grunden för indelningen i fall av positivt uppträdande, med underavdelningarna garanti och enuntiativt beteende, och underlåtelsefall. Över detta schema lägger han dikotomin avtalsinnehåll/ej avtalsinnehåll och *förutsätter* att gränserna ska sammanfalla. Märk att slutsatsen i den ovan citerade definitionen av enuntiationsbegreppet (”Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant [...]”) *inte* *alls* följer av definitionens innehåll, utan är ett godtyckligt tillägg. Hur ska man få en sådan konstruktion att fungera? Hur?! Det går inte. Naturligtvis inte, kan *vi* lägga till, med den distans vi upparbetat till realismens dogmer.

I ”Utfästelse och ’enuntiation’” förebådade Karlgren själv denna analys:¹¹⁶

[Det möter] utomordentliga svårigheter att på grundval av hänsyn till uppgiftslämnarens (för motparten iakttagbara) vilja genomföra ifrågavarande gränsdragning mellan utfästelse och enuntiation. De äro så stora, dessa svårigheter, att man undrar om inte hela förklaringsmodellen i vad den bygger på det dispositiva eller imperativa momentet [...] blir i förevarande hänseende otjänlig att handskas med och om ej andra faktorer måste vara normerande vid gränsdragningen mellan vad som bör föranleda kontraktsansvar och vad som icke bör göra det.

¹¹⁴ Jfr Karlgren, a a s 127: ”Vidare märkes här det fall att förklaringen upptager *ordet* garanti. Vanligen ser man däri ett uttryck för att uppgiftslämnaren vid det ifrågavarande avtalsslutet velat åtaga sig (rättsligt) ansvar.” Vanligen, ja.

¹¹⁵ Detta är det klaraste fall som Karlgren, a st, kan tänka sig.

¹¹⁶ I sin egenskap av kritiker pekade Karlgren framåt; jfr ovan s 160 f.

I praktiken torde det nämligen, i flertalet fall, vara ett ganska hopplöst företag att med hjälp av antaganden om uppgiftslämnarens vilja (sådan denna ter sig för motparten) skilja mellan utfästelse och enuntiation. Uppgifterna själva kunna ej gärna ge något besked om vilken vilja som ligger bakom. De se likadana ut.¹¹⁷

Så är det. Det skulle ofta bli konstlat att på grundval av säljarens uttalanden om varans egenskaper fastslå att säljaren velat åta sig ett rättsligt ansvar (utfästelsefallet) alternativt inte velat åta sig ett sådant ansvar (enuntiationsfallet). Men det beror inte på att man då uttalar sig om någonting utöver uppgifterna som sådana, nämligen om innebörden, den bakomliggande avsikten. Det gör man *alltid* när man tolkar – och det är inte hinder för förståelsen utan en förutsättning för densamma.¹¹⁸ Att det blir spekulativt beror istället på att man här vill tillskriva det enskilda rättssubjektet ett ställningstagande i en rättslig frågeställning, därtill en rättslig frågeställning av ganska särpräglad slag, framtvingad som den är av det objektivistiska analys-schemat. Ansvar eller inte? Garanti eller enuntiation? Men det är inte frågan! Frågan – den rättsligt relevanta frågan, givet den rättsregel som här ska tillämpas – är om säljaren kan anses ha utfäst att varan har den egenskap det gäller. Och svaret, i de fall säljaren med tillräcklig konkretion uttalat att varan har egenskapen ifråga, blir allt som oftast, men inte nödvändigtvis, ”Ja.” Har uttalandet enuntiationens *form* äger köparen typiskt sett lita på de förmedlade uppgifterna och säljaren svarar enligt den princip som här har kallats ansesregeln. Huruvida detta uttalande, med Karlgrens begreppsbestämningar, ska klassas som ”garanti i egentlig mening” eller blott som en ”enuntiation” är inte bara irrelevant, rättsligt sett, utan också omöjligt att svara på – den bakomliggande teoretiska konstruktionen håller inte streck.

Och nu kan vi sammanfattningsvis säga att det objektivistiska grunddraget i Karlgrens skrivande driver fram en analys som i realiteten är *formalistisk*. Ansvar ska helst grundas på tydliga regler, vilket förutsätter att säljarens beteende kan fångas i välavgränsade kategorier. Rättsfakta måste anges. Därmed riktas uppmärksamheten med nödvändighet mot de former som säljaren iakttagit. Rör det sig om en formlig garanti, en enuntiation eller vad?

¹¹⁷ A a s 128.

¹¹⁸ Se här till J Samuelsson, Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt, Uppsala 2011, s 186 ff, särskilt s 189.

Men det finns – som jag tror att framställningen ovan visat – ingen reell anledning att vara så *stel* i tillämpningen. Stelheten är ju följderna av en misslyckad teoretisk manöver. Och den går rakt emot den ursprungliga tanken bakom regeln, åtminstone så som Almén förstod den. I sin köplagskommentar skriver han om uttrycket ”egenskap, som kan anses tillförsäkrad”, att det:

är avsiktligt valt för att för detta särskilda fall inskräpa angelägenheten av att vid bedömandet av säljares och köparens rättigheter och skyldigheter taga hänsyn ej blott till vad dem emellan blivit ’uttryckligen överenskommet’ utan även till vad som ’eljest må anses avtalat’ [...] Fasthållas detta vederbörligen, följer därav, att stadgandena om fel i godset kunna av köparen åberopas icke blott då detta saknar någon egenskap, vars förefintlighet blivit honom av säljaren tillförsäkrad [...] eller har någon egenskap, vars frånvaro [säljaren] garanterat [...] utan även då godset i ett eller annat avseende, som vid avtalets ingående eller de föregående förhandlingarna icke särskilt varit på tal, är annorlunda beskaffat än köparen på grund av säljarens uppträdande haft rätt att förutsätta.¹¹⁹

Sammanfattningsvis gäller, enligt Almén, att:

med en formlig garanti av säljaren måste likställas varje uppträdande å hans sida, som är ägnat att ingiva köparen den föreställningen, att godset besitter någon viss av denne önskad egenskap eller är fritt från något visst fel.¹²⁰

Poängen är alltså *inte* att rättstillämparen kan hålla säljaren ansvarig oavsett om han eller hon avgivit en garanti av det slag som Karlgren kallar ”garanti i egentlig mening” – det vill säga en viljeförklaring som låter sig tolkas som uttryck för en vilja att svara, i rättsligt hänseende, för den egenskap det gäller.¹²¹

Poängen är att *formen* inte spelar någon roll. Formlig garanti eller ej, har köparen, på grundval av säljarens beteende, med fog kunnat dra slutsatsen, att köpeobjektet har egenskapen ifråga, ska denna anses tillförsäkrad.

Utlagd på detta sätt kräver regeln att rättstillämparen betraktar säljarens beteende ur köparens synvinkel och *förutsättningslöst* frågar sig vilket

¹¹⁹ Almén, Om köp och byte av lös egendom. Senare delen, 3 uppl, Stockholm 1934, s 2 f. Jfr NJA II 1906 nr 1 s 79 och här till Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? s 330.

¹²⁰ Almén, a a s 24.

¹²¹ Se häremot Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? s 330.

det befogade intrycket av detta varit. Svaret kommer att vara helt beroende av de individuella omständigheterna. Det betyder att det här inte går ställa upp några ytterligare, mer preciserade normer. Men det behövs inte heller. Regeln är given. Säljaren svarar om den egenskap som saknas kan anses tillförsäkrad.

Jag föreslår att säljarens utfästelseansvar ska förstås just på detta sätt. Det gäller – kan man säga – att motstå ”realitetsprincipens” enkla charm.¹²² Ansesregeln behöver inte läsas som en kontradiktion (”Icke-utfästelser är (också) utfästelser.”). Och varför skulle man välja en så pass ogin läsning? För att kunna dra en skarp gräns kring det egentliga avtalsinnehållet? För att slå vakt om den principiella skillnaden mellan tolkning och utfyllning? Alldeles oavsett att dessa konstruktioner numera saknar teoretisk bärkraft – bärkraft, eller lyftkraft; de flyger inte längre – leder de här in i en återvändsgränd. Men kan man överge dem löser hela den problematik som här granskats upp sig. Och man får rörelsefriheten åter.

Tydligast blir detta i extremfallet – vid ren underlåtelse. För inte heller underlåtelse är ett entydigt faktum. Vad det innebär, att säljaren inte sagt, eller i övrigt gjort, någonting, är en fråga som endast kan besvaras efter tolkning av det föreliggande konkreta underlaget. Och helt visst kan man tänka sig omständigheter under vilka säljarens tystnad med fog kan ha givit köparen intrycket att köpeobjektet ska ha någon viss egenskap. Ju mer central egenskapen ifråga är, av ju mer avgörande betydelse, desto rimligare att lägga risken för att egenskapen saknas på säljaren – alltså att räkna förefintligheten till *naturalia negotii*, till de avtalsvillkor som är så naturliga att de kan underförstås. Bedömningen kräver känslighet. Man får se upp med generaliseringar och man kan inte stirra sig blind på egenskapens art.¹²³ Kan det till exempel underförstås att drycker som säljs ska kunna drickas? Vilken egenskap kan vara mer central för en dryck? Men det beror alldeles på. Den som köper vin, till exempel, kan inte, om det så är direkt från producenten, och oavsett kvalitet, ta för givet att vinet ska vara drickbart. Tänker man sig dock att drycken ifråga inte bara är odrickbar, utan därtill dödligt giftig, ligger det närmare till hands att påstå att den saknar en egenskap som kan anses tillförsäkrad.¹²⁴ Det kan

¹²² Jfr ovan s 166.

¹²³ Jfr minoriteten i NJA 1989 s 117: ”Begreppet kärnegenskap är emellertid ägnat att leda tanken fel, om det medför att hänsyn tas *enbart* till felets allvarliga karaktär vid bedömningen av frågan om skadestånd.”

¹²⁴ Jfr NJA 1945 s 676, där HD, egentligen utan motivering, fann expedierandet av blysocker (som är giftigt) ansvarsgrundande – kunden hade beställt alunpulver, till bak-

vanligen underförstås. Men bara vanligen – jämför, för att gå över till fast föda, det japanska bruket att servera *fugu*, en blåsfisk som ju är så giftig att den som äter den dör, eller närpå, vid minsta misstag från kocken. (Risken framstår som själva poängen med ätandet, för köttet ska, vad jag förstår, vara ganska trist.) Bortser man, vidare, från sådana extrema exempel är risken för vanlig matförgiftning så typisk – livsmedelshantering är en riskabel verksamhet – att det i många sammanhang knappast kan anses underförstått att denna inte ska realiseras.¹²⁵ Och så vidare. Det beror på.

Praxis på temat ”avsaknad av kärnegenskap vid köp av fast egendom” tillhandahåller en provkarta på parametrar som kan beaktas vad gäller just egendomsypen fast egendom.¹²⁶ När principen, till exempel, förstas upp i HD:s praxis – i NJA 1978 s 307 – tar domstolen uttryckligen hänsyn till:

- a) Hur svårt felet var att upptäcka,
- b) felets omfattning,
- c) verkningarnas omfattning,
- d) i synnerhet med avseende på fastighetens funktionalitet,
- e) husets ålder,
- f) samt att huset förvärvats direkt från byggherren.¹²⁷

Sammantaget, och i den kontexten, utgjorde felet ”en så fundamental avvikelse från den standard som [köparen] utan vidare ägt förutsätta att huset hade”, att säljaren inte kunde undgå skadeståndsansvar. Slutsatsen är alltså inte på något sätt gripen ur luften.

ning. Däremot ska felets farlighet, efter vad HD funnit i NJA 1985 s 871, inte påverka omfattningen av köparens undersökningsplikt vid tillämpning av JB 4:19.

¹²⁵ I NJA 1989 s 389 uttalar HD således: ”Även om ett garantiresonemang kan sägas vara en framkomlig väg också då det gäller personskada kan det å andra sidan tänkas situationer där ett sådant närmast framstår som en fiktion. Detta kan i särskilt hög grad sägas gälla livsmedel, vare sig de tillhandahålls som varor eller i form av tillagad mat. Även om den som köper en vara eller serveras en maträtt måste kunna förvänta sig att det som tillhandahålls honom inte skall medföra skada, framstår det sålunda ej som naturligt att i sådant sammanhang intolka en garanti från leverantörens sida.”

¹²⁶ Ytterligare relevanta parametrar kan förstås tänkas. Här finns ingen formell gräns.

¹²⁷ Jfr NJA 1997 s 290, där HD uttalar: ”Enskilda köpare av småhus måste i normala fall, särskilt när det är fråga om nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter.”

Frågan i NJA 1989 s 117 var om det var rimligt att nå motsvarande slutsats i en situation, i vilken, å ena sidan, felet var desto mer ingripande, samtidigt som, å andra sidan, huset vare sig var nytt eller hade förvärvats direkt från byggherren. Man kan naturligtvis diskutera var gränsen ska dras. Men det man diskuterar är då hur den föreliggande situationen ska förstås. Antingen bär underlaget slutsatsen att den ifrågavarande egenkapen kan anses utfäst eller så gör det inte det.

Avfärdar man emellertid frågeställningen med hänvisning till att säljaren här inte *gjort* någonting ... vilket skulle betyda att det inte finns något rättsfaktum att gå på, och alltså att det blir en ren fiktion att hålla säljaren ansvarig, har man låtit sin realistiska strävan slå över i ren formalism. Man vill *helt enkelt* ha ett formellt kriterium att gå på. Kanske leds man dit emedan man upplever att man här befinner sig i ett regelöst tillstånd. Och det *är* en obehaglig känsla (det juridiska tänkandets artegna *horror vacui*). Men man måste stilla sin oro. Regeln är given. Det rättsfaktum denna utpekar är att det föreligger en avvikelse från vad som kan anses utfäst.¹²⁸ Vad som krävs, därmed, är tolkning – av parternas beteende *in contrahendo*. Inga ytterligare *rekvisit* är då erforderliga, eller ens möjliga att ställa upp. Man får istället uppmärksamta vända sig mot omständigheterna i den konkreta situationen och ta frågan, hur *dess*a ska förstås, på allvar. Gör man det kommer underlätelsefallen inte att te sig särskilt märkliga eller problematiska. Här finns inte mer utrymme för godtycke¹²⁹ än någon annanstans i avtals- och kontraktsrätten där hänvisning sker till de enskilda rättssubjektens frivilliga dispositioner. Det är klart att det ska mycket till innan man kan anse en *garanti* underförstådd. Men principiellt sett föreligger inga svårigheter. Tystnad kan vara nog så talande. I praktiken vet vi alla det. (Det är i teorin som det blir svårt.)

För att lindra den objektivistiska teoribildningens skadeverkningar på denna punkt borde man överhuvudtaget inte tala om "garantier i rent

¹²⁸ Eller, som i 40 § 3 st KöpL, "särskilt utfäst" – det gör ingen skillnad i sak; se ovan n 38.

¹²⁹ Egentligen inget utrymme alls. En god tolkning är aldrig godtycklig. För den måste rättfärdigas med hänvisning till underlaget och omdömet är i den meningen bundet, på ett mycket påtagligt sätt. Bundenheten är dock inte av den beskaffenheten att villkoren för den samma kan uttömmas i en uttrycklig regel. Vad skulle för övrigt en sådan regel tjäna till? "Ty tillämpningen av regeln i det enskilda fallet måste du ju i alla fall göra utan ledning" skriver Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar*, Stockholm 1992, § 292. Se vidare om denna tematik J Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*.

fingerad bemärkelse”, ”garantifiktioner” och liknande, utan hellre om *tysta utfästelser*.¹³⁰

Självfallet innebär det i viss mening en fiktion att påstå att en sådan föreligger *när underlaget inte medger det*, men det gäller alla rättsliga begrepp. I sig är den tysta utfästelsen ingen fiktion. Den är helt i sin ordning. Inte på något sätt ”magisk”.¹³¹ På denna punkt hade Lundstedt helt enkelt fel, och vi behöver heller inte längre lyssna på honom. All den kritik som rättsvetenskapen under det senaste århundradet riktat mot domstolarnas bruk av garantikonstruktionen kan vi sätta inom parentes.¹³² Och vi kan göra det med upphöjt lugn, för det finns *ingen* som på grundval av distinktionen mellan fakta och fiktion kan ställa upp en hållbar definition av avtalsbegreppet.¹³³ Pratet om ”fiktioner” i avtalsrätten är, faktiskt, i allmänhet grundlöst – det tomma ekot av en död ideologi. Eller: Ren fiktion.¹³⁴

*

¹³⁰ Och *enuntiationen* blir ett fenomen i samma kategori som den uttryckliga garantin – dvs en form, vars innebörd och rättsliga konsekvenser endast kan fastställas i det enskilda fallet. En enuntiation är inte ett rättsfaktum, utan, där den förekommer, en del av det konkret givna tolkningsunderlaget.

¹³¹ Se och jfr Lundstedt, Fiktion eller sanning i juridiken? s 249 och 257, samt här till exempel Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 738; Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99; Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 342; Runesson, Huset vid Göta älv s 325. Se dock Lehrbergs nyansering i Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, SvJT 1996 s 461 ff, s 467.

¹³² Nu har jag framförallt linjen Lundstedt-Karlgrén-Agell-Lehrberg samt den mer direkta objektivismen hos t ex Grönfors och J Ramberg i sikte. *Alla* har dock inte varit skeptiska – se ovan n 37 om Sundbergs mer konstruktiva hållning. Och Grauers ställer upp sin terminologi på tvärs med Karlgréns. Grauers, Fastighetsköp s 148, skriver t ex: ”När jag använder termen enuntiation avser jag med den, att säljaren gjort en utfästelse som ger köparen rätt till skadestånd. Även i enuntiationsfallet kan man, om man hårdrar det litet, säga att det föreligger en viljeförklaring från säljarens sida (om än svagare än vid uttryckliga garantier), vars innehåll kan fastställas med vanliga tolkningsmetoder.” Detta skiljer sig från *min* terminologi såtillvida som jag inte skriver in rättsföljden i definitionen. Man måste ju tolka enuntiationen (i min bemärkelse – alltså det faktum att säljaren med någon precision uttalat sig om varans egenskaper) innan man kan avgöra om den kan anses vara en utfästelse (och därmed en enuntiation också i Grauers bemärkelse).

¹³³ Detta med att finna hållbara kriterier på ”realitet” gav man, i vetenskapliga sammanhang, definitivt upp på 50-talet.

¹³⁴ Fiktionstrollet tar ofta en gruvlig hämnd på dem som förföljer det, som Jhering påpekade i en passage i ”Geist des römischen Recht”; se Jhering, Geist des römischen Rechts, 5 Aufl, Leipzig 1906, III.1 s 310. (Jag har återopat detta textställe tidigare, i ett annat sammanhang, men det är för bra för att inte återanvändas.)

Man kan tycka att det som här har avhandlats är en ren teknikalitet. Och visst rör det sig om en liten detalj – i det att det gäller vad som kan inrymmas innanför de yttersta gränserna för säljares utfästelseansvar – men som framställningen kanske har visat är det svårt att hantera denna teknikalitet *på ett tekniskt sätt* om man inte vill ta den etablerade förklaringsramen för given. Här möts alla de stora frågorna i avtalsrätten och framställningen måste lämna mer eller mindre allt osagt.¹³⁵ I de teoretiska delarna bygger jag på det jag tidigare skrivit, särskilt i mina monografier, ”Tolkning och utfyllning” och ”Tolkningslärans gåta”. Om framställningen på någon punkt upplevs som svepande kan det hända att detaljerna återfinns där.¹³⁶

Jag ger domstolarna rätt och rättsvetenskapen fel. Utfallet kan förklaras med hänvisning till rättstillämpningens försiktighet och imponerande tröghet. Det går på ett helt annat sätt mode i rättsvetenskapen. För det är när man tänker, som man kan få för sig saker – till exempel att man vet hur det är. Men hur det är – hur det *verkliga* är – är juridiskt sett skäligen ointressant. Frågan är alltid endast, om man skarvar lite, hur de rättsliga texterna ska förstås.¹³⁷

Teoretiskt orienterade jurister löper ständigt risken att förföras av de svar på de stora frågorna som för tillfället cirkulerar inom vetenskapen och filosofin.¹³⁸ Men, man ska märka, att frågorna inte skulle vara ”stora” om de var möjliga att besvara. I det ljuset kan man se Whiteheads berömda uttalande, att filosofin består av en serie fotnoter till Platon. Och på detta tema skriver Wittgenstein:

Jag läser: ”... filosoferna är inte närmare betydelsen av ordet ’verklighet’ än Platon nådde, ...”. Vilket sällsamt sakläge. Så egendomligt att Platon då överhuvudtaget kunde komma så långt! Eller att vi inte sedan kunde komma vidare! Var det därför att Platon var *så* klok?¹³⁹

¹³⁵ Ja, det lilla och det stora hänger samman – på det praktiska planet kanske först och främst intuitivt, som denna passage i J Rambergs och Herres lärobok i köprätt antyder: ”En fortsatt tillämpning av principen om ansvar för avsaknad av kärnegenskap vid köp av fast egendom är [...] möjlig men knappast säkerställd, eftersom den kan bero på domarnas generella inställning till garantifiktions.”; J Ramberg–Herre, Allmän köprätt s 240. Precis! Och som framgått finns det ingen anledning att som domare (Hej, Johnny Herre!) förhålla sig annat än pragmatiskt uppskattande till ”garantifiktionserna” – eller till *de tysta utfästelserna*, som de rätteligen borde kallas.

¹³⁶ Se t ex ovan n 133.

¹³⁷ Och närmar man sig *den* frågan utan eftertanke, får man skylla sig själv.

¹³⁸ Därmed inte sagt att det är bättre att vara teoretiskt oskolad.

¹³⁹ Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 24.

Jag tror inte att han menade att den avslutande frågan skulle besvaras jakande. Vi står där Sokrates stod. Det bästa vi kan göra, när det är sanningen det gäller, är fortfarande att försöka *få syn på oss själva*. Man får ge akt på sina egna pretentioner och premisser. Karlgren, och efter honom till exempel Vängby och Solerud i NJA 1989 s 117, markerar distans till vad de upplever vara en överdriven tilltro till garantikonstruktionen – distans alltså, till en formalism på lagstiftarens och domstolarnas sida, en vilja att klä de reella skälen i en form som inte passar. Detta är, har jag hävdad här, uttryck för ett missförstånd och i sig ett utslag av formalism – följden av en felaktig föreställning om formens betydelse för innebörden och en ackompanjerande, missriktad, vilja att uttömma rätten i uttryckliga regler.

Och jag då? Hur är det med mina ”pretentioner och premisser”? Är inte också jag formalist? Visst, i rättsvetenskapen är vi alla varandras formalister. Men man kan vara mer eller mindre medveten om faran, om den risk det ofrånkomligen innebär att uttala sig om rättsläget ...

Magnus Ulväng

Den straffrättsliga doktrinen som rättskälla

Om dogmatik, vetenskap och gällande rätt

1 Inledning

Doktrinen är onekligen ett pregnant begrepp. Det ger intryck, eller kanske snarare sken, av att besitta eller reflektera något robust, pålitligt, gällande och beprövat; under alla omständigheter utstrålar det auktoritet. Uttrycksformen "enligt doktrinen, så ..." ger ett slags tyngd åt en viss argumentation och gör den myndig, principiell eller definitiv. Det sagda gäller alldeles oberoende av om man med "doktrinen" syftar på juridisk lärosats eller lära, ett visst förhållningssätt inom (den militära) säkerhets- eller utrikespolitiken eller en viss åskådning eller trossats inom religionen.¹

Håller man sig till den *juridiska* doktrinen, bekräftas dess roll och ställning genom att den utgör en rättskälla. Dess värde anses förvisso vara avsevärt lägre än andra källor, men om man utgår från att beteckningen "traditionell rättsdogmatisk metod" ger en i delar god och sammanfattande arbetsbeskrivning för många juridiska arbetssätt,² så är doktrinen inte desto mindre en av de fyra hörnstenar som en jurist har att förhålla sig till när han eller hon formulerar frågor och söker efter möjliga svar. Inom straffrätten har doktrinen dessutom en avsevärt mer framträdande position än inom många andra juridiska discipliner.

¹ Jfr t.ex. den kyrkliga doktrinen rörande "rättfärdiggörelse genom tro", den utrikespolitiska s.k. "Monroedoktrinen", Försvarsmaktens "militärstrategiska doktrin" etc.

² Jag bortser i detta sammanhang från att denna etikettering är plågsamt generaliserande, överanvänd, oprecis och ofullständigt definierad samt förmodligen i delar felformulerad.

Men vad är egentligen *doktrinen*? Vad, närmare bestämt, är det man syftar på? Hur skiljer man mellan det som anses tillhöra doktrinen från andra rättskällor, och vad särskiljer doktrinen från t.ex. litteratur, opinion, rättspolitik eller vetenskap?

Syftet med denna uppsats är att säga något om de sistnämnda frågorna. Jag kommer också att göra ett försök att förklara varför jag tror att just den straffrättsliga doktrinen intar en viss särställning när det gäller att utöva inflytande på det som utgör tillämpning av ”traditionell juridisk (rättsdogmatisk) metod”. Med detta sagt vill jag noga understryka följande: det mesta av vad som sägs i denna uppsats är mer eller mindre tentativa tankar som präglas av mina egna fördomar; jag gör med mitt försök inte anspråk på att förmedla någon sanning när det gäller doktrinen:s särdrag; vad som förmedlas är endast ett synsätt. Allt som diskuteras nedan avser den straffrättsliga doktrinen; inget av det som sägs är definitivt eller allmängiltigt. Tvärtom: om det är något som kommer att prägla framställningen, så är det att det saknas tydliga gränser för vad som utgör (gällande) rättskällor, att skillnaderna mellan de entiteter som avgränsas är diffusa, marginella och alltid uttryck för grader snarare än art, samt att ”det” som man syftar på såsom varande doktrinen är något öppet, föränderligt och i förhållande till andra rättskällor något tämligen diffust. Det beror inte på att vi inte vet vad det är vi talar om när vi försöker definiera doktrinen, utan snarare på att vi söker karaktäristika för olika språkliga uttryck och texter. Därmed är öppenhet och vaghet ofrånkomligt. Det enda som jag hoppas att kunna göra med denna text är att utpeka några demarkationskriterier som kan hjälpa till att fånga det som vi normalt menar med ”den straffrättsliga doktrinen” och ge den vissa egenskaper som särskiljer den från annat.

2 Om nödvändiga beståndsdelar

Vad *är* då doktrinen? Min fråga är varken ontologisk eller epistemologisk; det hela är mycket enklare än så. Jag är i detta sammanhang enbart intresserad av tre olika frågor. Kan man på ett meningsfullt sätt göra en distinktion mellan doktrinen och annan juridisk litteratur? Hur kan man hantera det faktum att det finns motstridigheter inom den juridiska litteraturen? Och: hur ser relationen mellan doktrin och vetenskap ut?

I rättsvetenskapliga framställningar likställs doktrinen ofta med den juridiska *litteraturen*, och dess ställning som rättskälla anses som redan nämnts vara förhållandevis svag i förhållande till lag, förarbeten och

praxis.³ Även om detta är sant, så är problemet att den juridiska litteraturen innehåller så mycket och så mångskiftande saker – allt ifrån enkla, huvudsakligen deskriptiva, handböcker till rättspolitiska artiklar, vetenskapligt förankrade monografier, mer eller mindre putslustiga festskriftsartiklar till läroböcker för blivande jurister som samtidigt också utgör standardverk på ett område – att påståendet är så generellt och intetsägande att de flesta torde kunna hålla med om det. Man kan förvisso hävda att doktrinen är liktydigt med den (samlade) juridiska litteraturen, men om man ger begreppet en så vid innebörd, återkommer problemen som jag inledningsvis formulerat: vad är det som ger doktrinen en så speciell status att den förtjänar att vara en rättskälla och hur fastställer man dess innehåll?

Juridisk litteratur kan inte såsom andra rättskällor härleda sin ställning till någon auktoritativ beslutsfattare (t.ex. en lagstiftare, domstol e.dyl.) annat än möjligtvis en förläggare, redaktion eller ett förlag. Av denna anledning borde det finnas en skillnad mellan det som skrivs och det som utgör rättskällan. Personligen tror jag att det kan finnas en fördel med att försöka skilja mellan å ena sidan den samlade juridiska litteraturen och den del av denna som lämpligen kan betecknas som doktrinen. För detta behövs några slags demarkationskriterier som utpekar vissa särskiljande drag hos respektive produkt, vilka kan hjälpa oss att förstå och förklara nyansskillnader i den juridiska argumentationen.

Så till begreppet: *doktrin* betyder ungefär en teori – grundsats eller lärosats – som anger riktlinjer för ett visst accepterat eller postulerat tänkande eller handlande/beteende. En doktrin kan således sägas reflektera ett medvetet förhållningssätt eller en attityd. Den latinska ursprungstermen *doctrina* är ungefär liktydigt med vetenskap, lärdom e.dyl. och det är inte ovanligt att man åtminstone i juridiska sammanhang uppställer ett krav på ”vetenskaplighet” för att något skall räknas som tillhörande doktrinen. Åtminstone inom juridiken torde en koppling till rättsvetenskapen vara underförstådd. Läger man samman det sagda, får vi vissa utmärkande drag hos det vi räknar till doktrinen.

För det första förefaller det som att det finns ett krav på att den uppfattning eller utsaga som följer av doktrinen i någon mån är accepterad eller

³ Se t.ex. Lehrberg, Praktisk juridisk metod 2006 s. 110 ff. Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättsstillämpning 1992 s. 294 ff. och 346, Eek m.fl., Juridikens källmaterial 1984 s. 176 ff., Bernitz m.fl., Finna rätt 1985 s. 165 ff. samt Peczenik, Vad är rätt? 1995 s. 260 ff.

i vart fall har stöd hos någon/något med viss auktoritet. *För det andra* torde det vara en förutsättning att de lärosatser som förmedlas har någon form av förklarande funktion; doktrinen uppgift (som rättskälla) är att förse någon/något med relevanta argument. Om kriterierna accepteras, så kommer de genom doktrinen kanaliserade lärosatserna att hamna mycket nära det som vi skulle kalla gällande rättsliga normer.

De normer som jag menar följer av det som vi menar utgör doktrinen är inte sådana som direkt kan utläsas av den positiva rätten (i en snäv bemärkelse). De sistnämnda normerna ingår givetvis, men därutöver omfattas (främst i text förmedlade) principer, begrepp, tankemönster och strukturer som binder samman en viss tillämpning/praktik med fundamentala värden och värderingar inom ett rättsligt system. Tuori skulle tala om en *rättslig kultur*.⁴ Jareborg skulle kalla detta för *den gällande rättens system*.⁵ Redan Kant angav att ett system är

”die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter ein Idee.”⁶

eller:

”(ein) nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis.”⁷

Jag godtar samtliga dessa beskrivningar och utgår från att de alla åsyftar att beskriva ett rådande system, vilket har någon form av *legitimitet*; systemet bekräftas av någon/någon.

Med uttrycket legitimitet kan förstås olika saker. För att göra det enkelt nöjer jag mig med att konstatera att det kan i det nu aktuella sammanhanget vara fråga om legitimitet i såväl empirisk som normativ mening. De uppfattningar som framförs i den juridiska litteraturen bör följaktligen ha båda dessa former av legitimitet för att räknas till doktrinen.

Med *empirisk legitimitet* förstås enkelt uttryckt sådana normer, handlingsskäl och mönster för juridisk problemlösning som skulle utpekas av dem som är satta att tillämpa (och besluta inom) systemet. Systemet kommer att avse det som en grupp som kan betecknas som systemets

⁴ Utifrån ett hermeneutiskt perspektiv beskriver Tuori doktrinen som en reflektion av den förförståelse som finns på ett givet område, vilken i sin tur reflekteras mot den tillämpande verksamhet som (i första hand) domare ägnar sig åt. Se närmare Tuori, *Critical Legal Positivism* 2002 s. 169 ff.

⁵ Jareborg, *Prolog till straffrätten* 2011 s. 120.

⁶ Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Bd. 2., 1956 s. 696.

⁷ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Bd. 5, 1957 s. 11.

”ämbetsmän” skulle identifiera såsom bindande. Dylka normer skulle motsvara vad Hart – och sedermera inte minst MacCormick genom sin idé om rätten som institutionella fakta – har beskrivit som gällande rätt.⁸ Dessa normer blir en del av gällande rätt därför att de har något slags stöd; de är på något sätt accepterade eller identifierbara (t.ex. genom att man utgår från de i lagförarbeten i samband med lagstiftning eller i HD:s praxis).⁹

Med *normativ legitimitet* förstås något annat. Normativ giltighet handlar om ett krav på att det som förmedlas av doktrinen förenar ett praktiskt handlande med värden eller intressen på en djupare nivå. Det är med andra ord fråga om att koppla samman skäl för att handla på ett visst sätt med underliggande skäl, värden och principer som rättfärdigar och förklarar varför man bör göra på ett visst sätt.

Med det av mig här framlagda synsättet är det alltså inte de (fysiska) produkterna av den juridiska litteraturen eller rättsvetenskapen som ”är” doktrinen; i än mindre grad syftar begreppet på dess upphovsmän i fysisk form.¹⁰ Det är i stället fråga om något mer metafysiskt; doktrinen som rättskälla är närmast olika slags gällande språkliga uttryck inom en rättslig kultur som utifrån en förankring i grundläggande värden och värderingar förser oss med skäl för hur en viss fråga/frågeställning bör uppfattas eller lösas. Det sagda leder oss till vissa slutsatser.

En konsekvens av mitt resonemang är att man i vissa avseenden bör skilja mellan det som räknas till den juridiska doktrinen och sådana texter som inte uppfyller de ovan uppställda kraven på empirisk och normativ legitimitet. T.ex. skulle rent deskriptiva sammanställningar av gällande rätt, där etablerade sanningar och (andras) forskning redovisas inte räknas till doktrinen. Jag har här i åtanke enklare, introducerande läroböcker eller handböcker som utan att förklara (”hur det borde vara”) inte gör anspråk på att säga annat än ”hur det är”, ”vad andra gör, tycker eller tänker”. Detsamma torde i viss utsträckning gälla flera lagkommentarer men

⁸ Se Hart, *The Concept of Law* 1997 s. 94 ff. och 254 ff. För en motsvarande beskrivning se Tuori (not 4) s. 2002 s. 161 f. och 165 f. Se även bl.a. Ulväng, *Om straffrätt och principer* 2009 s. 180 ff. och 203 ff.

⁹ Se Tolonen, *Rules, Principles and Goals: The interplay between Law, Morals and Politics*. *Scandinavian Studies in Law* 1991.

¹⁰ Se och jfr Lind, ”Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla”, *JT* 1996-97 s. 361 ff. Hur ”listig” eller pålitlig Ekelöf, Hellner m.fl. än må ha varit så är det inte personerna i sig som utgör doktrinen; inte heller (eller ens) är det deras skrifter. Det är delar av deras ”tankar”.

även redovisningar av gällande rätt i t.ex. statliga utredningar (i de delar dessa inte utgör motiv eller förarbeten och således är hänförliga till denna rättskälla). Texter av nu nämnt slag utgör del av den juridiska litteraturen, men de bidrar inte alltid till att rekonstruera eller förklara systemet på ett sådant sätt att redogörelsen kan sägas utgöra en källa till rättens *innebörd*. Litteratur av dessa slag redogör mer för rättens *inhåll*. Således är det tveksamt om det bör räknas som en rättskälla.

Det är att märka att jag redan här möter problem med min tentativa definition eftersom det såväl teoretiskt som praktisk torde vara omöjligt att i egentlig mening skilja det rent deskriptiva från det normativa; redan i urvalet av vad man beskriver eller sättet på vilket man redogör för det deskriptivt faktiska, gör man ett urval och faller därmed normativa omdömen som har implikationer för hur man bör se på vissa saker (t.ex. vad som utgör relevanta frågor och i förlängningen också vad som kan utgöra goda svar). Eftersom jag endast söker göra någon form av grovsortering mellan det som bör räknas till doktrinen och vad som bör avskiljas, blir detta problem inte överstigit att hantera; man borde således kunna säga att det krävs en viss verkshöjd på en rekonstruktion av rätten för att den skall kunna hänföras till doktrinen. Ett alternativ till att exkludera ovan sagda alster från den juridiska doktrinen är att säga att de visserligen ingår i doktrinen, men att dess rättskällevärde är obetydligt. I så fall är vi tillbaka där jag började: hur vet man vilken del av doktrinen som man har anledning att bry sig om?

En annan kategori inom den juridiska litteraturen som faller utanför min version av doktrinen referensram är rena rättspolitiska inlägg i debatten (oavsett i vilket forum som de förs fram). Den forskare, politiker, tjänsteman, opinionsbildare etc. som t.ex. i en tidskrift framför argument för hur lagen borde eller inte borde ändras må i sin argumentation tangera gränsen för ett uttalande som kan omfattas av doktrinen uppfattning, men om syftet är att på ett politiskt, ideologiskt eller annat plan ventiler sin uppfattning om vad ett gott samhälle, en bra lag eller en lämplig lösning är eller bör vara, så ligger det utanför den juridiska doktrinen område.

För att inte den juridiska doktrinen helt skall förlora kopplingen till sin ursprungliga innebörd och definition, bör man alltså förutsätta att de uppfattningar som reproduceras inom doktrinen har någon form av

vetenskaplig förankring.¹¹ Eftersom det vi i första hand utgår från i detta sammanhang är rättsvetenskap – och närmare bestämt straffrättsvetenskap – kommer jag med vetenskaplig anknytning eller förankring mena att det som doktrinen uttrycker uppfattningar om tillhör rättsdogmatiken (eller något som har betydelse för denna). Om man utgår från att rättsdogmatikens uppgift är att på ett godtagbart sätt rekonstruera ett rättssystem (gällande rätt), ligger det inget märkligt i att se doktrinen som en källa till ett vetenskapligt ordnat rättssystem som inbegriper avsevärt mycket mer än bara de regler som följer av lagen (giltig rätt).¹² Oaktat att det i och för sig måste kunna förekomma att gällande rätt identifierar och ger stöd för uppfattningar inom doktrinen som vilar på ”dålig” vetenskaplig grund, bör det åtminstone finnas en ambition att doktrinen skall byggas på slutsatser som är vetenskapligt hållbara. Kanske kan man uttrycka det som att det finns ett krav på *vetenskaplig hederlighet* i argumentationen; ett annat sätt är att hävda att den normativa legitimitet som jag nämnt ovan formulerar ett krav på systemmässig koherens eller i vart fall kongruens på principnivå.¹³ Under alla omständigheter gäller följande: alltför tendensiösa, rättspolitiska eller personliga uppfattningar inom litteraturen borde ofta kunna exkluderas från doktrinen redan på den grunden att de saknar vetenskaplig legitimitet.

En icke oväsentlig del av det som utgör produkter av olika personers författarskap uppfyller utan tvivel kraven på att utgöra *vetenskap* (eller vetenskapligt förankrade redogörelser och sammanställningar) rörande juridiska frågeställningar/problem. Den avgörande frågan är om (straffrätts)vetenskapen bör anses vara en del av doktrinen. I sammanhanget bör det uppmärksammas att det inte finns något som säger att vetenskapliga aspekter på juridiska problemställningar måste befatta sig med rättsdogmatik. Jag återkommer till denna fråga strax nedan.

Så mycket torde dock kunna sägas, att i den mån ett vetenskapligt bidrag inte rekonstruerar gällande rätt på ett sätt, där frågor, svar eller synsätt blir möjliga för en oberoende beslutsfattare (t.ex. en domare) att applicera på konkret beslutsfattande, finns det skäl att i första hand se de redovisade uppfattningarna som ett inlägg i en vetenskaplig diskussion – dvs. inte som en del av doktrinen. Det vetenskapliga värdet av

¹¹ Jfr vad som har sagts strax ovan om termen doktrins etymologiska bakgrund.

¹² Se härom Jareborg, Inkast i straffområdet 2006 s. 172.

¹³ Angående koherenskravet inom straffrätten, se närmare Ulväng (not 8) s. 207 ff.

t.ex. en kritisk analys av förmögenhetsbrotten utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv eller en postmodernistisk analys av brotten mot familj ur ett klassperspektiv, behöver inte ha något direkt att göra med i vilken utsträckning som redogörelser av detta slag utgör en del av doktrinen. Rättssociologiska, rätthistoriska, kriminologiska, moralfilosofiska, rättsmedicinska eller rättspsykiatriska produkter räknas normalt inte till den straffrättsliga doktrinen, även om straffrättsvetenskapen är beroende av den kunskap som dessa vetenskaper förmedlar. Det råder inte heller några tvivel om att dessa texter utgör del av (straffrätts)vetenskapen. Således: vad som utgör (rätts)vetenskapliga bidrag i litteraturen behöver inte utgöra en rättskälla och i detta ligger naturligtvis inte något konstigt. Det vore ju onekligen märkligt om man inte skulle kunna bedriva forskning, och lämna vetenskapliga bidrag om det som utgör (straff)rätten eller den omgivning i vilken straffrätten verkar, såvida inte domare eller någon i motsvarande position (i efterhand) ”godkände” resultaten och omsatte dessa i praktisk verksamhet. Men: det behöver inte ha något att göra med frågan vad vi väljer att benämna som doktrinen.

För att vetenskapliga produkter skall bli del av doktrinen borde det krävas att de vetenskapliga lärosatserna på något sätt blir accepterade och identifierade av de som har att sätta gränserna för vad som är gällande. En annan sak är sedan att rättsvetenskapliga resultat ofta, och som huvudregel, behöver formuleras och förmedlas i koncentrerad form genom i första hand läro- och handböcker för att nå ut till praktiskt verkssamma jurister. Det sagda påvisar dock en växelverkan mellan doktrinen och litteraturen; det säger inget om att begreppen är identiska.

Här konfronteras vi med det andra problemet i mitt försök att klassificera olika slags uttrycksformer som förekommer i juridiska skrifter och annan litteratur, nämligen litteraturens och doktrinen ständiga föränderlighet. Om vad som utmärker doktrinen är att dess utsagor preciserar och fyller ut det rättsliga system som är resultatet av den positiva rätten (på en ytstruktur), och att dessa ställningstaganden har stöd av dem som tillämpar systemet, står det klart att det kan ta viss tid innan en uppfattning får sådant stöd eller acceptans att den kan sägas reflektera gällande rätt. Vad som inte tillhör doktrinen idag kan således göra det i morgon. Jag ser inte att detta på något avgörande sätt äventyrar mitt resonemang ovan. Att doktrinen är föränderlig och satt i ständig utveckling är oomtvistligt. Vad som räknas till doktrinen är således beroende av vad som inom ramen för ett visst rättssystem

räknas som gällande rätt. Det som är, eller har varit, doktrinen kan följaktligen komma att förpassas till disciplinen rättshistoria.

Även om det säkerligen finns betydligt mer att säga om förhållandet mellan doktrinen, litteraturen och vetenskapen, så nöjer jag mig här. Den lilla tredelning som jag skisserat ovan räcker för att för mina syften gå vidare och diskutera det som är av betydelse i denna uppsats, nämligen den straffrättsliga doktrinen och dess roll inom juridiken.

Läsaren vet nu att jag ser den juridiska doktrinen som en undergrupp till den rättsliga litteraturen, och att doktrinen uppfyller två grundkrav: de utsagor som följer av doktrinen skall vara empiriskt identifierbara och accepterade bland de som tillämpar rätten; utsagorna skall vidare vara normativt legitimerande i det att de ger (någorlunda) vetenskapligt hållbara utsagor om rättens tillämpning. Det finns således en stor mängd litteratur som inte tillhör doktrinen.

Doktrinen är också en äkta delmängd av den vetenskapliga produktionen. Kravet på att de allmänna lärorna och doktrinen har en vetenskaplig förankring leder till att det finns en koppling till vetenskapliga resultat och synsätt. Men alla bidrag till rättsvetenskapen – och vetenskapliga undersökningar av rätten – blir inte automatiskt en del av doktrinen.

En poäng med att skilja mellan litteratur, doktrin och vetenskap är att det bidrar till att begränsa det som vi menar vara doktrinen och en rättskälla. En sådan avgränsning underlättar om man, som jag, skall försöka förklara dess roll inom straffrätten och dess förhållande till vetenskapen, vilken i det aktuella sammanhanget främst består av rättsdogmatiken.

3 Om straffrätten och doktrinen

3.1 Doktrinsens roll och straffrättens särart

Tillämpning av juridik är en strikt normbunden verksamhet där det förutsätts att vissa spelregler iakttas och respekteras. Dessa tar i första hand sikte på att problemformulering, argumentation, och lösandet av konkreta problem utgår från en given rättsordning. Den rätt som tillämpas måste såtillvida vara giltig, vilket innebär att de regler som skapar systemet (främst i form av lagar och förordningar) är tillkomna av någon som är behörig att utfärda dem.¹⁴ Vad som betraktas som gällande inom ett

¹⁴ Med giltighet förstås här intern giltighet, se Jareborg (not 5) s. 118.

system (av bl.a. giltiga normer) är något delvis annorlunda. Inte i något system – straffrättsligt eller annat – kommer det någonsin att vara tillräckligt att konsultera de giltiga normerna för att kunna ställa en relevant fråga eller ge ett svar. Allt juridiskt hantverk handlar om tolkning och normalt är det texter som utgör källorna för tolkningsverksamheten. En del av spelets regler är således att man på förhand enas om, på ett ungefär, vilka texter (eller annat) som kan vara av betydelse för den juridiska tillämpningen (tolkningen). Juridisk metod handlar – trots att det inte finns någon allennärådande, uttömmande eller särskilt precis definition – om att klargöra hur innehållet i olika rättskällor kan, får och bör bestämmas, hur man skall hantera olika konkurrerande uppfattningar samt hur motstridigheter inom systemet kan motverkas eller i vart fall förklaras samt hur konflikter kan lösas.

Om man väljer att, såsom många gör, utgå från att doktrinen är liktydig med den juridiska litteraturen, ligger det i öppen dager varför värdet hos denna källa snabbt riskerar att bli relativt sett lågt. Oenigheter är knappast ovanliga bland olika författare och floran av konkurrerande alternativa beskrivningar innebär snabbt att sikten grumlas. Även om man skulle välja en mer begränsad definition, finns det ett avgörande problem med att doktrinen inte kan sägas uppfylla några krav på intern giltighet. Det finns ingen auktoritet som kan sägas fastställa doktrinen innehåll genom auktoritativt beslut och doktrinen innehåll kan ju knappast sägas promulgeras. Till skillnad från den exklusivitet som lagstiftaren, den verkställande makten eller Högsta domstolen åtnjuter, så är det juridiska samtalet inom ”doktrinen” öppet för alla och envar. Vem som helst kan ju bidra till den juridiska litteraturen. Med en klassisk utgångspunkt blir doktrinen värde därför lätt devalverat. Risken finns alltid att doktrinen likställs med enskilda författare som ”har HD:s öra” och/eller åtnjuter lagstiftarens respekt; i så fall hänförs ofta hela författarens verksförteckningar till ”doktrinen” utan närmare urskiljning. Mest långtgående är att likställa doktrinen med enskilda professorers privata uppfattningar i enskilda frågor.¹⁵ Man kan då svårligen hävda att doktrinen är en teori eller grundsats som anger riktlinjer för ett visst accepterat eller postulerat tänkande/handlande.

Eftersom jag har valt en helt annan beskrivning, kommer min syn på doktrinen värde som rättskälla att påverkas. Jag menar nog för min del att doktrinen, åtminstone inom straffrätten, kan ha ett värde som inte bara är

¹⁵ Jfr Lind (not 10), s. 360 ff.

jämställt med andra rättskällor, utan att det faktiskt i icke oväsentlig mån är högre. Skälet för varför så är fallet är främst att det material som man har att tillgå när man utvärderar de olika rättskällorna är mycket olika. Omfattningen på det som utgör doktrinen, litteraturen och rättsvetenskapen till skillnad från övriga rättskällor är betydande (och i delar svåröverskådlig).¹⁶

Huvuddelen av allt det som tillsammans utgör ”gällande rätt” består alltså av avsevärt mycket mer än det som man kan utläsa av lag, förarbeten och prejudikat. Majoriteten av de regler för hur vi formulerar problem, tolkar, förhåller oss till kunskap, värderingar och vår historia, är ju en verksamhet som inte är ”reglerad” i egentlig mening. Det finns ju inte någon som har monopol på att formulera denna del av rättens innehåll. Likafullt är det ju dessa normer som styr den faktiska tillämpningen av juridiken. Gällande rätt utgör sålunda närmast en samlingsbeteckning på det som är ett enormt komplext system av normer, regler, principer o.dyl., vilken sätter de egentliga gränserna för hur man kan, får och bör resonera i juridiska frågor.¹⁷ På anförda grunder borde doktrinens rättskällevärde många gånger kunna anses vara mycket högt. En annan sak är att innehållet i dessa rekonstruktioner kan vara lika svårt att fastställa som det är att klarlägga innehållet i gällande rätt.

Inom straffrätten spelar den utfyllning och precisering av de enskilda reglerna som reflekteras i gällande rätt en särskild och helt avgörande roll för systemets rationalitet. Man kan fråga sig varför så är fallet. Alla rättsområden är ju i stor utsträckning beroende av att man klarlägger rättsnormers extension och hitta (de bästa) argumenten för hur ett juridiskt problem bör lösas. Straffrätten är ju knappast unik i detta avseende.

¹⁶ Vad i gällande rätt som de olika rättskällorna förmår att fänga skiljer sig följaktligen åt på ett avgörande sätt. Normalt är träffbilden ganska begränsad. De lagar, som utifrån ett strikt positivistiskt synsätt utgör ett rättssystemets ryggrad och systemets grundläggande normer, utgör ju egentligen bara en liten bråkdel av allt det som vi menar tillhöra eller vara (den gällande) rätten. De rättsliga avgöranden i domstol som har prejudicerande värde utgör i och för sig en auktoritativ tolkning (utifrån samtliga tillgängliga källor), men avgörandet är alltid bundet av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet; det är således ofrånkomligt att avgörandena i viss utsträckning är kasuistiska. Domstolar i allmänhet, och högsta instanser i synnerhet, anser sig av tradition dessutom vara starkt bundna av vad som uttalats i tidigare meddelade avgöranden, vilket gör utrymmet för utveckling begränsat. Dock kan tillägg i form av *obiter dictum*, åtminstone ibland, utgöra ett viktigt komplement som bidrar att sätta ett enskilt avgörande i en större och viktigare kontext.

¹⁷ Se även McCormick, ”Reconstruction after Deconstruction: A response to CLS.”, Oxford Journal of Legal studies 1990 s. 556 ff.

Vad som emellertid skiljer straffrätten från många andra discipliner – och i vissa delar gör den unik – är ämnets starka bindning till vissa grundläggande principer och värden; att inta ett principiellt förhållningssätt till sin egen verksamhet är närmaste ett adelsmärke inom denna disciplin. Detta i sin tur har sin främsta förklaring i att konsekvenserna av straffrättsanvändning är så ingripande, och i många avseenden motbjudande, att det alltid har funnits ett behov att förankra dess verksamhet i ett visst moraliskt förhållningssätt. När man tillämpar ett system, vars enda uppgift är att tillfoga andra människor någon form av lidande, blir det viktigt att systemet bärs upp av skäl som i något avseende går att rättfärdiga samt att skälen är sammanhängande och begripliga. Att bestraffa innebär att man klandrar någon för något, och i många avseenden kan systemet ses som en institutionaliserad form av instrumentell moralisk kommunikation. För alla inblandade kommer det att betyda något mycket väsentligt när en domstol avgör ett konkret straffrättsfall. Oftast kommer någon att hållas ansvarig för något och därmed kommer bestraffning att aktualiseras. De påföljder som aktualiseras inom straffrätten skiljer sig vidare på ett avgörande vis från andra rättsföljder inom andra juridiska discipliner i det att straff helt saknar några reparativa inslag eller på annat sätt har en konstruktiv funktion. Besträffning är i grunden endast repressivt.

Detta ställer stora krav på de som har att tillämpa systemet. En väsentlig uppgift blir därför att upprätthålla vissa för systemet fundamentala rättsstatsideal som begränsar den negativa effekterna. En annan mycket central uppgift består i att värna ett humanitetstänkande som alltid bör finnas närvarande vid straffrättsanvändning. Vad som eftersträvas är således både formell och materiell likabehandling, liksom en stark anknytning till någon form av rättsvisekonception som kan rättfärdiga tillämpningen och minimera riskerna för orättvisa resultat och i förlängningen statligt maktmissbruk. Ett sätt att göra detta är att förankra tillämpningen i likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, skuldprincipen, konformitetsprincipen, legalitetsprincipen m.fl. Som ett direkt utflöde av dessa principer finns normer – kodifierade eller oskrivna – som skapar ett system där den som är underkastad straffrättsanvändning skyddas av en hel uppsättning regler, meta-regler, undantag och tumregler.

Vikten av att värna principer och att vara principiell i sin hållning återspeglas ofta i att olika regler och principer sätts samman till en sammanhållen ”lära”, en ”ideologi” och/eller ett (rättsdogmatiskt) system. Vi börjar nu närma oss det som jag kallar doktrinen.

Ett ytterligare utmärkande drag som särskiljer straffrätten från många andra rättsområden, och som bör framhållas i sammanhanget, är det förhållandet att alla relevanta handlingsmönster som kan forma en utgångspunkt för juridisk tillämpning och problemlösning är beskrivna och formulerade i lagtext. Varje tänkbar brottslig gärning har en eller flera motsvarigheter i abstrakta, generaliserande brottsbeskrivningar som på ett visserligen kuperat och syntetiserat sätt söker definiera en regels fulla tillämpningsområde. Detta kommer i sin tur att bestämmas av utseendet på de konkreta fallen som vi, genom en ständig växelverkan mellan inordnande och precisering, väljer att subsumera under regler; hur denna process närmare går till är avsevärt mycket mer komplicerat än att endast försöka precisera innehållet i en bestämmelse utifrån dess formulering. Vid sidan av dessa till synes dogmatiska regler finns alla de undantagsregler som – med stöd i andra dogmatiska regler eller oskrivna normer – kan utesluta ansvar eller i vart fall modifiera förutsättningarna för ansvar.

Poängen med att framhålla systemets höga grad av komplexitet och dess rötter i moralfilosofi förenat med ett behov att upprätthålla en hög lägstanivå när det gäller graden av rättsstatlighet, har varit att uppmärksamma att behovet av utfyllning och precisering av straffbuden och förutsättningarna för straffansvar är enormt. Följaktligen finns de viktigaste normerna för vad som kan utgöra ett brott i andra delar inom vad som är den gällande rättens system.¹⁸ Frågan är nu bara vad detta har med doktrinen att göra.

3.2 Doktrinen och begrepp

Eftersom jag i texten genomgående antyder att systemet ”är” doktrinen, finns det en uppenbar risk att jag i mitt resonemang håller på att helt jämställa innebörden i begrepp som *gällande rätt*, *straffrättsdogmatik* och *doktrinen*. Man kan i så fall möjligen ifrågasätta vad som skulle vara vunnit med detta (och med min tidigare tudelning mellan å ena sidan den juridiska litteraturen och å andra sidan doktrinen). Jag kommer i detta avsnitt att utveckla min syn på doktrinens förhållande till rätten och rättsdogmatiken och härvid uppehålla mig kring två konstruktioner eller läror inom straffrätten som dogmatiskt sammanfattar delar av det som

¹⁸ Se Jareborg (not 5) s. 120.

utgör kärnan i såväl rätten som doktrinen – brottsbegreppet och påföljdsbestämningens (dolda) struktur.

Den huvudsakliga anledningen till varför beskrivningarna av de olika begreppen flyter samman är att det, åtminstone inom straffrätten, till stor del faktiskt är fråga om samma sak. Jag har ovan sagt att majoriteten av de normer som vi sammanfattar under begreppet gällande rätt finns utanför det som direkt kan utläsas av lagtext eller lagens ord; vi syftar på ett system av regler och principer av olika slag som *skapas* av personer som tillämpar rätten men som *rekonstrueras* av personer som sätter normerna i relation till varandra och som förmår se viktiga strukturer och därvid sätta samman normerna i ett system. Systemet "är" gällande rätt. Rekonstruktionen av systemet är – eller skapas med hjälp av – rättsdogmatiken. Doktrinen är den accepterade delen av straffrättsvetenskapen och litteraturen som formulerar (delar av) det rättssystem som rättsdogmatiken har rekonstruerat.¹⁹

Hur man i doktrinen väljer att rekonstruera ett system av normer är helt öppet. Med "öppet" skall inte förstås förutsättningslöst, men de enda egentliga begränsningar som finns härrör från systemet självt. Systemet måste alltså beskrivas med utgångspunkt från de regler som finns, så att säga, "på ytan" och utifrån hur de personer som har att tillämpa reglerna faktiskt resonerar samt binda samman denna praktik med olika slags principer och värden som förklarar och rättfärdigar systemet. Bland annat av detta skäl blir det klart varför doktrinen kan innehålla så många, och så olika, begrepp, konstruktioner och läror. Doktrinen har inget giltighetskriterium, och när det gäller frågan om vad som är gällande har ingen uppfattning monopol på sanningen. Konkurrensen avgörs endast utifrån vad som anses vara den "bästa" beskrivningen.

Doktrinen kan befatta sig med i princip hur stora eller hur små frågor som helst. Varje enskilt problem som är föremål för prövning i domstolar kan bli föremål för en teori eller ett begrepp. Således finns det läror om t.ex. skuld, kausalitet, rättstridighet, men också om den specifika begreppsbildning och struktur som gäller för vissa specifika brottsarter, t.ex. förmögenhetsbrotten och som kretsar kring begrepp som besittning, ekonomisk skada etc.

De i särklass viktigaste bidragen inom doktrinen avser sådana rekonstruktioner som är allmängiltiga i den bemärkelsen att de täcker alla tänkbara situationer på vilken gällande rätt appliceras. För straffrättens del

¹⁹ För liknande uppfattning, se MacCormick (not 17) s. 556 f.

handlar det om *brottsbegreppet* och *påföljdsbestämningens struktur*. Båda dessa ingår i straffrättens allmänna läror och tillhör vad som brukar kallas den allmänna delen. Dylika begrepp som inplacerats i en lära utgör inte sällan vad MacCormick kallar institutionella fakta.²⁰

Någon form av tanke att man kan sammanfatta de allmänna förutsättningarna för straffrättsligt ansvar har funnits sedan i vart fall von Pufendorfs dagar, men man måste rimligtvis ta steget in i 1800-talet och efterdyningarna av upplysningen och von Feuerbachs Bayerska strafflag innan man kan tala om ett inom doktrinen etablerat brottsbegrepp.²¹ En närmare definition av vad som utgör brottsbegreppet är kanske att det är en konstruktion av samtliga de förutsättningar som finns för att en gärning skall utgöra brott i straffrättslig mening. Av detta förstår vi att vad som framgår av en enskild brottsbeskrivning aldrig anger tillräckliga betingelser för ansvar, utan endast nödvändiga. Varje bedömning måste därefter kompletteras med en rad olika ställningstaganden.

Det kan måhända förefalla litet överdrivet eller pretentiöst att betona att just straffrätten har vissa grundläggande förutsättningar för dess tillämpning som alltid måste vara uppfyllda och att detta är något som gör såväl ämnet som doktrinen ställning speciell. Vilket rättsområde har inte grundläggande förutsättningar för normtillämpning? Måste inte t.ex. alla civilrättsliga avtal innehålla någon form av anbud och accept, liksom alla former av talan i en domstol måste innehålla något slags yrkande? Förmodligen är svaret självklart jakande, och med all sannolikhet finns det allmänna läror i någon utsträckning inom alla juridiska discipliner.

Här är det viktigt att framhålla, att straffrättens särart gör att de allmänna lärorna snabbt blir mycket komplexa och komplicerade. Vad som skall anses ingå i dessa allmänna brottsförutsättningar är inget som kan utläsas enbart genom ett studium av lagtext (även om vissa komponenter är givna).²² Inte heller ger förarbeten eller praxis en tillräcklig beskrivning. Brottsbeskrivningarna ger endast abstrakta generaliserade beskrivningar av vad som utgör brott, vilka i varje enskilt fall måste tolkas mot de begränsande normer och principer som finns inom systemet. Handlingsmönstret är således på förhand utlagt av lagstiftaren. Den som är satt att självständigt tillämpa rätten i konkreta fall måste emellertid i

²⁰ Se särskilt MacCormick, *Institutions of law* 2007 kap. 2. Se även Tuori (not 4) s. 174.

²¹ Se och jfr Jacobsen, "Pufendorf og den europeiske strafferetsdoktrinen" i FS till Träskman 2011 s. 252 ff.

²² Se bl.a. BrB 1:1–2 och BrB kap. 24.

varje situation förhålla sig till hur ett utsnitt i tid och rum, som beskriver mänskligt handlande, skall tolkas mot alla de regler och undantag som systemet innehåller. Det uppställer stora krav på att tolkningen sker på ett kongruent sätt; alla bör av rättsviseskäl bedömas utifrån samma måttstock. Tolkningen måste av samma skäl också uppfylla högt ställda krav på koherens. För att kunna förstå och tolka koherenskravet behöver man de ovan nämnda begreppen. Det är dessa som operationaliserar normerna och de bakomliggande skälen, vilket skapar en form av (för) förståelse. Begreppen kan användas för att formulera problem och contextualisera dem. Vad som utgör ett *samtycke* bör således tolkas på ett koherent och logiskt konsistent sätt även om bedömningar av samtycke kan göras utifrån olika perspektiv, t.ex. en gärningsinriktad respektive en gärningsmannainriktad del. Som en mycket viktig huvudregel bör dock alla ansvarsfrågor bedömas på samma sätt i likartade situationer.

Sätter man samman de ovan nämnda kraven, inser man ganska enkelt varför systemet snabbt blir komplicerat. De abstrakta, syntetiska rekvisiten i brottsbeskrivningarna är för trubbiga för att man på förhand skall kunna veta hur de skall tolkas i förhållande till alla metaregler. Har t.ex. "tillfoga", "beröva" och "orsaka" samma innebörd när vi eftersöker ett relevant orsakande (av t.ex. skada bestående i en kränkning av fysisk integritet)?²³ Till synes i övrigt identiska gärningar kan i fråga om orsakande bedömas helt olika beroende på hur man beskriver gärningen och hur man i den givna kontexten värderar olika skäl. Detsamma gäller då man uppställer förutsättningar för vad som utgör omständigheter av betydelse för om en annars otillåten gärning är att anse som rättsenlig på grund av vissa tillstötande omständigheter (nöd, nödvärn etc.), eller då man har att pröva skuldtäckning mot dylika positiva och negativa rekvisit. Det väsentliga är dock att alla omständigheter måste prövas. Och här kan ordningen för prövningen faktiskt ha betydelse.

Att det inte finns en auktoritativ formulering av brottsbegreppet betyder inte att det är betydelselöst hur man beskriver något. Man skulle framstå som ganska begränsad om man hävdade att valet av språkhandlingar och berättandets form inte har någon påverkan på det som man försöker säga något om. Således kan man säga att brottsbegreppet förmedlar ett budskap genom att dela upp olika slags frågor, problem, distinktioner och krav på ett visst sätt som överensstämmer med hur beslutsfattare (främst domare) löser konkreta problem i "verkligheten".

²³ Jfr BrB 3:1, BrB 3:5 och BrB 3:7.

Man kommer genom sitt sätt att beskriva verkligheten också att uttala sig i mer renodlat normativa frågor. Detta gäller kanske främst i situationer där det i det praktiska rättslivet saknas ett givet svar på en fråga, men där systemets internt gällande skäl och struktur ger vissa svar på hur den bör lösas. Detta kan avse ofullständigheter och luckor av såväl axiologisk som logisk natur. Faktum är väl att systemets struktur kan generera frågor som man i praxis (ännu) inte har uppmärksammat, men som väcks av att man undersöker vilka konsekvenser som följer av att man i förlängningen upprätthåller vissa fundamentala principer och andra normer. I botten vilar alltid kravet på – eller intresset av – att upprätthålla någon form av värderingsmässigt sammanhängande system. Den koherens som är viktigast är systemintern normativ koherens, och denna är intimt knuten till frågan om förhållandet mellan regler på en yta och de underliggande principer som omger regelanvändningen. Om man har en uppsättning regler och ställer sig frågan om systemet är normativt koherent, så kommer svaret att bero på om man kan rättfärdiga reglerna utifrån olika principer.²⁴

Det som man kommunicerar genom ett begrepp av detta slag kommer sammanfattningsvis att avslöja ganska mycket om hur man ser på vissa grundläggande filosofiska problem. Det kan inte förnekas att hur man ordnar ett system för att bedöma mänskligt handlande kommer att reflektera hur förankrat resonemanget är i vad som kan betecknas som en vetenskaplig kontext.²⁵ Hur brottsbegreppet ordnas säger också en hel del om hur man ser på olika moraliska bedömningar, vilket visar sig – inte minst när man i olika situationer väljer att *inte* utkräva straffrättsligt ansvar. Det är t.ex. mindre belastande för en tilltalad att frikännas för att den gärning han eller hon har begått inte uppfyller kraven för brottsbeskrivningsenlighet (dvs. den är tillåten) än att frikännas från en i sig otillåten gärning som begåtts uppsåtligen därför att man på någon grund är ursäktad (t.ex. på grund av excess).²⁶ Ursäkter förutsätter alltså att det finns något att ursäktas; tillåtna gärningar är i sig tolererade.

Mellan tillåtlighet och ursäktad otillåtlighet kan man tänka sig att brottsbegreppet projicerar flera ytterligare nyanser i graderingen av

²⁴ Se McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* 2005 s. 192.

²⁵ Till frågan om graden av – och kraven på – vetenskaplighet återkommer jag nedan (se avsnitt 3.3.).

²⁶ Se också Asp, *Straffansvar vid brottsprovokation* 2001 s. 48 ff. och Hassemer, "Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht – Thesen und Kommentare" 1987 s. 191.

klandervärdhet genom att dela upp kriterierna för straffansvar – och undantag härifrån – på ett särskilt sätt. Den som t.ex. har begått en gärning som är brottsbeskrivningsenlig, men denna på någon grund anses vara rättsenlig, har *prima facie* gjort något som det finns anledning att klandra. På grund av att det i den aktuella situationen finns särskilda omständigheter ges vi emellertid anledning att se gärningen i ett annat ljus och som ett undantag i en viss kontext; gärningen är i den speciella situationen rättsenlig trots att den *mutatis mutandis* är otillåten och kriminaliserad. Rättsföljden är densamma hur man än väljer att tillämpa reglerna (dvs. att den tilltalade skall frikännas). Men det finns ett annat, djupare, underliggande budskap i det att man frikänner den tilltalade på en särskild grund först efter det att vissa andra brottsförutsättningar redan har prövats. På motsvarande sätt kan man tänka sig att lösningar på planet för bedömningen av skuld kommunicerar liknande skillnader i graden av klander. Den som frikänns på grund av bristande uppsåt, kan eventuellt dömas för oaktsamhetsbrott (subsidiaritet), men oavsett vilket förutsätts att gärningsmannen hålls ansvarig för en otillåten gärning som inte i sig kan rättfärdigas. Gärningen fördöms, men gärningsmannen är ursäktad eller i vart fall mindre klandervärd. Bedömningar av detta slag kan få återverkningar på hur man bedömer straffrättsligt ansvar för andra personer som är del i samma brottsliga sammanhang. Ett uppenbart exempel är hur man har valt att konstruera medverkansläran i svensk straffrätt, där det inte krävs att gärningsmannen döms för ett brott utan det är tillräckligt att det har begåtts en otillåten gärning (medverkansobjektet).

Av det ovan sagda följer att brottsbegreppet är det mest centrala begreppet inom det som utgör gällande straffrätt. Det är tillämpligt på alla fall som underkastatas prövning och det definierar förutsättningar för vad vi menar med (straffrättsligt) ansvar. Uppgiften att skapa en sammansatt lära av brottsförutsättningar ankommer i första hand på rättsvetenskapen. Varje bidrag inom litteraturen som syftar till att förklara brottsbegreppet och rekonstruera en ansvarsbedömning utgör således en reflektion av gällande rätt. Om dessa rekonstruktioner anses ge en god beskrivning av sakernas tillstånd, och praxis accepterar beskrivningen som varande sann eller gällande, har man identifierat det som utgör doktrinen på området.

Rättsvetenskapens uppgift att söka efter den bästa beskrivningen av gällande rätt är inte enkelriktad, passiv och betraktande. Det finns en inre dynamik i utvecklandet av det som utgör brottsbegreppet såtillvida att

den som ikläder sig rollen av beslutsfattare i enskilda fall kommer att välja hur tidigare oklara fall bör lösas inför framtiden samt huruvida man skall acceptera det som anses följa av olika försök att beskriva brottsbegreppets innehåll. Man kan sålunda säga att det finns en ständig växelverkan mellan det som utgör uttolkningen av systemets beståndsdelar och det som är systemets kontinuerliga utveckling. Oavsett om man avser att tillämpa gällande rätt på klara, ordinära fall eller om man i ett enskilt fall skall lösa oklara fall utifrån hur något borde vara, fungerar brottsbegreppet – både för rättstillämparen och för den som i efterhand skall kontrollera maktutövningen – som en ”checklista” för ansvarsprövning. Ju bättre modellen är på att förklara hur faktiska och föregivna fall bör lösas, desto större är chansen att den kommer att uppmärksammas och tillämpas av dem som är satta att avgöra konkreta problem i verkliga fall. Ju fler som tillämpar modellen, desto högre värde får konstruktionen som rättskälla.

Det behöver inte vara givet i vilken ordning man skall pröva olika frågor i ett brottsbegrepp, huruvida de bör systematiseras utifrån vissa övergripande indelningsgrunder eller hur olika frågeställningar lämpligast bör betecknas eller etiketteras. Den straffrättsliga litteraturen är fylld av olika uppfattningar i denna del. Vad som dock är av betydelse är att det valda begreppet fångar allt det som skall prövas vid bedömningen av straffrättsligt ansvar och att varje fråga – i sig – endast bedöms en gång samt att systemet hålls fritt från inre motsägelser.²⁷

* * *

I princip allt vad som har sagts ovan om brottsbegreppets roll i det som utgör doktrinen är också sant om man studerar en annan näraliggande konstruktion – *påföljdsbestämningens struktur*. Bakom regler i (främst) BrB kap. 29–30 finns en ”dold” beslutsstruktur som i delar är mycket komplicerad och intrikat. Det är i princip omöjligt att enbart av lagtexten utläsa dess olika steg. Lagstiftaren har inte strukturerat bestämmelserna utifrån den kronologi som konkret beslutsfattande följer. Vidare: åtskilliga bestämmelser i nämnda kapitel kan inte tillämpas utan att regleringen i BrB kap. 25–28 respektive BrB kap. 31–32 konsulteras och tillämpas parallellt i en bestämd ordning. Tar man dessutom i beaktande

²⁷ Om det sagda, se bl.a. Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättsens grunder 2013 s. 58 ff., Asp (not 26) s. 38 ff. samt Frände, Faredeliktens allmänna läror, Oikeustiede Jurisprudencia 1994 s. 10 ff.

att mycket av konkret påföljdsbestämning i domstolar omfattar flerfaldig brottslighet, måste också reglerna i BrB kap. 34 tillämpas.

Bakom hela den beslutsprocess som präglar den verksamhet som dagligen aktualiseras i domstolar finns alltså ett system och en given tågorordning för hur respektive delfråga måste avgöras. Systemet varken återges eller återfinns *in extenso* i förarbetena till BrB eller i HD:s praxis. Likafullt är det klart att det är en del av gällande rätt. Lagstiftaren och domstolspraxis kan utgå från, ta för givet samt bekräfta systemets existens. Beslutsfattande på olika nivåer – t.ex. av lagstiftaren i samband med partiella reformer eller av enskilda domare i konkreta rättegångar – blir inte begripligt utan denna förförståelse. Letar man efter strukturen är det uppenbart att den har fått sina främsta språkliga uttryck inom den juridiska litteraturen. Det är där som strukturen – och därmed också doktrinen – får sin närmare beskrivning.

På samma sätt som beträffande brottsbegreppet finns det ingen som har monopol på att konstruera systemet eller att formulera den dolda beslutsstrukturens utseende. Viss konkurrens finns mellan olika författare (inte minst på detaljnivå), men på det stora hela finns ändå ett gemensamt, medvetet förhållningssätt till systemet och dess beståndsdelar. Begreppsbildningen och fundamentala principer hjälper oss att utveckla och precisera innebörden av t.ex. begrepp som straffvärde; andra principer och praxis hjälper oss att skilja omständigheter av betydelse för straffvärdebedömningen från andra omständigheter som är relevanta för straffmätningen men som inte direkt påverkar straffvärdebedömningen; ytterligare andra principer och metaregeler förklarar hur straffvärdet – vid sidan av konkurrerande hänsyn – bör påverka/avgöra vad som anses vara en lämplig påföljd. Etc. etc. Allt vävs samman till ett komplext mönster som skapats utifrån ett strikt ideologiskt tänkesätt.

Processen att skapa ett mönster utifrån den befintliga mängden produkter på en ytnivå – vilket inkluderar att inordna dessa fakta under de institutioner som utgör systemets beståndsdelar – är rättsdogmatikens uppgift. Det som anses vara den korrekta beskrivningen av systemet är det som motsvarar *doktrinen* – dvs. ett accepterat eller postulerat tänkesätt som förklarar ett visst handlande/beteende på ett visst område.

* * *

Det torde ha framgått med önskvärd tydlighet att det karaktäristiska för straffrättslig problemlösning är ett i delar mycket långt drivet, systemtänkande.

Man kan och bör alltid vara uppmärksam på vilka risker som finns inbyggda med att tänka i termer av ett (färdigt) system. Mest näraliggande är kanske en inneboende fara att den som är satt att tillämpa systemet tar strukturen, okritiskt, för given.²⁸ Vad som skulle kunna vara enbart ett rättsekonomiskt tillvägagångssätt för att hantera svåra problem i relation till en föregiven, komplex beslutsstruktur (där den senare ger ledning och svar och den förstnämnda praktiska tillämpningen i sig bekräftar systemets rättfärdigande), kan enkelt ändras till att bli en beskrivning av ett alltför lojalt, icke-reflekterande och följsamt accepterande av (andras) felaktiga dogmer. I slutänden kan detta leda till resultat som man inte egentligen är beredd att acceptera (praktiskt och/eller ideologiskt).

Problematiken bör dock inte förenklas till ett val av antingen–eller-karaktär. Systembundenhet har fördelar i form av att den som är satt att tillämpa det får (hel- eller halvfärdiga) modeller för hur man kan resonera, vilket har konserverande effekter och som leder till en likartad rättstillämpning. Dessa bör dock alltid kontrasteras mot korresponderande nackdelar. I den beskrivning som jag har givit av doktrinen, kan systemtrogenhet aldrig reduceras till enkel, mekanisk tillämpning. I praktiken är det givetvis möjligt att enskilda beslutsfattare, i konkreta fall, inte gör några närmare eller egentliga överväganden om huruvida det finns hållbara skäl bakom den lösning som man *de facto* väljer att applicera. Men redan genom valet att tillämpa systemet på ett visst sätt, bekräftas det (empirisk legitimitet) och i den mån sättet bidrar till att förklara tillämpningen skapas normativ legitimitet. Det viktiga är huruvida den samlade mängden beslut som fattas – och då särskilt i de situationer då ett beslut kan förväntas ha avgörande betydelse (t.ex. i samband med att lagstiftaren vidtar en åtgärd eller då HD meddelar ett prejudikat) – överensstämmer med det systematiska tillvägagångssättet. Sker så inte, måste de interna normerna utvärderas, omformuleras och kanske förkastas. Varje gång som ett rådande, accepterat synsätt inom en rådande rättslig kultur bekräftas eller modifieras, så erhåller man en (delvis ny) beskrivning av gällande rätt och så länge som denna bild på det stora hela överensstämmer med de rekonstruktioner som följer av doktrinen, så bekräftas en medvetenhet i förhållande till ett i övrigt på förhand förutsatt tänkande

²⁸ Se bl.a. Roxin. Strafrecht – Allgemeiner Teil, Bd I 2006 s. 214 ff.

eller handlande/beteende. Doktrinen produceras således genom att de rekonstruerade antagandena accepteras. Ett medvetet systemtänkande bör därför inte ses som en fara (och inte heller som ett enkelt arbetsbesparande sätt att fatta beslut på), utan som ett intellektuellt förhållningssätt hos dem som har att göra självständiga ställningstaganden inom systemets ramar. Doktrinen är den rättskälla som i första hand ger denne beslutsfattare de nödvändiga verktygen att hantera den stora mängd normer som existerar i systemet (gällande rätt). Att man behöver konsultera såväl den juridiska litteraturen som andra rättskällor för att klargöra vad det är som doktrinen faktiskt säger är en annan sak. Den faktiska rättskällan är (reflektionen av) systemet i sig självt.

* * *

Till sist. Jag har ännu inte förklarat varför jag tror att t.ex. brottsbegreppet, påföljdsbestämningens dolda struktur och andra dogmatiska konstruktioner har en så stor betydelse eller varför man faktiskt kan hävda att doktrinen som rättskälla har ett värde som många gånger övertrumfar andra rättskällor. Jag bortser i sammanhanget från konkurrens mellan lagtext och doktrinen.

Förklaringen är nog egentligen ganska enkel. Till stor del bygger den på att de beståndsdelar som den straffrättsliga doktrinen består av, i sig, är så viktiga att deras existens och värde knappast ifrågasätts av någon. Vad jag har i åtanke här är i första hand de begrepp och principer som bär upp den moderna rättsstatliga straffrätten och som genomsyrar hela systemet.²⁹

Att man i rättstillämpningen (empiriskt sett) är så enig om att vissa normer gäller har säkert flera förklaringar. En icke oväsentlig sådan är

²⁹ Det kan förvisso inte förnekas att vissa straffrättssystem, också det svenska, innehåller en rad olika lösningar på problem med anknytning till nämnda principer som framstår som diskutabla, i delar anmärkningsvärda och t.o.m. förfelade. Det kan handla om regleringar på lagstiftningsnivå eller lösningar i praxis. Flagranta exempel på lösningar som ansetts strida mot grundläggande rättsstatliga straffrättsprinciper är bl.a. den tidigare tolkningen av BrB 1:2 st. 2 avseende möjligheten att efterge uppsåt vid självförvållat rus (jfr dock NJA 2011 s. 563 och NJA 2012 s. 45), den före år 1994 rådande möjligheten att tillämpa medverkansansvar analogt på specialstraffrättsliga brott eller att svensk rätt alltså inte innehåller ett krav på att gärningsmannen är tillräknelig (jfr dock SOU 2012:17). Vad som emellertid är viktigt att uppmärksamma är att det är fråga om lösningar som utgör undantag och det är så de är beskrivna inom doktrinen.

att det torde råda stor enighet om att det finns starka giltiga moraliska och i övrigt normativa skäl för att ha systemet ordnat på ett visst sätt. Att försöka konstruera grundförutsättningar för en rättsstatlig straffrätt är något som lagstiftaren, domstolar och rättsvetenskapen har ägnat sig åt i ca 200 år. Trots att systemet knappast kan anses vara fulländat och att inte alla kan vara överens om alla dess ingredienser, torde det vara få som har uppfattningar som avviker radikalt från det som ovan har beskrivits som systemets grunder.

Ett annat skäl tror jag handlar om ett systemberoende från ett mer formellt perspektiv. Till skillnad från vad som gäller inom stora delar av t.ex. civilrätten måste i princip varje enskilt fall inom straffrättsstillämpning avgöras av en auktoritativ beslutsfattare (vilket normalt är en domare även om det långt ifrån alltid behöver vara så). Det finns inga alternativ till lösning av konkreta problem än att hänskjuta frågan till "systemet" och de normer som följer av detta (jfr t.ex. tvistlösningsformer i form av förhandlingar, förlikningar, medling etc.). Detta innebär att systemet ständigt reproducerar sig självt enligt ett givet mönster, vilket innebär att tillämpningen (tillvägagångssättet, tankemönstret etc.) ständigt bekräftas eller förändras.

Sammantaget kan sägas att det torde krävas något mycket definitivt och konklusivt (i fråga om tillämpning) för att ändra på innehållet i gällande straffrätt.³⁰ Den förförståelse som finns är mycket stark. En rättsregels tillämpnings- eller betydelseområde kan inte bestämmas eller förstås utan att man undersöker det konkreta fallet och vice versa, vilket förutsätter att man åtminstone vet något om det som man frågar efter i konkret problemlösning.³¹ Att förstå något om det vi undersöker implicerar att det inte endast är fråga om att beskriva förhållandet mellan helhet och del(ar);

³⁰ Genom lagstiftning kan man förvisso åstadkomma dylika förändringar, men eftersom lagstiftning normalt endast befattar sig med begränsade frågor (enstaka kriminaliseringar eller speciella regler om t.ex. påföljdsbestämning eller ansvar) är det svårt att föreställa sig att en lagändring skulle ändra på något väsentligt inom det som utgör ett dogmatiskt system. Skulle lagstiftaren välja att modifiera bestämmelser med generell räckvidd och som representerar kärnan i det som utgör brottsbegreppet eller beslutsstrukturen bakom påföljdsbestämning (jfr BrB 1:1, BrB 1:2 st. 1, BrB 29:1 eller BrB 30:4), så skulle såväl straffrättsdogmatiken som doktrinen och den juridiska litteraturen behöva ändras och anpassas. När det gäller praxis är situationen delvis annorlunda. Även om varje fall är specifikt och unikt, så kommer varje fall att tolkas och avkodas mot den "mall" som följer av doktrinen allmänna läror (t.ex. brottsbegreppet eller påföljdsbestämningsreglerna).

³¹ H. Andersson, Skyddsändamål och adekvans 1993 s.219 f. och Bernt & Doublet, Vitenskapsfilosofi för jurister – en införing 1998 s. 184.

förhållandet måste hela tiden betraktas ur den tolkandes perspektiv och det system i vilket tolkningen görs.³² På så vis ges varje bedömare (domare eller annan rättstillämpare) en förförståelse genom doktrinsens begrepp, principer och allmänna läror som på ett avgörande sätt kommer att påverka, inte bara sättet för att lösa konkreta juridiska problem utan i lika grad också sättet för att formulera problemen. Verkligheten är helt enkelt för mångfacetterad och variationsrik för att man utifrån de enskilda fallen skulle kunna rekonstruera enskilda rättsreglers egentliga innehåll.³³

Mitt svar på frågan varför den straffrättsliga doktrinen har en sådan stabil ställning – och därför ett motsvarande högt rättskällevärde, att den faktiskt inte bara utmanar utan också övertrumfar enskilda prejudicerande avgöranden eller lagförarbeten – är att den representerar en sedan lång tid nedärvd och sedimenterad tradition av regeltillämpning som ordnats i ett komplext och principiellt förankrat system. Det torde med andra ord krävas tämligen mycket i den andra vågskålen för att rucka på de grundpremissor som följer av doktrinen. Man kan förvisso tänka sig en lagstiftare eller domstol som trotsar systemet och skapar en regel som avviker från dogmatiken. Men, som sagt: såvida man inte avser att ta avstånd från de grundläggande principerna som bygger upp systemet, förblir dylika preciseringar på ett visst område undantag inom systemet. Helheten är i denna del viktigare än delarna. Åtminstone till en viss gräns.

Beskrivningen ovan är givetvis idealistisk. Bortsett från att jag har pekat på att det finns undantag i systemet som äventyrar de allmänna lärorna samt att doktrinsens närmare innehåll ibland kan vara svårt att fastställa, finns det naturligtvis situationer där doktrinen är påfallande oklar samtidigt som konkurrerande uppfattningar i andra källor är tämligen otvetydiga. Man bör inte vara idealiserande i sin beskrivning. I enskilda fall – rörande särskilda frågor – kan man hamna i komplicerade situationer där t.ex. praxis och förarbeten talar i en viss riktning samtidigt som man inom den juridiska litteraturen förfäktar en (eller flera) strikt motsatt(a) lösning(ar). Doktrinen hamnar här i ett mellanläge, vilket blir prekärt om den gällande rättens system i övrigt ger stöd åt den uppfattning som inte omfamnas i praxis och/eller förarbetena. Vad som i så fall

³² Se Rorty, som anger: "we cannot understand the parts of a strange culture, practice, theory, language, or whatever, unless we know something about how the whole thing works, whereas we cannot get a grasp on how the whole works until we have some understanding of its parts", se Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* 1980 s. 319.

³³ Beskrivningen är lånad av Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* 1989 s. 208.

finns är normativ legitimitet för vissa uppfattningar i litteraturen, men det saknas empirisk legitimitet (och vice versa).³⁴ Beroende på de olika rättskällornas relativa värde i det enskilda fallet är det i dylika situationer oklart om doktrinen kan sägas uttrycka en bestämd uppfattning. Litteraturen är inte detsamma som doktrinen, åtminstone inte om vi med det sistnämnda menar ett accepterat eller postulerat tänkande eller handlande/beteende som kan sägas reflektera ett medvetet förhållningssätt på ett område. I dylika fall finns endast de enskilda argumentens relativa styrka, vilket innebär att det är svårt att närmare ange hur de olika rättskällorna förhåller sig till varandra. På motsvarande sätt kan det vara svårt att närmare ange vari respektive rättskällas argument egentligen består. Vid påtaglig oklarhet eller motstridighet är doktrinen egentliga position kanske allra svårast att definiera och avgränsa i förhållande till vad som annars skulle beskrivas som rättspolitiska uppfattningar i litteraturen.

3.3 Doktrinen och vetenskap eller vetenskaplighet

En företrädare i ämbetet – Johan Hagströmer – installerades som ordinarie professor i kriminalrätt i Uppsala år 1888. I samband härmed höll han en föreläsning på temat ”Om förhållandet emellan lagstiftning och vetenskap på den svenska straffrättens område”.³⁵ Trots att 125 år har passerat sedan hans tillträddande av tjänsten kan jag tvivelsutan säga att mycket av det han säger i sin föreläsning likaväl skulle kunna sägas med samma giltighet idag.

Hagströmer utgår i sin föreläsning från att rättsvetenskapens uppgift inom straffrätten är att förklara det som inte låter sig förklaras i lagtext och andra produkter. Begrepp som uppsåt, kausalitet etc. är enligt honom alldeles för komplicerade för att man skall kunna fånga dess rätta innebörd i vad som kan uttryckas i en lag. Lagstiftaren har således medvetet avstått från att lagstifta i dessa frågor och i stället överlämnat åt just *doktrinen* att besvara frågor om hur begreppen närmare skall förstås och hur problem lösas. Hagströmer tycks här mena att det är vetenskapens uppgift att utforma ”läror” om det som inte direkt följer av lagen. Och:

³⁴ En dylik situation kan ha sägas ha gällt tolkningen av den s.k. rusbestämmelsen (BrB 1:2 st. 2), där förarbetenas utformning (se SOU 1953:14) och HD:s praxis (NJA 1973 s. 590) stod i konflikt med systemets övriga principer. Se och jfr Ulväng, Straffansvar och självförvällat rus m.m., JT 2011-12.

³⁵ Föreläsningen publicerades i TfR 1889 s. 1–27.

denna verksamhet är inget självändamål eller en rent privat angelägenhet: ”Ty rätten är ej till för juristernas skull, utan för att tillgodose rättslivets behov”.³⁶ I så fall finns det ett starkt samband mellan å ena sidan det som är rättsvetenskapen, begreppsbildningen, systembyggandet och å andra sidan dogmatiken.

Hagströmer kan läsas som att doktrinen funktion är att på ett vetenskapligt sätt tillhandahålla lösningar på de frågor som lagstiftaren har avstått från att ta ställning i; rättsvetenskap kan förvisso bedrivas fritt utan anspråk på att tillgodose den praktiska rättstillämpningens behov, men då är det inte doktrinen man åsyftar. Med denna beskrivning kommer Hagströmer förbluffande nära min utgångspunkt. I så fall har inte mycket hänt i Uppsala på 125 år (vilket inte i sig är någon nyvunnen insikt).

I avsnitt 2 ovan har jag hävdat att det finns ett krav på att en utsaga (en uppfattning eller ett argument) måste uppfylla några slags kriterier på att vara rättsdogmatisk för att det skall kunna räknas till doktrinen. Jag har också antytt att det också bör finnas en ambition hos den som rekonstruerar gällande rätt (rättsdogmatikern) att upprätthålla någon form av vetenskaplig hederlighet. Vad som återstår är att säga något litet om vad det är vi menar med rättsvetenskap och vad som ligger i ambitionen att produkterna skall präglas av vetenskaplighet.

* * *

All vetenskap har som syfte eller ambition att säga något om något. Man vill förklara något (ett samband, en relation, ett problem, en företeelse etc.). Ett gemensamt drag hos alla former av vetenskap är dock att man söker ge en systematisk, organiserad bild av något (en rekonstruktion), vilket alltid innebär ett mått av abstraktion och teoribildning, varför resultatet blir en intellektuell konstruktion. Genom att omformulera flera – ofta spridda eller fragmentariska – observationer, kan man skapa en helhet som säger något mer än vad bara delarna gör.

För att kunna göra detta, måste man ta reda på hur det förhåller sig med det som man undersöker (genom t.ex. observation, frågor, experiment etc.). Som en annan företrädare i ämbetet – Nils Jareborg – har förklarat, behövs det alltid ett viss mått av kunskap (grundforskning) för att kunna säga något vetenskapligt i normativa frågor.³⁷

³⁶ Hagströmer, Tfr 1889 s. 8.

³⁷ Se Jareborg (not 13) s. 170 ff.

Rättsvetenskap är normativ vetenskap och befattar sig således endast med utsagor och teorier om hur juridiska normer bör tolkas, förstås, organiseras. Det faktum att det handlar om normer gör att verksamheten är intimt förbunden med skäl för att handla (på ett visst sätt), men rättsvetenskap är inte avhängig – och definitivt inte identisk med – sociologiska eller andra behavioristiska observationer och teorier. Kanske just av detta skäl har det utvecklats en olycklig – och alldeles onödig – ängslighet bland jurister och rättsvetenskapsmän om det som man ägnar sig åt verkligen kan och bör betecknas som ”vetenskap” (och i förlängningen om man kan resonera vetenskapligt om fakta som hör till juridikens område). I grunden bygger dylika fördomar dels på en grav underskattning av svårigheterna att hantera den materia som juridikens fakta är uppbyggd kring (nämligen språkliga uttryck och utsagor som relaterar till institutionella fakta), vilka måste operationaliseras genom tolkning i ett system, dels på en föreställning att den verklighet som betraktas inom varje rättssystem inte kan vara föremål för några – i egentlig mening – sanna påståenden.

Dylika föreställningar har funnits sedan länge. Hagströmer beskriver hur doktrinen position i tiden för den moderna straffrättens födelse hade en marginell betydelse för den juridiska praktiska verkligheten och hur det under en idealistisk slöja växte fram föreställningar om att lagar kunde göras tekniskt fullkomliga i så måtto att de var omedelbart användbara (utan tolkning) och därmed också fullständiga.³⁸ Abstraktioner ansågs inte vara av intresse; endast konkreta regler hade betydelse och metoden för juridikens tillämpning var ”mekanisk”. Hagströmer beskrev föreställningar av detta slag som ”överspända”, orealistiska och i delar barocka. Förklaringen är givetvis att det aldrig finns en uppfattning om något som är så entydig, alenarådande att den inte kan vara föremål för olika tolkningar och uppfattningar. Så snart normen (texten) och verkligheten måste tolkas, finns det utrymme för att föra fram alternativa och bättre förklaringar av vad något (egentligen) betyder eller borde betyda och därigenom kan man på ett vetenskapligt sätt jämföra olika beskrivningar mot varandra. Ingen ser något konstigt i att språkvetare, historiker eller statsvetare kan diskutera texters innebörd och skapa system av regler/principer för att förstå hur saker och ting hänger ihop och vad som får oss att tro och göra olika saker. Faktum är väl att just därför att jurister befattar sig med både auktoritativa texter och en föregiven verklighet, så ökar förutsättningarna för att skapa teorier om hur relationer mellan språk och verklighet ser ut.

³⁸ Hagströmer (not 36) s. 4 ff.

Man söker efter de bakomliggande skälen för att uppfatta en viss ordning eller ett beteende på ett visst sätt. Detta handlar om att skapa mönster hos det som vi väljer att avläsa och kallar fakta. En stor del av alla juridiska begrepp, aktörer, objekt etc. representerar sådana fakta inom ett system som skapar viss ordning. Vi uppfattar mycket av vår omgivning utifrån sådana föreställningar om institutionella fakta.

Det nu sagda är kortfattat, men mer än tillräckligt för att vi skall kunna konstatera att jurister som sysslar med att tolka, förstå, systematisera och förklara den rättsliga materien (normerna, både i betydelsen *reglerna* och *handlingsmönstren*) ägnar sig åt en vetenskaplig rekonstruktion av verkligheten. Så snart man säger något om hur saker och ting hänger ihop, om vad som kommer att ske, vad som borde bli en logisk följd av något etc. uttalar sig i frågor som kan göra anspråk på att vara vetenskapliga. Handlar det om rätten, så är det fråga om rättsvetenskap. Handlar rättsvetenskapen om de normer som utgör gällande rätt, är det fråga om rättsdogmatiska utsagor (även om det inte råder fullständig överlappning; rättsdogmatiken kan handla om frågor och problem som ännu inte aktualiserats i gällande rätt). Är det dessutom fråga om sådana utsagor av rättsvetenskaplig, rättsdogmatisk karaktär som har institutionellt stöd, så kan man likställa detta med *doktrinen*. Sambandet mellan doktrinen och vetenskapen är således inte personell (i betydelsen att Hagströmer, Strahl eller Jareborg "tillhör" eller t.o.m. "är" doktrinen), utan närmast relationell i den bemärkelsen det finns ett hierarkiskt förhållande mellan de utsagor som skapar ett system och rätten som fenomen.

Redan på 1800-talet stod det klart att lagstiftaren var helt beroende av rättsvetenskapen för att fylla ut och utveckla det som lagarna inte förmådde att formulera. Detta förutsatte i sig ett systemtänkande och därmed var steget till det som utgör tanken på ett koherent, på vetenskaplig grund ordnat, system av normer inte långt. Vetenskapens uppgift preciserades till att ägna sig åt "tolkning i vidsträckt mening", vilket var att förstå som att förklara rättens innehåll, ordna och bearbeta dessa samt dra konsekvenserna av normernas förhållande till varandra. Tillsammans skapas genom vetenskapliga bearbetningar (dvs. alternativa formuleringar av) ett rättssystem som är större (och viktigare) än det som direkt kan utläsas av systemets lagar och dogmatiska regler. Om rättsdogmatiken rekonstruerar den gällande rättens system, så rekonstruerar doktrinen rättsdogmatiken. Hagströmer noterade att:

Resultatet af denna verksamhet, i fall den fullt ut lyckas är en på en gång enhetlig och allomfattande systematisk tankebyggnad.³⁹

Därmed var doktrinen född.

* * *

Hur höga krav kan vi då ställa på doktrinen som rättsskälla? Hur pass vetenskaplig måste den vara för att inte utesluta betydelsen av sin egen existens? Kan man acceptera att den rättsvetenskapliga kanaliseringen av gällande rätt sker med stöd av (i andra sammanhang) helt övergivna föreställningar rörande t.ex. kauslitet, (samhällsfarlig eller brottslig) ”vilja”, en förenklad deterministisk världsbild, en inre själslig värld helt skild från den yttre, etc.?

Förmodligen är svaret att kraven inte kan vara särskilt höga. Straffrättens allmänna läror och den juridiska doktrinen har under långa perioder utmärkts av att vila på en bräcklig vetenskapsteoretisk grund (där bl.a. nihilism, långt driven funktionalism, föråldrad metafysik och andra skolor har fått påverka synen på vad som utgör – eller borde utgöra – brott eller (lämpliga) straff etc.). Detsamma gäller i situationer där renodlad pragmatism givits företräde framför andra kunskapsteoretiskt och vetenskapsfilosofiskt överlägsna källor (oftast hämtade från discipliner utanför juridiken).

Att graden av vetenskaplighet är låg torde knappast innebära att man kan utesluta rättsvetenskapliga bidrag, som vid en viss tidpunkt anses utgöra den bästa beskrivningen av verkligheten, från det som utgör doktrinen. Doktrinen är per definition tillämpad rättsvetenskap och detta gäller oberoende av att det kan vara fråga om dålig vetenskap. Högre svansföring än så kan man förmodligen inte ha. En annan sak är givetvis att ambitionerna kan – och bör – vara högre. En ytterligare annan sak är naturligtvis att saker med tiden kan förändras och att den bristande vetenskapliga förankringen hos doktrinen efter viss tid avslöjar att dess förklaringsmodeller saknar erforderlig normativ legitimitet. Detta leder i slutänden till att de som har att tillämpa reglerna kommer att göra det utifrån andra skäl än de som följer av ”doktrinen” (dvs. med hjälp av nya begrepp eller principer som bidrar till att förklara systemet och den tillämpning som äger rum). I så fall måste doktrinen omformuleras för att anpassas till det som är gällande i fråga om handlingssätt. Likaså måste

³⁹ Hagströmer (not 36) s. 11.

rättsvetenskapen och rättsdogmatiken justeras för att kunna bidra med något som förklarar tillämpningen. Att man ständigt inom ramen för rättsvetenskapligt arbete letar efter nya och bättre lösningar på nya eller gamla problem är knappast något nytt. I den mån nya vetenskapliga rön och synsätt kan bidra till att bättre förklara lösningar på våra problem, påverkas såväl rättsvetenskapen som utseendet på rättsdogmatiken och till sist doktrinen.

Om man nu inte kan kräva att doktrинens uppfattningar skall vara uppdaterade på ett sådant sätt att man använder "den bästa/främsta" vetenskapliga metoden (vad detta nu än må vara) för att förklara och rättfärdiga ett visst tillvägagångssätt, kan det sägas finnas ett krav på att rättsvetenskapen anpassar sin forskning till de hjälpvetenskaper som juridiken är beroende av.

Detta kan dock skapa ett visst spänningsförhållande mellan å ena sidan en välgrundad teori/uppfattning inom rättsvetenskapen (med stark normativ legitimitet) och å andra sidan en doktrin som inte har förmått ackumulera det moderna synsättet (men som har stark empirisk legitimitet). Problemet är välkänt såtillvida att föråldrade synsätt och läror kan leva kvar i doktrinen – och besitta ett åtminstone förment högt rättskällevärde – trots att ståndpunkten mött kritik i rättsvetenskapliga framställningar. Ofta(st) bedarrar sådana spänningar efter viss tid, helt enkelt därför att de bättre skälen för hur man bör se på vissa problem övertygar och blir accepterade av dem som har att tillämpa rätten. Rättsdogmatikens viktigaste uppgift torde vara att skapa en sammanhängande bild av systemet som helhet – dvs. vid formuleringen av ett system, utvecklandet av principer och generell begreppsbildning eller allmänna läror. I den bästa av världar får dylika rekonstruktioner också systemets acceptans.

Den eklektiska helhet som utgör systemet vittnar om att det alltid kommer att finnas inre spänningar mellan å ena sidan konstruktionerna (över tid) och å andra sidan graden av förankring i vetenskapligt accepterade synsätt. Personligen tror jag inte att man behöver vara alltför orolig över att straffrättsdogmatiken – och i viss utsträckning också doktrinen som rättskälla – dras med en viss inneboende tröghet eller ett konserverande förhållningssätt. Det viktiga är att det finns en medvetenhet om eventuella dissonanser inom systemet och att dessa kan förklaras.

Att brottsbegreppet av vissa (fortfarande) konstrueras utifrån två sidor behöver inte betyda att de som en vetenskapssyn som bygger på en cartesiansk världsbild eller i övrigt vilar på några egenskapsdualistiska föreställningar. Jag är långt ifrån övertygad om att t.ex. Hans Welzel lyckades göra

brottsbegreppet bättre eller mer vetenskapligt korrekt genom att skapa den s.k. finala handlingsläran och därmed göra brottsbegreppet tredelat.⁴⁰ Även om kritiken mot ett naturalistiskt präglad brottsbegrepp var helt befogad – och att det är helt korrekt att inte betrakta en mänsklig handling som något i förhållande till en vilja naturvetenskapligt kausalt fenomen, utan i stället som en integrerad del i det som vi väljer att överhuvudtaget beteckna som gärningar – leder inte en dylik finalitet i synsättet automatiskt till att straffrätten behöver bli mer överskådlig, bättre formulerad eller mer vetenskapligt (re)konstruerad. Brottsbegreppet måste ju fortfarande anpassas efter de övriga frågorna som är relevanta inom ett straffrättsdogmatiskt system. En av de största utmaningarna med att konstruera ett system är att få ihop samtliga delar som bör ingå på ett logiskt sätt utan inre motstridigheter. Lyckas man med denna dogmatiska uppgift har man åstadkommit en produkt med högt vetenskapligt värde.⁴¹ Här blir det alldeles uppenbart att ett tredelat brottsbegrepp skapar påtagliga problem med att hantera en medverkanslära som bygger på att delaktighetsansvar är accessoriskt till en otillåten gärning (och inte till en skuldtäckt otillåten gärning). Annorlunda uttryckt: de viktiga och väsentliga insikterna om vad det är som vi egentligen avser med begrepp som ”gärning”, ”vilja”, ”kausalitet” etc. kan ligga dolt bakom ett tvådelat brottsbegrepp som i övrigt kanske skapades i en annan tid och som kan ge intryck av att fortfarande reflektera en cartesiansk världsbild. De förstnämnda insikterna kan neutralisera systemets eventuella strukturella defekter. För belysande exempel på hur konstruerad en medverkanslära riskerar att bli utifrån ett mera finalt perspektiv kan med fördel tysk rätt på området studeras. Ett alternativ till att försöka jämka samman en s.k. final handlingslära med en medverkanslära är givetvis att avskaffa den sistnämnda och ersätta den med ett självständigt ansvar. Den som sysslar med rättvetenskap, straffrättsdogmatik och gällande rätt på straffrättens område inser snabbt att dylika krumbukter inte är alldeles så enkla. I vart fall inte om man menar att vad som utmärker en doktrin är empirisk och normativ legitimitet.

Mycket av vad jag har antytt ovan om förhållandet mellan å ena sidan brottsbegreppets konstruktion och å andra sidan ett modernt vetenskapsteoretiskt synsätt gäller också många andra delar av juridiken. Man kan

⁴⁰ Angående Welzels finala handlingslära, se Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems* 1961.

⁴¹ McCormick anger: ”The great works of legal dogmatics, starting with Gaius’ *Institutes*, are among the higher achievements of human intelligence”.

på goda grunder angripa flera olika rättsdogmatiska föreställningar eller delar av doktrinen från ett vetenskapligt mer adekvat synsätt och sålunda beslå doktrinen som rättskälla med en mängd felaktiga eller problematiska utgångspunkter.⁴² Men för att denna kritik och omformulering skall bli del av doktrinen förutsätts att den verkligen fångar upp den praktiska tillämpningen och förr eller senare blir en identifierad del av tillämpningen. Förr eller senare brukar det också bli så i de fall som utgör goda exempel på god vetenskap.

3.4 Slutligen

Min slutsats är att doktrinen knappast kan betecknas som något finare eller mer upphöjt än t.ex. rättsvetenskapen, rättsdogmatiken eller den juridiska litteraturen. I väsentliga delar är det fråga om samma sak. Alla dessa delar ingår normalt som delmängder i respektive helhet. Dock inte alltid.

Vad som utmärker doktrinen är att denna utgör en rättskälla. Således är delar av de vetenskapliga bidragen, delar av den juridiska litteraturen och delar av rättsdogmatiken en del av doktrinen. Men alla delar av respektive helhet utgör inte *rättskällor* (i någon egentlig mening) och således finns det ett behov av att åtminstone ibland avskilja de olika delarna från varandra. Svårigheterna med att göra detta tror jag är en av förklaringarna till den ganska oklara användningen av begreppet "doktrinen". Ibland syftas på (uppfattningar i) litteraturen, ibland på författarna som personer, ibland på de närmast paradigmatiske uppfattningarna som kommer till uttryck i litteraturen.⁴³ Ambivalensen om vad det är man menar bidrar till att förstärka bilden av att rättskällevärdet hos doktrinen är förhållandevis lågt. En ambition med denna uppsats har varit att visa att med en något mer stringent och uppstyrd teoretisk beskrivning av vad som bör räknas till doktrinen, kan man faktiskt utkristallisera vad det är som representerar en rättskälla av normativt värde motsvarande t.ex. förarbetsuttalanden

⁴² För väsentliga rättsvetenskapliga bidrag av detta slag, se bl.a. Jareborg, *Handling och uppsåt* 1969 och Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* 2008.

⁴³ Se t.ex. Hagströmer (not 36) som jämför doktrinen med närmast *rättsvetenskapen*; jfr Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* 1994, som jämför doktrinen med *straffrättsdogmatiska arbeten*, vilken i sin tur motsvarar *gällande rätt*; jfr med Asp, Ulväng & Jareborg (not 27), där straffrättsvetenskapen likställs med den *juridiska doktrinen*, men där det ifrågasätts om denna bör räknas som en rättskälla; jfr slutligen Asp (not 27), där doktrinen i princip likställs med uppfattningen i den etablerade *juridiska (läroboks)litteraturen*.

och prejudicerande rättsfall. Det hela sker dock till ett pris: doktrinen närmare faktiska konturer blir härigenom mer formlösa och begreppet sammansmälter i stor utsträckning med det vi kallar rättsdogmatik, gällande rätt(ens system) och rättsvetenskapen. Kanske är detta ett problem. Mitt syfte var ju att särskilja just dessa entiteter.

Nåväl. I så fall tycks det som att varje försök att närmare bestämma innebörden i begreppet doktrinen leder till att begreppet ersätts med andra redan existerande begrepp utan att detta kan sägas utgöra en precisering. I mitt fall blir straffrättsdoktrinen en del av det som utgör straffrättsvetenskapen, straffrättsdogmatiken och gällande (straff)rätt. Å andra sidan ser jag inte detta som ett problem. Sambanden mellan dessa entiteter och doktrinen visar att den sistnämnda har att göra med ett systematiskt betraktelsesätt som tillhör rättsvetenskapen och utgör del av gällande rätt. I så fall hamnar straffrättsdoktrinen mycket nära det jag inledningsvis sade skulle utmärka doktrinen såsom rättskälla. Detta säger kanske mer om straffrätten som disciplin än om mitt försök att göra en viktig distinktion.

Sanna Wolk

Doktrинens inverkan i Högsta domstolens upphovsrättsliga domar

1 Inledning

Upphovsrätten är numera central i den kunskapsbaserade ekonomi som präglar innovations- och informationssamhället, och är viktig för ekonomisk tillväxt och framåtskridande i en marknadsekonomi. De upphovsrättsliga industrierna har växt explosionsartat under 2000-talet inom främst spel- och nöjesindustrin. Dagens moderna upphovsrättsliga system har aldrig varit så starkt och effektivt som i dag, samtidigt som det är hårt kritiserat. Det är ju naturligt att rättshavarna söker tillgodogöra sig upphovsrättens ekonomiska värde, men samtidigt anser allt fler att det inte längre finns en balans i systemet och att lagstiftningen på området i allt för stor utsträckning har gynnat rättshavarna. I spåren av den mycket snabba tekniska utvecklingen med fildelning och strömmad media av såväl lagligt som olagligt tillgängliggjort upphovsrättsligt material har upphovsrätten tilldragit sig allt mer politiskt, ekonomiskt och akademiskt intresse. Med den ökade uppmärksamheten på det upphovsrättsliga skyddet har det under de senaste tio åren skett en explosiv utveckling i åsiktsyttringar, som inte alltid är väl underbyggda eller ens korrekta.¹

¹ Att kalla sig expert i upphovsrätt, immaterialrätt eller IT-rätt och diskutera, kommentera, argumentera, m.m. upphovsrätten i såväl sociala medier (internetforum, bloggar, wikier, tweets, osv.) som tryckt media är numera ett naturligt inslag i den juridiska debatten. I många sammanhang, särskilt beträffande åsiktsyttringar, har också de digitala medierna gått om de tryckta. Sociala mediers kraft kan illustreras med det finska förslaget till reglering av anställdas upphovsrätt som lades fram den 4 november 2009 av Undervisningsministeriet. Förslaget har inte lett till någon lagstiftning, eftersom det blev massivt kritiserat i olika sociala medier och efter drygt 300 inlägg meddelade kultur- och idrottsministern den 17 december 2009 att lagstiftningsarbetet inte skulle fortsätta.

När de flesta på ett enkelt sätt, med stor spridning, kan uttrycka sina åsikter och tolkningar av gällande rätt, har frågor om källhantering och källkritik kommit allt mer i förgrunden.

Vid lösande av rättsfrågor hämtar Högsta domstolen normalt hjälp från de traditionella rättskällorna, alltså lagtexten, lagförarbeten, praxis och doktrinen. Som prejudikatinstans är Högsta domstolens avgöranden samtidigt en betydelsefull rättskälla för att söka svar på de frågor som kan uppkomma i det upphovsrättsliga förhållandet mellan upphovsrättsinnehavare och företag, enskilda personer, m.fl. Det gäller naturligtvis även avgöranden från den Europeiska unionens (EU:s) domstol. Inom upphovsrätten, som flera andra rättsområden, har rättsutvecklingen i Sverige under 1990-talet och därefter under 2000-talet varit föremål för omfattande förändringar efter Sveriges tillträde till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) och senare inträde i EU. Det har inom EU skapats en gemensam upphovsrättslig EU-lagstiftning genom flera direktiv.² EU-rättens inflytande är därför stort i svensk lagstiftning och rättspraxis.

Trots EU-rättens starka inverkan på svensk upphovsrätt, har jag i detta arbete valt att endast undersöka vilken juridisk litteratur som den svenska högsta instansen använt. Som bekant för de flesta hänvisas i Högsta domstolens motivering, utöver lagmotiven och prejudikat, ibland till såväl juridisk litteratur som sakkunnigutlåtanden.³ Detta kapitel fokuserar på Högsta domstolens hantering av just den juridiska litteraturen, normalt

² Det finns numera nio antagna direktiv för harmonisering av medlemsstaternas upphovsrättsliga lagstiftningar. Dessa är: (1) direktiv 2012/28/EU om viss tillåten användning av anonyma verk, (2) direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram (ersätter direktiv 91/250/EEG), (3) direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närliggande rättigheter inom det immaterialrättsliga området (ersätter direktiv 92/100/EEG), (4) direktiv 93/83/EEG om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närliggande rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel, (5) direktiv 2006/116/EG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närliggande rättigheter (ersätter direktiv 93/98/EEG), (6) direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser, (7) direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närliggande rättigheter i informationssamhället, (8) direktiv 2001/84/EG av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt), samt (9) direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (direktivet omfattar alla ensamrätter, och inte bara upphovsrätten).

³ Se härom Lind, J., Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, i Juridisk Tidskrift (JT), nr 2 1996/97 s. 352 ff.

benämnd doktrinen, i de resonemang som domen grundas på: Vilka författare hänvisar domstolen till? Vilket inflytande har doktrinen på Högsta domstolens rättstillämpning? Syftet är att beskriva och analysera domstolens användning av juridiska arbeten som rättskälla under den tid som lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) varit i kraft. I arbetet har undersökts domar meddelade under perioden 1 juli 1961–1 juli 2013. Ett sjuttiotial domar har gått igenom, varav 63 domar har studerats närmare.⁴ I de utvalda rättsfallen har domstolen bedömt främst upphovsrättsliga frågor som rört bestämmelser i URL.

Traditionellt har den juridiska doktrinen hanterats varsamt av svenska domstolar, men i ljuset av det skrivna materialets expansion är en hypotes att Högsta domstolen numera använder andra arbeten än traditionellt rättsvetenskapliga i den dömande verksamheten. En tes i undersökningen är att under det senaste årtiondet har också doktrinen fått en större betydelse i den dömande verksamheten. Samtidigt är en tes att det är utslutande alster av svenska författare som används av Högsta domstolen.

2 Den svenska upphovsrättsliga doktrinen

Doktrinen är en rättskälla som inte ska underskattas; en diskussion kring en reglerings tillämpning skapar en kontinuerlig utfyllnad av de rättsliga ställningarna. Det gäller särskilt när praxis är begränsad. Vad som kan anses tillhöra doktrinen kan dock diskuteras, och det finns ingen enhetlig definition. Det finns flera olika uppfattningar om vilka juridiska arbeten som faller inom doktrinen. Enligt exempelvis *Eek*, *Grönfors*, *Hellner*,

⁴ Det är följande avgöranden: NJA 1961 s. 696, NJA 1964 s. 99, NJA 1965 s. 523, NJA 1966 s. 241, NJA 1967 s. 143, NJA 1967 s. 150, NJA 1968 s. 104, NJA 1971 s. 226, NJA 1973 s. 699, NJA 1974 s. 94, NJA 1974 s. 403, NJA 1975 s. 339, NJA 1975 s. 679, NJA 1976 s. 43, NJA 1976 s. 95, NJA 1976 s. 282, NJA 1979 s. 70, NJA 1979 s. 352, NJA 1980 s. 123, NJA 1981 s. 313, NJA 1982 s. 23, NJA 1982 s. 23, NJA 1984 s. 34, NJA 1984 s. 304, NJA 1985 s. 807, NJA 1985 s. 807, NJA 1985 s. 813, NJA 1985 s. 893, NJA 1985 s. 909, NJA 1986 s. 226, NJA 1986 s. 398, NJA 1986 s. 702, NJA 1987 s. 266, NJA 1988 s. 715, NJA 1990 s. 499, NJA 1993 s. 263, NJA 1993 s. 390, NJA 1994 s. 74, NJA 1995 s. 256, NJA 1995 s. 631, NJA 1996 s. 79, NJA 1996 s. 354, NJA 1996 s. 712, NJA 1998 s. 563, NJA 1998 s. 838, NJA 2000 s. 292, NJA 2000 s. 435, NJA 2000 s. 445, NJA 2000 s. 580, NJA 2002 s. 178, NJA 2002 s. 398, NJA 2003 s. 465, NJA 2004 s. 149, NJA 2004 s. 363, NJA 2005 s. 510, NJA 2005 s. 905, NJA 2005 s. 924, NJA 2008 s. 309, NJA 2009 s. 159, NJA 2010 s. 135, NJA 2010 s. 559, NJA 2012 s. 483 och NJA 2012 s. 975.

Thornstedt, Vahlén och Welamson bör det röra sig om den auktoritativa litteraturen främst författad av akademiker som använt rättsvetenskaplig metod och fullständigt källmaterial.⁵ Medan Lavin framhåller att en forskare bör vara fri att använda vilket material och vilken metod som helst, och anser att den traditionella rättskälleläran snarare är ett hjälpmedel för rättstillämpare än ett ”styrmedel inom den ”fria” forskningen”.⁶ En vanlig uppfattning är dock att det avgörande för om ett juridiskt arbete ska uppfattas som rättskälla är tyngden av de anförda argumenten, dvs. om bra argument framförs som kan påverka domstolarna i deras ställningstagande ska arbetet kategoriseras som rättskälla. I detta kapitel har jag emellertid inte för avsikt att närmare analysera det material som kan anses höra till doktrinen och på vilka bedömningsgrunder ett sådant ”urval” skulle kunna ske. I praktiken spelar det nog heller ingen roll, utan enligt min mening är en fullständig presentation av källmaterialet ett viktigt kriterium för att ett juridiskt arbete ska ha ett värde för den dömande verksamheten.

I den juridiska litteraturen anföras ofta olika uppfattningar om skilda upphovsrättsliga spörsmål, och inom den traditionella rättsvetenskapen brukar också diskuteras *de lege ferenda* såväl förslag om kompletteringar eller justeringar av den upphovsrättsliga lagstiftningen som genomgripande förändringar av det upphovsrättsliga systemet. Högsta domstolens ledamöters uppgift är däremot att resonera *de lege lata*, och beträffande en eller flera författares framställning (tolkning) av gällande rätt bör Högsta domstolen, som andra, självfallet inte vara okritiska till sådana uttalanden. I det enskilda fallet krävs alltid en egen självständig analys.

Det finns en stor variation av juridiska arbeten som rör upphovsrätten, som är främst skrivna av akademiker, men även av praktiker och domare, m.fl. Det är bl.a. läromedel, rapporter, handböcker, avhandlingar, monografier, artiklar och sakkunnigutlåtanden. I flera viktiga *juridiska böcker* är det upphovsrättsliga regelverket väl genomlyst. Bland de mer omfattande bidragen som har ett bredare perspektiv ska nämnas *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgren*, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens

⁵ Se Eek, H., Grönfors, K., Hellner, J., Thornstedt, H., Vahlén, L., Welamson, L., Juridikens källmaterial, 9 uppl., Förlaget akademilitteratur, Stockholm 1979 s. 189 ff. Jfr Leberg, B., Praktisk juridisk metod, 6:1 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Tallinn 2010 s. 89.

⁶ Lavin, R., Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? i Förvaltningsrättslig tidskrift (FT), nr 4-6 1989 s. 115 ff. (119).

(2013),⁷ *Levin*, Lärobok i immaterialrätt (2011),⁸ jämte *Olssons* framställningar Upphovsrättslagstiftningen (2009) och Copyright (2009).⁹ Det kan självklart diskuteras om handböcker, läroböcker och lagtextkommentarer är av rättsvetenskaplig karaktär.¹⁰ Dessa författares verk har emellertid utvecklats i flera upplagor, som har blivit standardverk som vunnit allmänt anseende inom de immaterialrättsliga kretsarna. Bland de bidrag som utgår från ett visst, mer begränsat, perspektiv kan nämnas *Eklöf*, Upphovsrätt i konkurrens (2005),¹¹ *Rosén*, Upphovsrättens avtal (2006),¹² *Strömholm*, Upphovsrätt och internationell privaträtt (2001),¹³ *Svensäter*, Anställning och upphovsrätt (1991),¹⁴ jämte min bok Arbetstagares immaterialrätter (2008).¹⁵ Därutöver finns en stor mängd *artiklar* som rör särskilda avgränsade upphovsrättsliga frågeställningar. Dessa förekommer främst i festskrifter och liknande utgåvor,¹⁶ samt Nordiskt Immaterialt Rättsskydd (NIR), Svensk Juristtidning (SvJT) och Juridisk Tidskrift (JT). Vidare författas många *sakkunnigutlåtanden*, men deras status som rättskälla kan diskuteras. Dessa är visserligen många gånger

⁷ Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens, 13 uppl., Handelsbolaget Immaterialt rättsskydd, Stockholm 2013.

⁸ Levin, M., Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt, 10 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2011.

⁹ Olsson, H., Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar, 3 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2009 jämte dens. Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt, 8 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2009.

¹⁰ Se även Eek, Grönfors, Hellner, Thornstedt, Vahlén, Welamson, Juridikens källmaterial, 4 uppl., Stockholm 1965 s. 143.

¹¹ Eklöf, D., Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering, Iustus, Uppsala 2005.

¹² Rosén, J., Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och tv-bolags samt fotografers avtal, 3 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2006.

¹³ Strömholm, S., Upphovsrätt och internationell privaträtt, Norstedts juridik, Stockholm 2001.

¹⁴ Svensäter, L., Anställning och upphovsrätt: om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen, Norstedts juridik, Stockholm 1991.

¹⁵ Wolk, S., Arbetstagares immaterialrätter – rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2008.

¹⁶ Se t.ex. Festskrift till Marianne Levin, Norstedts juridik, Stockholm 2008, Festskrift till Ulf Bernitz, Jure, Stockholm 2001, Festskrift till Gunnar Karnell, Carlsson Law Network, Stockholm 1999 och Ton och rätt: festskrift till STIM, Iustus, Uppsala 1998.

högkvalitativa rättsvetenskapliga arbeten, men är författade på en parts uppdrag och färgade av den särskilda rättsliga fråga som tvistas. Därför, även om sakkunnigutlåtanden analyserar aktuella rättsfrågor, bör dessa normalt inte behandlas som en rättskälla.¹⁷

3 Om doktrinen i domskälen

I Sverige har användningen av lagförarbeten traditionellt haft en stor betydelse, som också speglas i Högsta domstolens domskäl. Fram till början av 1980-talet har faktiskt domstolen i de upphovsrättsliga målen i princip bara hänvisat till lagmotiven.¹⁸ I flera avgöranden före 1984 har emellertid domstolen över huvud taget inte angivit grunderna för resonemangen, utan endast beskrivit omständigheterna och sina resonemang. I NJA 1965 s. 523 har dock Högsta domstolen återgett långa utdrag ur ett sakkunnigutlåtande, som refererat till både svenska och utländska rättsvetenskapliga arbeten, vilka bör ha beaktats av domstolen. Men även om det saknas hänvisningar till doktrinen i domskälen, kan det antas att Högsta domstolen tagit hänsyn till de resonemang som anförs i doktrinen.¹⁹ Det gäller inte minst som föredragandes förslag till dom ofta hänvisar till såväl lagförarbeten som olika slags rättsvetenskapliga arbeten.²⁰ Som *Strömholm* framhåller är det kanske inte alltid så lätt att spåra doktrинens inflytande, men dess roll i rättsutvecklingen ska inte underskattas.²¹

Numera görs det också omfattande hänvisningar till såväl doktrinen som annat juridiskt material i de svenska lagmotiven, vilka också kan

¹⁷ Som bl.a. Lavin anför i FT nr 4-6 1989 s. 115 ff. (119), ska hans sakkunnigutlåtanden inte ses som rättsdogmatik.

¹⁸ Se bl.a. NJA 1967 s. 150, NJA 1968 s. 104, NJA 1974 s. 94, NJA 1974 s. 403, NJA 1975 s. 339, NJA 1975 s. 679, NJA 1976 s. 95, NJA 1979 s. 70, NJA 1980 s. 123 och NJA 1984 s. 34. I mål därefter har Högsta domstolen i sina resonemang hänvisat till endast förarbeten i NJA 1985 s. 893, NJA 1985 s. 909, NJA 1986 s. 226, NJA 1986 s. 702, NJA 1988 s. 715, NJA 1995 s. 164, NJA 1996 s. 79, NJA 1996 s. 354, NJA 2000 s. 445, NJA 2008 s. 309, NJA 2010 s. 559 och NJA 2012 s. 483.

¹⁹ Allmänt härom, se Bengtsson, B., Om rättsvetenskapen som rättskälla, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (TfR) 2002 s. 14 ff.

²⁰ Se bl.a. NJA 1981 s. 313, NJA 1982 s. 23, NJA 1982 s. 633, NJA 1984 s. 34, NJA 1985 s. 813, NJA 1985 s. 893, NJA 1988 s. 715, NJA 1993 s. 263, NJA 1993 s. 263, NJA 1995 s. 164, NJA 1996 s. 712, NJA 2000 s. 292, NJA 2010 s. 559 och NJA 2012 s. 483.

²¹ Se Strömholm, S., *Rätt, Rättskällor och rättsstillämpning*, 5:1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1996 s. 510.

antas beaktas vid domstolens överläggningar. Tidigare hänvisades det sparsamt till annat än officiellt material i lagstiftningsarbetet. Detta har dock förändrats radikalt. I och med att lagstiftningstakten ökat, med mycket korta utredningstider, finns det ett litet utrymme för utredarna att göra djupare analyser och de är ofta hänvisade till befintliga arbeten som det citeras och refereras till i utredningarna. Dagens lagmotiv är helt enkelt inte längre lika utförliga och genomarbetade som äldre förarbeten. Bland annat har de ursprungliga lagmotiven till URL, SOU 1956:25 och prop. 1960:17, fortfarande en särställning vid tolkning av lagen, som också ofta framkommer i Högsta domstolens domskäl. En genomgång av doktrinen bidrag i lagstiftningsarbetet, liksom domstolens hantering av lagmotiven, faller dock utanför ramen för denna framställning.

En förklaring till Högsta domstolens avskalade domskäl före 1970-talet, är att domstolen först 1971 övergick till den s.k. öppna stilen och började göra hänvisningar till doktrinen i domskälen.²² Beträffande domstolens avgöranden som rör upphovsrättsliga spörsmål uppträder dock inte hänvisningar till doktrinen förrän under mitten av 1980-talet, och inte förrän under slutet av 1990-talet synliggörs i domskälen vilka författaress skrifter som har haft inverkan på domstolens resonemang. Det kan bl.a. förklaras av den tidigare magra produktionen av rättsvetenskapliga arbeten på området, men i och med upphovsrättens expansion har fler juridiska arbeten författats.

4 Den upphovsrättsliga doktrinen i domskälen

I NJA 1984 s. 304 gör Högsta domstolen för första gången en hänvisning i domskälen till doktrinen. Hänvisningen rör författarnas uppfattning om att privatkopiering enligt bestämmelsen om privat bruk (12 § URL, tidigare 11 § URL om enskilt bruk) av s.k. efemär (tillfällig) inspelning (26 e § URL, tidigare 22 § URL) inte är förenlig med inskränkningens syfte. Den efemära upptagningen hade framställts av Sveriges Radio för användning vid radions egen utsändning. Med hänsyn till det som framgår i lagmotiven till bestämmelsen om efemära kopior samt flera olika författaress syn (*Bergström, Hillert och Karnell*),²³ fann Högsta domstolen

²² Se t.ex. Strömholm, Rätt, Rättskällor och rättstillämpning, 5 uppl., 1996 s. 509.

²³ De arbeten som användes av domstolen var Bergström, S., Om radions inspelningar,

att en sådan inspelning inte fick användas för att framställa privatkopior åt allmänheten med stöd av bestämmelsen om privat bruk i URL.

Efter avgörandet 1984 har Högsta domstolen inte hänvisat i domskälen till doktrinen förrän 1996, närmare bestämt i NJA 1996 s. 712. I målet tolkade domstolen citaträtten vid referat i en tidningsartikel av annans artikel. I domskälen hänvisades till vad som anförts av *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgren* i deras gemensamma bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* beträffande risken för intrång vid referat och citat.²⁴ Domstolen fann att refereringen i den andra artikeln gick utöver citaträtten och att upphovsrättsintrång förelåg.

I NJA 1998 s. 563 om tekniska ritningars upphovsrätt, framhålls i domskälen att uppfattningen i den svenska juridiska litteraturen är att tekniska ritningars skyddsomfång är smalt, och i princip finns bara ett upphovsrättsligt skydd mot direkt avbildning av en sådan ritning. Domstolen hänvisade till *Olssons* bok *Upphovsrättslagstiftningen* och igen till *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgrens* gemensamma bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*.²⁵ Med beaktande av bl.a. författarnas resonemang fann domstolen att det var intrång när originalritningen använts som förlaga för en ny teknisk ritning, men inte för den tekniska ritning som ritats på fri hand och var mindre detaljrik än originalritningen.

Högsta domstolen har vidare i NJA 1998 s. 838 hänvisat till ett rättsvetenskapligt arbete. Målet rör URL:s tillämpning på utländska verk. Högsta domstolen anför i domskälen att lagen i det land som upphovsrättsligt skydd åberopas ska avgöra vem som var rättshavare till verket. Som stöd för sin ståndpunkt hänvisade domstolen till en artikel av *Strömholm* i SvJT.²⁶ Därmed fann domstolen att vid en författares död övergick rättigheterna till verket i Sverige till dennes arv- eller testamentstagare i enlighet med svensk upphovsrättslig lagstiftning, trots att författarens upphovsrätt i hemlandet hade konfiskerats av staten.

Frågan som behandlades i NJA 2000 s. 292 var om en persons anordnade av länkar på sin webbsida till olika musikfiler var ett brott mot producenträttigheterna i 46 § URL. När en besökare klickade på länken,

i NIR 1962 s. 30 ff. (s. 35), Hillert, S., *Fonogrammen och upphovsrätten*, i NIR 1972 s. 368 f. och Karnell, G., *Läromedelsrätt*, Gleerup, Lund 1972 s. 78.

²⁴ Det var till bokens 5 uppl., 1995 s. 31 som domstolen gjorde en hänvisning.

²⁵ Hänvisning gjordes till Olsson, *Upphovsrättslagstiftningen*, 1 uppl., 1996 s. 43 och Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 5 uppl., 1995 s. 33.

²⁶ Strömholm, *Den andra metoden. Några anteckningar till immaterialrättens särställning i den internationella privaträtten*, i SvJT 1993 s. 351 ff.

laddades omedelbart en musikfil ned till datorn (djuplänkning). Vid resonemangen beträffande vad som avses med begreppet spridning i 2 § URL refererades till *Carlén-Wendels* bok *Nätjuridik* och en artikel av *Tómasson* i NIR.²⁷ Enligt författarnas uppfattning då, var det fråga om spridning av verk om personen som sammanställt länkarna också har haft någon rådgighet över verken som det länkades till. Domstolen accepterade dock inte författarnas tolkningar av vad som borde utgöra gällande rätt vid länkning, utan tog en annan ställning i frågan. Domstolen framhöll att med stöd av URL:s lagmotiv, WIPO:s fördrag om upphovsrätt från 1996 samt Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället kunde spridning bara ske med ett verks fysiska exemplar och digitala överföringar kunde därför inte kategoriseras som spridning i URL:s mening.²⁸ Ett anordnande av djuplänkar på en webbsida till musikfiler på internet utgjorde därför enligt domstolen ett självständigt tillgängliggörande för allmänheten (då offentligt framförande, numera överföring till allmänheten).

I NJA 2000 s. 580 bedömdes om ett datorspel kunde hänföras till de båda verkskategorierna datorprogram och filmverk (se 1 § 1 st. 2 p. och 4 p. URL). Domstolen fann att spelen hade ett upphovsrättsligt skydd som datorprogram, men var inte skyddade som filmverk. Med utgångspunkt i resonemang av *Karnell* och *Olsson*,²⁹ fann domstolen att de aktuella datorspelen inte kunde kategoriseras som filmverk. Det eftersom datorprogrammen var skapta för att spelas och inte åses – spelaren styrde händelseförloppet. Vidare anförde domstolen att spelen inte var ett resultat av ”inspelningsverksamhet” samtidigt som de såldes i massupplaga i den allmänna handeln. Datorspelens användningsområde ansågs helt enkelt vara en annan än filmverks, och detta motiverade (då) från skyddssynpunkt att datorspelen inte skulle kategoriseras som filmverk. I anslutning till detta framhöll Högsta domstolen att de ”bilder som kommer upp på bildskärmen är snarast att se som ett utflöde av det

²⁷ Carlén-Wendels, T., *Nätjuridik: lag och rätt på Internet*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1998 s. 152 f. och *Tómasson, E., Digital teknologi. Konsekvenser for retsreglerne og retshåndhævelsen for musik og film*, i NIR 1997 s. 344 ff.

²⁸ Att jämföras med EU-domstolens avgörande av den 3 juli 2012 i mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*

²⁹ *Karnell* i *Festskrift til Ole Lando, Papers dedicated to Ole Lando*, *GadJura cop.*, Köpenhamn 1997 s. 199 och *Olsson, Copyright*, 6 omarb. utök. uppl., 1998.

underliggande programmet”, och därför kunde bara datorprogramkategorin vara tillgänglig.

Högsta domstolen behandlade i NJA 2002 s. 178 förutsättningarna för en melodis upphovsrättsliga skydd och dess skyddsomfång. Domstolen diskuterade det upphovsrättsliga begreppet verkshöjd, som inte är reglerat i lag. Redan i de ursprungliga lagmotiven till URL framgår att begreppet inte kan lagstadgas, ”utan det närmare bedömandet får liksom hittills ankomma på rättsvetenskap och praxis.”³⁰ I doktrinen har också verkshöjdskravet diskuterats och dess numera låga ribba har framhållits av flera författare. I domen hänvisas till den långa rättsvetenskapliga diskussion som förts av bl.a. *Ljungman* och *Tómasson*.³¹ I domstolens resonemang om utrymmet för variation vid musikskapande och enklare alsters skyddsmöjligheter, framhölls i linje med detta att om ett alster präglas av ett visst mått av originalitet omfattas det av upphovsrätten, alltså att det kan ställas förhållandevis låga krav på verkshöjd.

Även i NJA 2004 s. 149 behandlades verkshöjdskravet, denna gång för en ritning av en golvskena. I domen analyseras bl.a. dubbelskapandekriteriet som introducerats i doktrinen, men som efterhand tagits upp i lagstiftningsarbetet och Högsta domstolens domar. I domskälen framhölls att kriteriet under senare tid utsatts för kritik i doktrinen genom en hänvisning till *Nordell*.³² Enligt domstolens resonemang kan dubbelskapandekriteriet vara till hjälp för att utröna oberoende dubbelskapande jämte ett verks skyddsomfång. Däremot framhåller domstolen att kriteriet inte kan ge svar på om ett alster besitter verkshöjd.

Högsta domstolen behandlar både sakrätt och upphovsrätt i NJA 2005 s. 510, och gör hänvisningar till såväl sakrättsliga som upphovsrättsliga arbeten i domskälen. Målet tar upp upphovsmannens ställning i konkurs (jfr 42 § URL). Frågan var om en upphovsman hade rätt till royalty (massafordran i konkurs) när konkursboet överlätit ett befintligt lager med varor som dekorerats med upphovsmannens verk. I domskälen redogörs för vad som anförts i flera olika rättsvetenskapliga arbeten av *Håstad*, *Lindskog*, *Möller*, *Rosén* och *Welamson*.³³ Med utgångspunkt i författar-

³⁰ Prop. 1960:17 s. 49.

³¹ Ljungman, S., Något om verkshöjd, i Festskrift til Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo 1969 s. 179 ff. och Tómasson, Værk og værkshøjde, i NIR 2001 s. 522.

³² Nordell, P.-J., Dubbelskapande i teori och praktik, i NIR 1995 s. 630.

³³ Håstad, T., Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2000 s. 419, Lindskog, S., Kvittning: Om avräkning av privaträttsliga fordringar, Norstedts juridik, Stockholm 1993 s. 163 ff., Möller, M., Konkurs och kontrakt, Lustus, Upp-

nas arbeten, har enligt domstolen en upphovsman inte rätt till royalty i sådana fall. Domstolens resonemang och domslut ligger i linje med det som kommit till uttryck i doktrinen.

Det s.k. satirundantaget behandlades av Högsta domstolen i NJA 2005 s. 905. I ett radioprogram hade originaluppläsningar av barnsagor sammanfogats med repliker ur en film som utspelas i kriminell miljö. Frågan var om denna sammanställning var ett intrång i upphovsmannens ideella rätt. Enligt lagmotiven var avsikten vid URL:s tillkomst att just parodier, travestier och liknande skulle betraktas som självständiga verk. Högsta domstolen framhåller i domskälen att det i doktrinen framförts att sådana slags bearbetningar visserligen inte kommit till uttryck i själva lagtexten, men att dessa alster ska skyddas av upphovsrätten och hänvisar till en artikel av *Rosén*.³⁴ Domstolen fann också att även om begreppen parodi och travesti inte nämns i URL, finns ett satirundantag i svensk upphovsrätt, och slår fast att programinslaget skulle betraktas som ett nytt självständigt verk och inte utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt (jfr 4 § URL).

I NJA 2005 s. 924 behandlas skyddet för databaser i 49 § URL och om annans användande (utdrag) av uppgifter i databasen utgjorde ett intrång i databasrätten. Högsta domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. En fråga som EU-domstolen emellertid inte gått in på, var om en sammanställning av ett stort antal uppgifter kan omfattas av databasdirektivet även om den inte är resultatet av en väsentlig investering. Den frågan togs dock upp av Högsta domstolen, och domstolen framhöll att i doktrinen var det omdiskuterat om ett sådant skydd vid sidan av direktivet var tillåtet i den nationella upphovsrätten. Domstolen hänvisade till *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgrens* bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* och deras redogörelse med hänvisningar.³⁵ Däremot tog domstolen inte ställning i denna fråga, eftersom domstolen fann att de åtgärder som gjorts av bolaget inte kunde anses utgöra exemplarframställning eller tillgängliggörande till allmänheten av hela eller en väsentlig del av annans databas och bolaget hade därför inte gjort intrång i annans databasrätt.

sala 1988 s. 635 f., Rosén, Upphovsrättens avtal, 2 uppl., 1998 s. 143 och Welamson, L., Konkursrätt, Norstedts, Stockholm 1961 s. 441 f.

³⁴ Rosén, Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti? i NIR 1990 s. 600 ff.

³⁵ Domstolen hänvisade till bokens 5 uppl., 1995 s. 99.

Frågan om en skärmdump av en webbsida som bl.a. bestod av två fotografier var ett intrång i fotografens ensamrätt enligt 1 och 49 a §§ URL behandlades av Högsta domstolen i NJA 2010 s. 135. Domstolen utredde om intrånget skulle bedömas i förhållande till hela den webbsida som skärmdumpen publicerades på eller just bara skärmdumpen, vilket var relevant vid bedömningen om tillämpligheten av inskränkningen i 20 a § URL. Enligt bestämmelsen kan bilder användas utan upphovsmannens samtycke om de är i bakgrunden eller är en oväsentlig del av annan bild. En första förutsättning för att inskränkingsbestämmelsen ska vara tillämplig, är att verket är utgivet enligt 8 § URL. Med hänvisning till *Olsson* framhålls att utgivningsbegreppet rör fysiska verk och inte avser digitala fotografier.³⁶ Domstolen fann dock att fotografen lämnat rådhetsen över de digitala bilderna, och därmed var URL:s bestämmelser tillämpliga. Enligt domstolen skulle skärmdumpen, och inte webbsidan, bedömas för att utröna om inskränkningen i 20 a § URL var tillämplig. Eftersom de två fotografierna inte var en oväsentlig del av skärmdumpen, var det ett intrång i fotografens ensamrätt att tillgängliggöra skärmdumpen på internet.

NJA 2012 s. 975 rör ansökan om informationsföreläggande enligt 53 c § URL. En person hade gjort ett antal ljudböcker tillgängliga på en server och flera rättshavare hade ansökt om informationsföreläggande mot en internetleverantör för att få information om uppladdarens namn och adress. Internetleverantörens uppfattning var att ett förläggande stred mot datalagringsdirektivet och datakommunikationsdirektivet.³⁷ I domen behandlades bl.a. ramarna för överföringsrätten i 2 § URL. Med hänvisning till *Olsson* framhåller domstolen att rätten till överföring till allmänheten omfattar tillhandahållande av verk på internet, oavsett verkstyp och oavsett om verket görs tillgängligt på begäran eller på annat sätt.³⁸ Överföringsrätten är dock begränsad till sådana tillgängliggöranden som görs till allmänheten. I EU-rätten gäller principen om direktivkonform tolkning, som domstolen framhåller med en hänvisning

³⁶ Olsson, Copyright, 8 uppl., 2009 s. 70.

³⁷ Se direktiv 2006/24/EG om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG jämte direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

³⁸ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, 3 uppl., 2009 s. 62 f.

till *Axhamn*.³⁹ Beträffande frågan om beviskravet för informationsföreläggande hänvisar domstolen till *Bengtsson* och *Lyxell*,⁴⁰ och menar att det ska finnas sannolika skäl både för ensamrättens existens och för att intrång i ensamrätten har förekommit. Däremot framhåller domstolen att det inte kan krävas en fullständig utredning vid en process om informationsföreläggande med en hänvisning till *Westberg*.⁴¹ Domstolen fann att informationsföreläggande kunde riktas mot internetleverantören, och vare sig datalagringsdirektivet eller datakommunikationsdirektivet utgjorde hinder mot att meddela ett föreläggande.

5 Några sammanfattande kommentarer

I vissa fall, främst under senare delen av 1990-talet och början av 2000-talet, innehåller Högsta domstolens domar hänvisningar till doktrinen, och i enstaka fall har domstolen även mer tydligt lyft fram författares uttalanden om vad som bör utgöra gällande rätt. När doktrinen har lyfts fram av domstolen har det främst rört frågor som inte kan besvaras med ledning av lagtext och lagmotiv.⁴² Det har i Högsta domstolens upphovsrättsliga mål rört bl.a. rättsfrågor som uppkommit i spåren av den teknologiska utvecklingen,⁴³ men också vid definition av olika upphovsrättsliga begrepp.⁴⁴

Det kan däremot antas att domstolen tar hänsyn till de resonemang som förs fram i doktrinen även när inga hänvisningar finns i domskälen. Intressant är dock att den doktrinen som Högsta domstolen hänvisar till i de flesta fall stödjer domstolens resonemang, och endast i undantagsfall har avvikande meningar i juridisk litteratur lyfts fram.⁴⁵ Det här kan jämföras med exempelvis domar från tyska högsta domstolen (Bundes-

³⁹ Axhamn, J., EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten, i NIR 2007 s. 148 ff.

⁴⁰ Bengtsson, H., Lyxell, R., Åtgärder vid immaterialrättsintrång, Norstedts juridik, Stockholm 2006 s. 170.

⁴¹ Westberg, P., Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Juristförlaget, Lund 2004, s. 91.

⁴² Se även Sandgren, C., Hänvisningar i rättsvetenskapen, i JT nr 05-06 nr 1 2006 s. 65 ff. (68).

⁴³ Se NJA 2000 s. 292, NJA 2000 s. 580, NJA 2005 s. 924, NJA 2010 s. 135 och NJA 2012 s. 975.

⁴⁴ Se NJA 1984 s. 304, NJA 1996 s. 712, NJA 1998 s. 563, NJA 1998 s. 838, NJA 2002 s. 178, NJA 2004 s. 149, NJA 2005 s. 510 och NJA 2005 s. 905.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 2000 s. 292.

gerichtshof), i vilka det redogörs för flera olika författares resonemang för att finna vad som är den i huvudsak gemensamma uppfattningen i doktrinen. Högsta domstolen kanske inte behöver ha så omfattande domskäl som den tyska, men det kan finnas all anledning att domstolen mer tydligt summerar de uppfattningar om vad som bör utgöra gällande rätt som framförs i doktrinen samt om domstolen *de facto* har beaktat resonemangen i den dömande verksamheten.

Intressant är att beträffande citat och referat, har Högsta domstolen i de upphovsrättsliga målen inte för vana att citera ur doktrinen (jfr 22 § URL), utan domstolen beskriver med egna ord, alltså refererar, och hänvisar sedan vidare till doktrinen. De hänvisningar som görs av domstolen rör ofta olika upphovsrättsliga begrepp, som har diskuterats och analyserats i olika rättsvetenskapliga arbeten. I domskälen förs också ett självständigt resonemang (något som bör vara en självklarhet), och i de upphovsrättsliga målen synes domstolens ledamöter i vart fall inte vara okritiska till uttalanden i doktrinen, vilket visar på gott omdöme och skicklighet. Det är däremot svårt att ändå veta i vilken utsträckning som doktrinen faktiskt inverkar på Högsta domstolens ledamöter i deras ställningstagande i de upphovsrättsliga rättsfrågor som har behandlats. Däremot har hänvisningar till doktrinen ökat. Det är bra, eftersom när en dom ska tolkas är det av stor vikt att faktiskt ha en bild av vad som har haft inverkan på domstolens resonemang och hur det bakomliggande resonemanget har byggts upp.

Det är flera olika författares arbeten som redovisats i domskälen i Högsta domstolens upphovsrättsliga mål, och min uppfattning är att inte någon särskild författare, med möjligtvis undantag för *Olsson*, som tillmåtts stor auktoritet på det upphovsrättsliga området. Snarare används olika juridiska arbeten beroende av den rättsfråga som ska lösas av domstolen. Det anmärkningsvärda är dock att det är främst till svenska och endast manliga(!) författare som skrivit i immaterialrätt, som t.ex. *Bernitz*, *Karnell*, *Ljungman*, *Pehrson*, *Rosén*, *Sandgren* och *Strömholm*, som lyfts fram i domskälen.⁴⁶ Det är endast en utländsk författare som det har hänvisats till i domskälen, nämligen islänningen *Tómasson*. Med tanke på att det upphovsrättsliga skyddssystemets starka internationella förankringar samtidigt med EU-rättens starka inflytande på rättsområdet genom den gemensamma upphovsrättsliga EU-lagstiftningen som skapats genom

⁴⁶ Även i målet som rör upphovsrätt i konkurs, görs också bara hänvisningar till svenska manliga rättsvetenskapsmän inom det sakrättsliga området (se NJA 2005 s. 510).

skilda direktiv, vore det naturligt att också europeisk doktrin har inverkan i Sveriges högsta dömande instans och på den nationella rättsutvecklingen. Men i och med domstolen många gånger skriver ”bl.a.” och ”t.ex.”, eller där ”lämnade hänvisningar”, vid de alster som nämns, kan det antas att såväl andra svenska som utländska arbeten beaktas i den dömande verksamheten.

De flesta hävningarna som gjorts av Högsta domstolen är till juridisk litteratur som författats av akademiker, men domstolen har också flera gånger refererat till *Olsson*, som är f.d. hovrättslagman med lång erfarenhet av lagstiftningsarbete med främst URL. Två gånger har domstolen även hänvisat till böcker skrivna av advokater (*Carlén-Wendels* och *Bengtsson/Lyxell*). Högsta domstolen hänvisar i resonemangen således övervägande till arbeten som av många kan anses falla inom begreppet rättsvetenskapliga arbeten.

6 Avslutande synpunkter

Doktrins inverkan på Högsta domstolen kommer enligt min mening att öka än mer, och det är sannolikt att domstolen i framtiden i en allt större utsträckning kommer att redogöra för doktrins olika läror. Den tendensen syns redan i domar avkunnade under 2000-talet. Ett skäl är att flera av URL:s bestämmelser, många centrala, bygger som redan nämnts på artiklar i upphovsrättsliga EU-direktiv. Direktiv som har kommit till utan att förarbeten publicerats i syfte att användas vid den senare lagtolkningen. Nationella bestämmelser som härstammar från unionsrätten ska av de nationella domstolarna så långt som möjligt tolkas i ljuset av just unionsrätten.⁴⁷ I sista hand är det EU-domstolen som är suverän tolkare av den lagstiftningens innehåll om osäkerhet finns om innehållet, och under 2000-talet har Högsta domstolen i fyra upphovsrättsliga mål också begärt förhandsavgöranden från EU-domstolen.⁴⁸ Tolkning av direktivartiklars tänkta mening görs främst i rättsvetenskapliga arbeten, som i EU-domstolens arbete tydligt framgår av de omfattande hänvisningarna i generaladvokatens förslag till domar. Dessa flyter visserligen normalt inte in i EU-domstolens domar, men har nog ett stort inflytande på såväl EU-

⁴⁷ I ett flertal av EU-domstolens avgöranden har principerna om tolkning av EU-direktiv lagts fast, se främst målen 14/83 (von Colson) och C-106/89 (Marleasing).

⁴⁸ Se NJA 2002 s. 398, NJA 2005 s. 924, beslut om inhämtande meddelat den 25 augusti 2010 (Ö 4817-09) och beslut om inhämtande meddelat den 15 maj 2013 (B 3510-11).

domstolens som Högsta domstolens resonemang. Det utesluter däremot inte att Högsta domstolen gör andra överväganden i de resonemang som domen grundas på än de som framförs i den svenska och utländska doktrinen. Enligt min uppfattning bör dock Högsta domstolen i domskälen framledes redovisa för utvecklingen i andra jämförbara länder och också hänvisa till den utländska doktrinen.

Författarna

Håkan Andersson

Professor i civilrätt, f 1959, JD 1993

Eric Bylander

Docent och universitetslektor i processrätt, f 1973, JD 2006

Mattias Dahlberg

Professor i finansrätt, f 1968, JD 2000

Mikael Hansson,

Universitetslektor i civilrätt, f 1975, JD 2010

Torbjörn Ingvarsson

Docent och universitetslektor i civilrätt, f 1967, JD 2000

Bert Lehrberg

Professor i civilrätt, f 1957, JD 1989

Lena Olsen

Professor i civilrätt, f 1951, JD 1986

Joel Samuelsson

Docent och universitetslektor i civilrätt, f 1973, JD 2008

Magnus Ulväng

Professor i straffrätt, f 1970, JD 2005

Sanna Wolk

Docent och universitetslektor i civilrätt, f 1970, JD 2006

Samtliga är verksamma vid Juridiska fakulteten på Uppsala universitet.