

Det här verket har digitaliserats vid Göteborgs universitetsbibliotek.
Alla tryckta texter är OCR-tolkade till maskinläsbar text. Det betyder att du kan söka och kopiera texten från dokumentet. Vissa äldre dokument med dåligt tryck kan vara svåra att OCR-tolka korrekt vilket medför att den OCR-tolkade texten kan innehålla fel och därför bör man visuellt jämföra med verkets bilder för att avgöra vad som är riktigt.

This work has been digitised at Gothenburg University Library.
All printed texts have been OCR-processed and converted to machine readable text.
This means that you can search and copy text from the document. Some early printed books are hard to OCR-process correctly and the text may contain errors, so one should always visually compare it with the images to determine what is correct.



Fikas.
Etik





Allmänna Sektionen

Filos.
Etik

*Filos.
etik*

(Skrifter utgifna af K. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala. 19: 2.)

TILL FRÅGAN OM
DEN OBJEKTIVA RÄTTENS
BEGREPP

I. VILJETEORIEN

AF

AXEL HÄGERSTRÖM

UPPSALA

A.-B. AKADEMISKA BOKHANDELN

LEIPZIG

OTTO HARRASSOWITZ

UPPSALA 1917

ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI A.-B.



Företal.

Föreliggande skrift anknyter omedelbart till den inledande undersökning af viljeteorien med afseende å den objektiva rätten, som blifvit af mig gifven i en uppsats i Festskrift för Vitalis Norström, 1916: »Är gällande rätt uttryck af vilja?» äfven utgifven som separat, och bildar med denna ett helt. Dock behandlas frågan här ur helt andra synpunkter, hvarför skriften kan läsas för sig.

Närmast framträder den liksom uppsatsen som en kritik af den man kan väl säga härskande teorien i afseende å den objektiva rättens natur. Syftet är dock ingalunda blott detta. Det går äfven ut på en belysning af de psykologiska fakta, ur hvilka teoriens uppställande i den form den vanligen har låter sig förstå. Därjämte är syftet att vid den kritiska undersökningen belysa rättens verkliga natur för att på den vägen leda fram till en utredning af det begrepp om den samma, som verkligen täcker de fakta man har i tankarne vid gifna försök till begreppsbildning.

Upsala i mars 1917.

Förf.

Faint title or header text at the top center of the page.

Several paragraphs of very faint, illegible text in the upper section of the page.

Several paragraphs of very faint, illegible text in the middle section of the page.

A small, faint line of text or signature at the bottom of the main text block.

Innehållsförteckning.

	Sid.
1. Viljeteoriens svårigheter vid tillämpning på äldre rättsordningar. Exempel.	
a. Om betydelsen af fas i äldre romersk rätt	1
b. Om common law i England och äldre tyska domsförhållanden	2
c. Om betydelsen af »responsa prudentium» under romerska republikens tid	10
d. Den romerska jus gentium	10
e. Lagens ställning till det »suveräna» folket i Athensk demokrati	12
f. Försök att äfven i afseende å sådana förhållanden hävda viljeteorien	14
2. Viljeteoriens svårigheter i afseende å modärn tillämpning af lag genom domaren.	
a. Om domen kan betraktas som inneslutande utsago af lagstiftarens vilja	16
b. Om domarens vilja kan sägas fullständiga lagen	25
c. Om domaren kan anses bemyndigad använda gängse utläggnings- och utfyllningsregler	31
d. Om lagstiftarens afsikt att göra laguttrycket till grundval för rättstillämpningen kan anses bestämmande för domaren	36
e. Om »rättsordningens» egen vilja kan anses bestämmande	38
3. a. Nödvändigheten för viljeteorien att förutsätta den absoluta fastheten af den rättssättande myndighetens beslut under giltighetstiden för rättstillämpningens formella möjlighet såsom logisk subsumtion	43
b. Psykologisk undersökning af föresatsen och betingningarna för dess fasthet	45
4. Som underlag för efterföljande undersökning af viljeteoriens upptagande af främmande element — tanken på rättssatserna såsom bestämmande rättigheter och skyldigheter i rättsmedvetandets mening — undersökes <i>befallningens</i> psykologiska innebörd för att sedan jämföras med <i>pliktidéens</i> betydelse	51

*

	Sid.
5. Om pliktidéen.	
a. Om pliktidéens släktskap med befallningsmottagarens medvetenhetsläge genom den grundläggande plikt känslans natur af värderingsfri känsla af viljeimpuls	60
b. Skillnaden mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och plikt känslan: den senares förbindelse med medvetandet om att handlingen objektivt sedt <i>är</i> plikt. Förklaring af detta ur det omedelbara känsloutryckets form	64
c. Den föreställning om handlingens <i>riktighet</i> efter en norm, som bestämmer plikt känslan och dess uttryck	74
d. Normföreställningens förhållande till pliktmedvetandet .	92
e. Om möjligheten af medvetande om plikt för andra . . .	97
f. Idéen om rättvisan af tvång såsom ekvivalens för uraklätet rätt handlande	100
g. Idéen om rättvisa af tvång utan hänsyn till föregående orätt och dess förbindelse med hämndkänslan	104
6. Sammanfattande framställning af å ena sidan släktskapen, å andra sidan åtskillnaden mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och det vid pliktidéen föreliggande. Förklaring af benägenheten att fatta rättssatserna på en gång som imperativer och utsagor om plikt i rättsmedvetandets mening	115
7. Rättsvetenskapens praktiska syfte vållar benägenhet att på imperativteoriens ståndpunkt betrakta rättssatserna ej blott som på en gång imperativer och faktiska utsagor om plikt utan äfven som <i>giltiga</i> utsagor om plikt och därmed förväxla en handlings egenskap att vara fordrad af rättsviljan med dess egenskap af plikt i rättsmedvetandets mening. — På viljeförklarings teoriens bas af samma skäl benägenhet att fatta de förmenta viljeförklaringarna i rätten som varande giltiga utsagor om plikt. Det förmedlande en inskjuten befallningstanke	122
8. Särskilda juridiska uppfattningssätt, som bära vittne om förväxlingen.	
a. Upptagandet af idéen om rättsplikt som samordnad med moralisk plikt	127
b. Antagandet af statsmakten som själf rättsligt förpliktad	131
c. Teorien om rättsplikten som begrundad i statsmaktens vilja men ändock gällande gent emot annan persons rätt	133
d. Det exekutiva tvånget på förmögenhetsrättens område behandlas af imperativteorien <i>i strid med</i> det positiva rättsstoffet som förutsättande föregående olydnad mot befallning. Anledningen <i>rättsmedvetandets</i> fordran på ett kränkt böra som grund för tvångets rättfärdigande och förväxling af en handlings egenskap att vara af rättsviljan befalld med plikt karaktär i rättsmedvetandets me-	

- ning. — Viljedeklarationsteoriens orimliga hävdande af tvånget som förutsättande ej en kränkning af personlig plikt men af rättighet som ett in abstracto fordradt tillstånd hvilat på samma kraf af rättsmedvetandet och samma förväxling 138
- e. Den Bindingska normteorien inom straffrätten, som ej låter sig positivt rättsligt uppehålla, hvilat på rättsmedvetandets kraf, att personlig plikt måste vara kränkt för straff, och förväxlingen i fråga 149
- f. Förväxlingen ligger till grund för idéen om interpretation och luckutfyllning af rättsatser efter rättsmedvetandet såsom gifvande den verkliga lagstiftareviljan . . 154
- g. Nödvändigheten för Stammler att identifiera rättsvetenskapen med dess föremål på grund af samma förväxling . 157
9. Viljeteoriens konsekventa genomförande — utan inblandning af främmande element — skulle beröfva den dess egentliga vetenskapliga betydelse att vara en belysning af de ologiska idéer, som äro verksamma i det faktiska rättslifvet . . . 162

	Sid.
5. Om pliktidéen.	
a. Om pliktidéens släktskap med befallningsmottagarens medvetenhetsläge genom den grundläggande plikt-känslans natur af värderingsfri känsla af viljeimpuls	60
b. Skillnaden mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och plikt-känslan: den senares förbindelse med medvetandet om att handlingen objektivt sedt <i>är</i> plikt. Förklaring af detta ur det omedelbara känsloutryckets form	64
c. Den föreställning om handlingens <i>riktighet</i> efter en norm, som bestämmer plikt-känslan och dess uttryck	74
d. Normföreställningens förhållande till pliktmedvetandet	92
e. Om möjligheten af medvetande om plikt för andra	97
f. Idéen om rättvisan af tvång såsom ekvivalens för urak-låtet rätt handlande	100
g. Idéen om rättvisa af tvång utan hänsyn till föregående orätt och dess förbindelse med hämndkänslan	104
6. Sammanfattande framställning af å ena sidan släktskapen, å andra sidan åtskillnaden mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och det vid pliktidéen föreliggande. Förklaring af benägenheten att fatta rättssatserna på en gång som imperativer och utsagor om plikt i rättsmedvetandets mening	115
7. Rättsvetenskapens praktiska syfte vållar benägenhet att på imperativteoriens ståndpunkt betrakta rättssatserna ej blott som på en gång imperativer och faktiska utsagor om plikt utan äfven som <i>giltiga</i> utsagor om plikt och därmed förväxla en handlings egenskap att vara fordrad af rättsviljan med dess egenskap af plikt i rättsmedvetandets mening. — På viljeförklarings teoriens bas af samma skäl benägenhet att fatta de förmenta viljeförklaringarna i rätten som varande giltiga utsagor om plikt. Det förmedlande en inskjuten befallningstanke	122
8. Särskilda juridiska uppfattningssätt, som bära vittne om förväxlingen.	
a. Upptagandet af idéen om rättsplikt som samordnad med moralisk plikt	127
b. Antagandet af statsmakten som själf rättsligt förpliktad	131
c. Teorien om rättsplikten som begrundad i statsmaktens vilja men ändock gällande gent emot annan persons rätt	133
d. Det exekutiva tvånget på förmögenhetsrättens område behandlas af imperativteorien <i>i strid med</i> det positiva rättsstoffet som förutsättande föregående olydnad mot befallning. Anledningen <i>rättsmedvetandets</i> fordran på ett kränkt böra som grund för tvångets rättfärdigande och förväxling af en handlings egenskap att vara af rättsviljan befalld med plikt-karaktär i rättsmedvetandets me-	

	Sid.
ning. — Viljedeklarationsteoriens orimliga hävdande af tvånget som förutsättande ej en kränkning af personlig plikt men af rättighet som ett in abstracto fordradt tillstånd hvilat på samma kraf af rättsmedvetandet och samma förväxling	138
e. Den Bindingska normteorien inom straffrätten, som ej låter sig positivt rättsligt uppehålla, hvilat på rättsmedvetandets kraf, att personlig plikt måste vara kränkt för straff, och förväxlingen i fråga	149
f. Förväxlingen ligger till grund för idéen om interpretation och luckutfyllning af rättsatser efter rättsmedvetandet såsom gifvande den verkliga lagstiftareviljan . . .	154
g. Nödvändigheten för Stammler att identifiera rättsvetenskapen med dess föremål på grund af samma förväxling . . .	157
9. Viljeteoriens konsekventa genomförande — utan inblandning af främmande element — skulle beröfva den dess egentliga vetenskapliga betydelse att vara en belysning af de ologiska idéer, som äro verksamma i det faktiska rättslifvet	162

Anförd litteratur.

Då den i företalet nämnda uppsatsen: »Är gällande rätt uttryck af vilja?» med föreliggande skrift utgör ett helt, äro äfven i denna uppsats anförda arbeten här upptagna.)

- ADICKES, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872.
—, Stellung und Thätigkeit der Richters, 1906.
ADLER, KARL, Unverschuldetes Unrecht, 1910.
AHRENS, Naturrecht, 1870.
ARNOLD, Kultur und Rechtsleben, 1865.
BEKKER, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung, 1910.
BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.
BERNHÖFT, Das bürgerliche Recht (v. Birkmeyer, Encykl. der Rechtsw., 1912.)
BEROLZHEIMER, System der Rechtsphil. III, 1906 och V, 1907.
BIERLING, Jur. Prinzipienlehre I—IV, 1894—1911.
BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912.
—, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915.
BINDING, Handbuch des Strafrechts I, 1885.
—, Die Normen und ihre Übertretung I, 2 Aufl. 1890.
BRIE, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I, 1899.
—, Der Volksgeist bei Hegel und der hist. Schule (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. II, 2.)
BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte I, 2 Aufl., 1906.
BRUNS-ECK-MITTEIS, Pandektenl. (Holtz.-Kohler, Encykl. der Rechtsw. I, 1904.)
BRUNS-LENEL, Gesch. und Quellen des römischen Rechts (Holtz.-Kohler.)
BÜLOW, Gesetz und Richteramt, 1885.
—, Das Geständnissrecht, 1899.
BUSOLT, Die griech. Staats- und Rechtsalterth., 1892.
CATHREIN, Recht, Naturrecht und positives Recht, 1909.
DE COULANGES, La cité antique, 21 éd., 1910.

- Demosthenes' Orationes.*
 DERNBURG, Pandekten, 3 Aufl., 1894.
 DOHNA, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit, 1905.
 v. EHRENFELS, System der Werttheorie, 1897.
 EHRlich, Beitr. zur Theorie der Rechtsquellen, 1902.
 ELZBACHER, Über die Rechtsbegriffe, 1900.
 FALK, Die Analogie im Recht, 1906.
 FISCHER, H. A., Die Rechtswidrigkeit, 1911.
 GAREIS, Vom Begriff der Gerechtigkeit, 1907.
 —, Rechtsencykl. und Methodologie, 4 Aufl., 1913.
 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, 1894.
 GOOS, Forelæsninger over den almindelige Retslære, 1889.
 GRABOWSKY, Recht und Staat, 1908.
 GRAY, The Nature and Sources of the Law, 1909.
 GRIMM, Deutsche Rechtsalterth, 4 Ausg., 1899.
 GRUEBER, Einführung in die Rechtsw. (v. Birkmeyers Enc.)
 HAGERUP, Rets-Encyklopædi, 1906.
 HAGSTRÖMER, Svensk straffrätt I, 1905.
 v. HARTMANN, Das sittliche Bewusstsein, 2 Aufl., 1886.
 HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914.
 HEERWAGEN, Die Pflichten als Grundlagen des Rechts, 1912.
 HELLWIG, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1889.
 HERMANN, Über Gesetz und Gesetzgebung im griech. Alterthum, 1849.
 HERRFAHRDT, Lücken im Recht, 1915.
 v. HERTLING, Recht, Staat und Gesellschaft, 1906.
Hesiodus' Theogoni.
 HILDENBRAND, Gesch. und System der Rechts- und Staatsphil. I,
 1860.
 HIRZEL, Dike, Themis und Verwandtes, 1907.
 HOLD v. FERNECK, Die Rechtswidrigkeit I, 1903.
 HÖLDER, Objektives und subjektives Recht, 1893.
 —, Natürliche und juristische Personen, 1905.
 —, Theorie der Willenserklärungen, 1906.
 HOLLAND, Jurisprudense, 9 ed., 1900.
Homerus' Iliad och Odyssé.
 HÄGERSTRÖM, I moralpsykologiska frågor (Psyche 1907.)
 —, Stat och rätt, 1904.
 IHERING, Geist des römischen Rechts, 1878.
 —, Das Schuldmoment im römischen Privatrechte, 1879.
 —, Der Zweck im Rechte I, 1893.
 JELLINEK, G., System der subj. öffentl. Rechte, 1892.
 —, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 2 Aufl., 1904.
 —, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914.
 —, W., Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung,
 1913.
 JENKS, A short history of english law, 1912.

- JUNG, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912.
- KANT, Kritik der prakt. Vern. Ed. Kehrbach.
- KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts, 1911.
- KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.
- KIERULFF, Die Theorie des gem. Civilrechts, 1839.
- v. KIRCHMANN, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral, 1873.
- KISS, Billigkeit und Recht (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. III.)
- KLEIN, Die psych. Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, 1912.
- KLEINFELLER, Gesetz und Rechtsspruch (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. I.)
- KOHLER, Über Interpretation von Gesetzen (Grünhuts Zeitschr. Bd. 13.)
- , Einführung in die Rechtswissenschaft, 4 Aufl., 1901.
- KOHLRAUSCH, Irrthum und Schuldbegriff, 1903.
- KRABBE, Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906.
- KRÜCKMANN, Einführung in das Recht, 1912.
- KUHLENBECK, Die Entwicklungsgesch. des römischen Rechts I, 1910.
- LASK, Rechtsphil. (Festschr. f. Kuno Fischer, 1907.)
- LASSON, System der Rechtsphil., 1882.
- LIPSIUS, Das attische Recht, 1908.
- LOENING, Über Wurzel und Wesen des Rechts, 1907.
- MAINE, Ancient law, ed. 1908.
- , Lectures on the early history of instit., 7 ed., 1905.
- MAKAREWICZ, Einführung in die Strafrechtsphil., 1906.
- MAYER, Kulturnormen und Rechtsnormen, 1903.
- MENDELSON BARTHOLDY, Das Imperium des Richters, 1908.
- MERKEL, Jur. Enzykl., 5 Aufl., 1913.
- MOMMSEN, Römisches Staatsrecht III, 1887.
- MÜLLER-ERZBACH, Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle, 1913.
- NAGLER, Der heutige Stand der Lehre der Rechtswidrigkeit, 1911.
- NEUKAMP, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895.
- NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866.
- NORDLING, Svensk civilrätt, allm. delen, 1891.
- OERTMANN, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909.
- , Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.
- PAGENSTECHEK, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1904.
- PHALÉN, Zur Bestimmung des Begriffs des Psychischen, 1914.
- Pollux'* Onom.
- PUCHTA, Gewohnheitsrecht I, 1828.
- RADBRUCH, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904.
- , Grundzüge der Rechtsphil., 1914.
- REGELSBERGER, Pandekten I, 1893.
- REICHEL, Gesetz und Richterspruch, 1915.

- REUTERSKIÖLD, Über Rechtsauslegung, 1891.
—, Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran, 1908.
RITCHIE, Natural Rights, 2 ed., 1903.
RÜMELIN, Werturteile und Willensentscheidungen, 1891.
RUMPF, Gesetz und Richter, 1906.
SALOMON, Das Problem der Rechtsbegriffe, 1907.
SALMOND, Jurisprudence, 4 ed., 1913.
SAVIGNY, Das System des heutigen römischen Rechts I, 1840.
SCHLOSSMANN, Der Vertrag, 1876.
—, Der Irrthum (Fischers Abhandl. z. Civilproc. und Privatr., Bd. 9, 1903.)
SCHMIDT, Br., Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899.
SCHMITT, Gesetz und Urteil, 1912.
SCHMÖLDER, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, 1907.
SCHOEMANN-LIPSIUS, Griech. Alterth. I, 1897.
SCHUPPE, Grundzüge der Ethik und Rechtsphil., 1881.
—, Der Begriff des subj. Rechts, 1887.
—, Das Gewohnheitsrecht, 1890.
SELIGMANN, Beitr. zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, 1886.
SIGWART, Logik, 4 Aufl., 1911.
SJÖGREN, Rättsstridighetens former, 1894.
SPIEGEL, Gesetz und Recht, 1913.
STAHL, Phil. des Rechts, 3 Aufl., 1854.
STAMMLER, Wirtschaft und Recht, 1896.
—, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.
STARK, Die Analyse des Rechts, 1916.
STERNBERG, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1912.
STJERNBERG, Till frågan om de s. k. rent ekonomiska kategorierna, 1902.
TEZNER, System der subj. öffentl. Rechte (Grünhuts Zeitschr. Bd. 21.)
THON, Der Normenaddressat (Iherings Jahrbücher, Bd. 50.)
—, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.
THYRÉN, Straffrättens allmänna grunder, 1907.
—, Principerna för en strafflagsreform I, 1910.
TÖNNIES, Gemeinschaft und Gesellschaft, 1887.
WACH, Der Feststellungsanspruch, 1889.
WESTERMARCK, Ursprung und Entwickl. der Moralbegriffe, 1907.
VESTMAN, De svenska rättskällornas historia, 1912.
WILUTZKY, Vorgeschichte des Rechts, 1903.
WINDSCHEID, Pandektenlehre I, 7 Aufl., 1891.
WINDELBAND, Über die Willensfreiheit, 1904.
WURZEL, Das juristische Denken, 1904.

WÜSTENDÖRFER, Zur Hermeneutik der soziolog. Rechtsfindungstheorie (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftspraxis. IX.)

ZITELMANN, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Archiv f. civil. Praxis, Bd. 66)

---, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879.

---, Lücken im Recht, 1903.

1. Viljeteorien synes äga ett visst berättigande med hänsyn till moderna rättsordningar i kulturstater, emedan »lagrätten» där har afgjord predominans. Men vid användning på äldre rättsordningar, där lagrätten i modern mening icke på samma sätt dominerar, äro svårigheterna vid teorien skarpt framträdande. Här skola endast några exempel anföras till belysning af saken.

a. I den äldre romerska rättsordningen var fas, den gudomliga rätten, icke afsöndrad från jus, den mänskliga. Nästan alla rättstransaktioner synas ha haft religiös form. Rättsvården blef därmed en religiös angelägenhet. Häraf förklarar sig, att prästerna fingo ett dominerande inflytande på densamma. De allena voro i besittning af kunskap om fas.¹ Häraf förklarar sig också, huru plebs kunde fästa så stor vikt vid att efter antagandet af de tolf taflornas lag såväl den för rättsvården så viktiga kalendern som de ej mindre viktiga formulären för legisaktioner och rättstransaktioner, hvilka förut varit en presterlig hemlighet, blefvo offent-

¹ Jfr KUHLENBECK, Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (1910) I, sidd. 46 och 98 f., DE COULANGES, La cité antique, 21 uppl. (1910) sidd. 219 ff., och IHERING, Geist des römischen Rechts (1878) I, sidd. 297 ff. Om prästerligt inflytande på rättsvården af liknande anledning hos de äldre germanerna se GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer (1899) II, s. 359, och BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, 2 uppl. (1906) I, s. 172, hos primitiva folk öfverhufvud se MAKAREWICZ, Einführung in die Strafrechtsphilosophie (1906) sidd. 172 ff., WILUTZKY, Vorgeschichte des Rechts (1903) III, s. 128, CATHREIN, Recht, Naturrecht und positives Recht (1909) s. 256 ff. och NEUKAMP, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts (1895) s. 183.

liggjorda — den s. k. jus civile Flavianum. Här var situationen ej sådan, att folket utan vidare kunde besluta om de formulär, som voro att använda. Nej, rätten bestod nu en gång i detta afseende med gudomlig auktoritet och var ej att ändra. Det gällde blott att få kunskap därom.

Här fanns sålunda en gällande rätt, som dels i folkets eget medvetande stod öfver hvarje mänsklig makt, dels också verkligen *var* oberoende af »statsmaktens» vilja. Sedan en gång idéen om en af presterna förvarad rätt, som bestämde hvars och ens rättssfär, fått insteg i sinnena, verkade idéens makt lika dominerande som någonsin en yttre makt och utlöste omedelbart reaktiva handlingar mot den kränkande, hvarigenom rättsordningen uppehölls. Denna reaktion berodde visst icke på ett föregående samfällt beslut att uppehålla just denna ordning utan framgick omedelbart ur öfvertygelsen om, hvad som nu en gång var rätt. Att här tala om ett vare sig tyst eller uttryckligt godkännande från folkets sida af fas eller af presternas maktställning såsom begründande rättsordningen är att oberättigadt införa moderna föreställningssätt.¹

b. Vidare är att nämna domarens ursprungliga ställning till »common law» i England. Man gick ut från föreställningen om en urminnes lag, som domaren i sitt domslut endast tillämpar. Visserligen blef hvarje fälld dom ett prejudikat af rättslig betydelse för efterföljande domar, emedan common law betraktades som i hvarje fälld dom på auktoritativt sätt uttryckt. Men i princip gällde, att det finns en lag »in nubibus or in gremio magistratum» (Maine), som är att tillämpa — direkt, då ej precedensfall gifva vägledning för dess tolkning.² Det faktiska underlaget för den förmenta oskrifna lagen var gamla sedvänjor, fixerade i domar, jämte ingredienser ur kanonisk och romersk rätt.³

¹ Dock tror sig GOOS, *Foreläsningar over den almindelige Retslære* (1889) I, sidd. 93 ff., kunna subsumera denna jus sacrum under sitt begrepp om lag såsom »den organiserede Samfundsmagts Beslutning om den Rettesnor den vil følge ved Retshaandhævelsen».

² I HALE's *History of the common law* ed. af 1820, sid. 89, citerad SALMOND, *Jurisprudence*, 4 Ed. (1913) sid. 161, ges uttryck åt detta äldre åskådningsätt så, att domstolen säges publicera »what the law of this kingdom is». — Jfr Maine *Ancient law* (1908) sidd. 28 ff., och BLACKSTONE's *Comment.*, sidd. 68—71, cit. af GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (1909) sid. 207.

³ JENKS, *A short history of english law* (1912) cap. 2.

Det är nu härvid klart, att i den judiciella teorien betraktades ej konungen såsom »lagens» auktoritativa stöd. Den bestod enligt denna teori som bindande lag sedan urminnes tid, upphöjd öfver konungars vilja. Men hade en gång detta föreställningssätt kommit in i det allmänna medvetandet, blef också konungen realiter ofri, då han dragit till sig domarmakten. På två sätt blef han bunden: genom sin egen uppfattning af för domarämbetets utöfning gällande regler och genom undersåtarnes, in specie domarnes, uppfattning af äfven konungens bundenhet vid »common law». Till de ideella krafter, som behärskade rättslifvet och sålunda betecknade gällande rätt, hörde just idén om konungens ofrihet. Därmed *var* han också ofri. Den abstrakta möjligheten att revolutionärt ändra bestående rätt fanns naturligen för konungen, men endast på samma sätt som det för en konstitutionell monark finns abstrakt möjlighet att göra sig enväldig. Det må så vara, att ursprungligen var erkännandet af »the law of the land» genom Vilhelm Eröfraren en akt af politisk klokhet.¹ Men 1:o var väl detta politiskt klokt, emedan han därmed anknöt till den folkliga åskådningen af en öfver konungens vilja upphöjd landets lag. 2:o blefvo naturligen i samma grad, som detta betraktelsesätt vann inträde hos de kungliga domarne, dessa och därmed konungamakten själf bundna af föreställningen i fråga.

Härmed är alls icke sagdt, att icke konungamakten de facto genom domaremakts öfvertagande öfvade det största inflytande på utbildningen af engelsk rätt. Först härmed åstadkoms rättsenhet, i det att den partikulära stamrätten upphäfdes och den i ett visst fall fällda domen blef prejudicierande för afdömandet af andra liknande fall.² Men frågan gäller här allenast, om domaremakten var bunden af föreställningen om redan bestående rätt eller hade frihet att efter sina önsknings bestämma rätten. Äfven där den positiva rättens system redan *är* utbildadt genom lagstiftning, utöfvar domaremakten genom interpretationen och prejudikatets faktiska betydelse det allra största inflytande på hvad som blir gällande rätt för konkreta lifsförhållanden. (Härom längre fram.) Men därför är det ingalunda riktigt att säga, att domaremakten i det hela själf bestämmer gällande rätt efter sina önsknings. För den efter »common law» dömande engelske domaren stod väl i

¹ JENKS, p. a. st., sid. 17.

² KRABBE, Die Lehre der Rechtssouveränität (1906) sid. 63.

normala fall saken så, att han, *äfvén* om han i domen gaf uttryck blott åt sin personliga rättskänsla, likväl endast tillämpade en faktiskt gällande rätt. — Det är visserligen sant, att kungliga tjänsteinstruktioner till domarne praktiskt sedt öfvade inflytande äfvén på den materiella rätten. Men principiellt gällde det härvid endast processlagar.¹ Därför är detta icke något bevis mot konungamaktens principiella bundenhet vid föreställningen om en redan bestående materiell rätt.

Det blir emellertid lika oriktigt att säga, att folkets vilja gaf åt hela systemet dess kraft. Ty folket var själf behärskadt af den ifrågavarande föreställningen. Hvarje tanke på ett folkets beslut att uppehålla denna föreställning är lika orimlig som ett antagande, att ett rådande moraliskt föreställningssätt beror på ett folkets beslut att fasthålla vid detsamma.

I detta sammanhang är att andraga karaktären af äldre tyska domsförhållanden. Kommunen själf dömde ursprungligen med hjälp af särskilda »domsfinnare», Rachinburgii, Scabini etc. Det gällde för dem att »Recht weisen, legem dicere, veritatem dicere», enligt hvad de »ex relatu suorum progenitorum, seniorum et antecessorum semper audiverunt».²

Det är en förvänd moderniserande tydning af sakförhållandet, då man uttrycker detsamma så, att staten genom en »express or tacit law» åt »ancient customs» ger bindande kraft.³ Något sådant motsvaras hvarken af den under slika förhållanden rådande föreställningen om rätten eller af verkligheten. Det reella, som ligger bakom antagandet af en »tacit law», en »Gestattung» från statens sida, är *endast* det faktum, att ifrågakommande regler, må de

¹ JENKS, p. a. st., sid. 23.

² GRIMM p. a. st. II, sidd. 388 ff., BRUNNER, p. a. st., sidd. 152 och 203 ff., BRIE, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899) sidd. 203 ff. och 225 ff., och GIERKE, Deutsches Privatrecht I (1894) sidd. 159 ff. Jfr om lagmannens »lagsaga» enligt äldre svensk rättsföreställning, VESTMAN, De svenska rättskällornas historia (1912) sidd. 4 ff., och om primitivt rättsuppenbarande i allmänhet såsom bringande af en allmän rättstanke i ord, hänförande sig till bestämda fall, SCHMÖLDER, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts (1907) sid. 45.

³ HOLLAND, Jurisprudence, 9 ed. (1900) sid. 59 (i enlighet med AUSTIN, Lectures on Jurisprudence, 5 ed., sid 538). Liknande uttryckssätt hos GAREIS, Rechts-Enzyklopädie und Methodologie, 4 Aufl. (1913) sidd. 40 och 48 och Vom

högsta statsorganen önska det eller ej, få kraft i rättslifvet.¹ Äfvenså är det förfeladt att indraga tanken på ett statens godkännande af vanerätten via domaremakten. Grabowsky säger: »Doch erst indem der Staat es (vanerätten) wirklich zulässt, wird es zum Recht im eigentlichen Sinne, erst mit dem Richterspruche, der das Gewohnheitsrecht berücksichtigt, erlangt es wirklich rechtliche Geltung».² Med fog kan det sägas, att lagrätten blir gällande rätt först såvidt »der Richterspruch» tager hänsyn därtill, om man för rättens »gällande» fordrar, att reglerna komma till verklig användning på lifsförhållandena. Men däraf följer ingalunda, att staten i domarens person genom hans hänsyntagande till gifven lag på nytt gifver sitt bifall till lagens användning. Ty domaren är här icke fri. På grund af författningens kraft och domared blir det för honom en nödvändighet att betrakta lagen som ett rättesnöre för ämbetets utöfning. Men det samma gäller mutatis mutandis i fråga om domarens ställning till vanerätten under primitiva förhållanden. Den till denna rätt hörande öfvertygelsen om nödvändigheten att lägga i seden framträdande regler till grund för bestämmande af rättigheter och skyldigheter gör sig ovillkorligt gällande vid ämbetets utöfning. Domaren är då lika litet fri i förhållande till vanerätten som i förhållande till lagrätten. I båda fallen har han samma fiktiva frihet, som den läkekunnige har att vid fyllandet af sin uppgift kasta undan hänsynen till sina kunskaper. Därför kan det i intetdera fallet vara tal om ett statens godkännande af vissa regler genom domaren.

Härmed är naturligtvis icke afsedt att beröra frågan om grunden till vanerättens rättskraft under moderna förhållanden, under hvilka *lagstiftningen* dominerar, än mindre frågan om, huruvida eller under hvilka omständigheter domaren bör betrakta en sed såsom grun-

Begriff der Gerechtigkeit (1907) sid. 30, SALMOND, p. a. st., sid. 155, och BINDING, Handbuch des Strafrechts, I (1885) sid. 212. Se för öfrigt den hos WINDSCHEID, Pandektenlehre, I, 7 Aufl. (1891) sid. 39 not. 1 anförda literaturen.

¹ Jfr STAHL, Philosophie des Rechts, 3 Aufl. (1854) II, 1, sid. 237, WINDSCHEID, p. a. st.; sid. 39 not. 3, ZITELMANN, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv f. civil. Praxis, Bd 66, sidd. 363—364, BEKKER, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung (1910) sid. 53, JUNG, Das Problem des natürlichen Rechts (1912) sidd. 105, REGELSBERGER, Pand. I (1893) sid. 86, och HAGERUP, Rets-Encyclopædi (1906) sid. 18.

² Recht und Staat (1908) sid. 42; jfr BRUNO SCHMIDT, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens (1899) sid. 39 ff.

dande rätt utan hänsyn till gällande lag om sedens rättskraft. Det gäller här endast den frågan, om under primitiva förhållanden sedvanerätten har sitt bestånd genom statens godkännande vare sig i lagstiftning eller i domsfunktioner. Den frågan måste besvaras nekande.

Men lika oriktig är hvad angår primitiva förhållanden den historiska skolans användning af begreppet om en folkets »Gesamtwille» såsom i vanerätten rättsbestämmande. Af denna vilja skall seden själf vara ett uttryck, liksom lagen är ett uttryck af den lagstiftande maktens vilja. Åskådningen går tillbaka till de romerska juristernas uppfattning af sedvanerätten såsom en »tacitus consensus populi».¹ Den har bibehållit sig in i nyare tid.² Uppfattningssättet hvilat på antagandet af en icke förefintlig folkets frihet att genom beslut bestämma öfver rätten. Det ligger i sedvänjans natur, att den framspringer ur människornas sociala lifsförhållanden genom den omedelbara påverkan, som andras förhållningssätt öfvar på den enskilde, i förbindelse med mekanisering af ofta företagna handlingar. Den bibehåller sig dels genom samma krafter, som verkat dess uppkomst, dels genom det obehag, som träffar den enskilde vid dess brytande, utan att det vanligen är möjligt att påvisa någon allmän önskan, att just den eller den seden bibehålles. Seden blir nu emellertid under vissa omständigheter förbunden med en mer eller mindre kraftigt verkande opinio necessitatis i betydelse af en föreställning om *riktigheten* af att använda *direkt*

¹ SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts I (1840) sidd. 35 och 168 ff., jfr sid. 24, PUCHTA, Gewohnheitsrecht I (1828) sidd. 144 och 165, jfr sid. 141. Se för öfrigt ställena andragna af ZITELMANN, Archiv f. civ. prax. Bd 66, sid. 389 not 109.

² Exempelvis må anföras AHRENS, Naturrecht (1870) I, sid. 325, v. KIRCHMANN, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral (1873) sidd. 124 och 125, hvilken författare till och med betraktar den nutida moralen hos civiliserade folk som hvilande på folkvilja, MAKAREWICZ, p. a. st., sid. 68, BEKKER p. a. st., sid. 79, som refererar vanerätten till en »Volksstaatswille», yttrande sig direkt (utan organer) i den samma, KRÜCKMANN, Einführung in das Recht (1912) sid. 79 (vanerätten binder domarne genom de vanan grundande individernas befallningar). — BRUNNER ställer i sin tyska rättshistoria »Volksfriede», som är ett med den spontant framväxande folkliga rättsordningen under primitiva förhållanden, såsom beroende af *folkets vilja* gent emot den senare »Königsfriede» såsom beroende af *konungens bud*, p. a. st., sid. 169.

yttre tvång i fall af kränkning.¹ Däri ligger innesluten tanken på *skyldigheter*, som äro att i fall af kränkning med afseende på den yttre sidan framtvinga i form af ekvivalenta prestationer till den *berättigade*. Därmed är också gifven föreställningen om en objektivt bestående regel för rättigheter, resp. skyldigheter att i fall af kränkning framtvinga genom utkräfvande af ekvivalent prestation, hvilken regel domaren har att använda, såvidt han öfverhufvud skall kunna fälla verklig dom och ej blott öfva tyranniskt tvång. Denna regel fattas nu som ägande sin objektiva tillvaro i den i seden gifna ordningen.² Folket, inklusive domarne, blir bundet af sin egen föreställning och »vanerätten» funktionerar i domar och domsexekutioner.³

¹ Jfr ARNOLD, Kultur und Rechtsleben (1865) sidd. 363 ff.

² STAHL's framställning af den objektiva rättens natur såsom den sedliga idéen förkroppsligad i en med naturnödvändighet verkande oobjektiv ordning (p. a. st., sidd. 197 och 235) är isjälfrva verket ett återgifvande af en sida hos den rättsöfvertygelse, som gör sig gällande i den primitiva vanerätten.

³ BRIE, p. a. st., sidd. 246 ff. menar, att den folkliga tyska rättsåskådningen betraktade skillnaden mellan den blotta vanan och vanerätten såsom bestämd af det i senare fallet tillkommande momentet af en öfvertygelse hos de vanan öfvande om dess rättsliga giltighet. Dessa skulle sålunda ha betraktats såsom ägande i sin makt att genom sin subjektiva öfvertygelse förvandla den blotta vanan till för dem objektivt gällande rätt. Det, som anföres till stöd — att man betraktade endast den *rättvisa* eller *goda* vanan såsom *vanerätt* — bevisar ingalunda den uppställda satsen. Häraf kan endast härledas, att för den, som bedömde en vanas rättsliga halt, måste, i fall resultatet skulle blifva positivt, den samma framstå som rättvis eller god, oafsedt den mening de vanan öfvande själfrva hade i detta afseende. De af BRIE anförda källorna (noterna 9—31 a § 30) peka undantagsöst i denna riktning. Det högsta, som kan sägas i afseende å betydelsen af de vanan öfvandes rättsöfvertygelse, är detta, att för *dem* dess karaktär af gällande rätt var bestämd af dess rättvisa eller godhet, så att sålunda deras öfvertygelse i detta afseende blef afgörande för deras tro på, att vanan innehöll objektivt giltiga regler för rättigheter och skyldigheter att genom tvång uppehålla. Det är klart, att då domarne eller »domsfinnarne» i allmänhet framgingo ur kretsen af de vanan själf öfvande personerna, så kom domen i hvarje fall att vara bestämd af den allmänna öfvertygelsen bland dessa om en vanas rättvisa eller godhet. Men det betyder ingalunda, att denna öfvertygelse i sin faktiska förhandenvaro betraktades som det vanans rättskaraktär begrundande. — Emellertid låter sig ej ens med anspråk på full allmängiltighet den satsen uppställa, att man betraktade vanas rättvisa eller godhet såsom bestämmande för dess juridiska giltighet. Stundom framstod en vana såsom juridiskt giltig trots dess insedda orättvisa

och man kräde blott dess afskaffande på lagstiftningens väg, se BRIE, p. a. st. noterna 32 och 33 § 30. I sådant fall var det gifvetvis vanans karaktär af en faktiskt upprätthållen ordning, som med undanskjutande af hänsynen till rättskänslans reaktion framdref föreställningen om dess egenskap af gällande regel för rättigheter och skyldigheter att genom tvång uppehålla. På liknande sätt leder det blotta faktum af, att en lag består såsom af »statsmakten» uppehållen regel, till den åskådningen, att de verkliga rättigheterna och skyldigheterna äro däri bestämda, oafsedt rättskänslans utslag. Jfr JELLINEK, Allg. Staatsl. 3 Aufl. (1914) sidd. 337 ff.

Med afseende å den historiska skolans upphofsmän är att märka, att deras teori till skillnad från den mera krassa form, som den har hos deras moderna efterföljare, betecknar ett vacklande mellan viljeteorien och teorien om en allmän rättsöfvertygelse såsom den bestämmande kraften i vanerätten. Den betecknar till och med ett afståndstagande från naturrättslärans rena viljeteori med afseende å den positiva rätten. Såsom framgår af anförda ställen, använder man sig om hvartannat af beteckningen »Volkswille» och folkets »Rechtsüberzeugung». ZITELMANN, Archiv für civ. prax. Bd. 66, sid. 389, kan också med rätta förebrå dem för motsägelse i detta stycke. SCHUPPE, Das Gewohnheitsrecht (1890) sid. 18, häfdar visserligen, att en motsägelse icke är förhanden, men på otillräckliga grunder. Den rättsöfvertygelse, om hvilken historiska skolan talar, »besteht selbstverständlich aus Vorstellungen von einem Handeln und dem Gefühl seines Wertes. Dass aus ihr der Wille, so zu handeln, hervorgeht, versteht sich von selbst. In concreto ist er mit ihr ein Ganzes. . . » Om PUCHTA förklarar sig mot viljeteorien, så vill han därmed blott bestrida, att det föreläge en »planmäßige Setzung», en medveten »auf der Überlegung was nun Recht solle», beroende vilja, men ej, att det hörde till vanerätten en vilja i angifven mening. Det är mot SCHUPPE att framhålla, att det väsentliga är, om med uttrycket »Volkswille», »Gesamtwille» åsyftas en enhetlig föresats vare sig såsom allas gemensamma eller såsom en transcendent folkandes (om oklarheten i begreppet »folkande» hos den historiska skolan se BRIE, Der Volksgeist bei Hegel und der hist. Rechtsschule, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. II, 2, sidd. 199 ff.) att göra vissa handlingsregler verksamma hos den enskilde och i domar och domsexekutioner. Är det endast fråga om den kraft, som en allmän rättsöfvertygelse såsom sådan äger i detta afseende, spelar en föresats af angifven natur ingen roll. En allmän rättsöfvertygelse i ett samhälle såsom öfvertygelse om, att det eller det är en öfver det hela stående rätt i meningen af regler, som bestämma rättigheter och skyldigheter tillika med sättet för deras framtvingande vid kränkning, gör det till gällande rätt i meningen af handlingsregler, som komma till faktisk användning — ytterst förmedelst tvång från rättsorganens sida — och visserligen utan hvarje som helst samfällt beslut att uppehålla dessa regler. Rättsöfvertygelsen verkar närmast omedelbart såsom tendens till visst handlande. Men denna tendens är själf ingen föresats att uppehålla reglerna i fråga vare sig som fordringar (normer) eller som handlingsregler med faktiskt genomförande. Rättsöfvertygelsens allmänhet verkar vidare som ett tryck på såväl den enskilde som

rättsorganen, så att den i det hela leder till efterföljd. När icke egna intressen komma med i spelet, verkar andras rättsöfvertygelse ovillkorligt reaktion mot den kränkande. Denna reaktion hvilar själf icke på gemensam föresats att uppehålla reglerna i *allmänhet* utan på sin höjd på gemensam föresats att uppehålla dem gent emot den särskilde violanten. På det tryck, som fruktan för denna reaktion verkar på den enskilde och rättsorganen, kan nu i viss grad tillämpas sentensen: *coactus tamen voluit*. Dock endast i *viss grad*. Ty trycket verkar också, förbundet med egen rättsöfvertygelse, i den riktningen, att det öfverhufvud inom vissa gränser icke uppstår någon tanke på möjligheten att handla mot, hvad man anser vara gällande rätt. I sådant fall föreligger icke någon föresats att handla i enlighet med öfvertygelsen. Fången, som icke har någon föreställning om möjligheten att bryta sig ut, beslutar ej att underlåta flykt. Men såvidt en af psykiskt tvång verkad föresats blir af betydelse, gäller det ingalunda viljan att tillsammans med andra uppehålla de ifrågakommande reglerna i allmänhet. Ty hos hvar och en verkar fruktan för reaktionen endast att han ej personligen vill utsätta sig därför, hvilket är något helt annat. (Jfr min skrift: »Är gällande rätt uttryck af vilja?», sid. 178.) Men att SAVIGNY och PUCHTA verkligen med folkviljan såsom grund till vanerätten åsyftade en enhetlig, låt vara ej reflekterad föresats att göra vissa regler verksamma på angifvet sätt, är trots oklarheten i uttryckssättet sannolikt. Dels är gifvetvis den här använda beteckningen »Gesammtwille» ett lån från naturrättsläran, dels vore det i annat fall ett meningslöst antagande, att denna »Gesammtwille» skapar vanerätten genom att *yttra* sig i seden. Men därmed är också den påklagade motsägelsen förhanden.

En liknande oklarhet föreligger hos TÖNNIES, Gemeinschaft und Gesellschaft (1887) sid. 254. Å ena sidan är sedvanerätten såsom naturlig rätt »das Gemeinwesen» själf, som framställer sig som »Institution natürlichen Rechts». Eller den är själfva den konstitutiva formen för samhället, hvarmed detta består som enhet (jfr sid. 225). Å andra sidan är just därmed vanerätten *positiv* rätt, d. v. s. en bestämmelse utgående från samhället, gällande gent emot individerna. Här har af den gemensamma öfvertygelsen om sedens bindande kraft, hvilken öfvertygelse skall vara själfva samhällsenheten, blifvit en föresats hos samma enhet att upprätthålla den i seden framträdande ordningen.

Goos, p. a. st. I, sid. 125, söker bevisa förhandenvaron af en allmän rättssättande vilja i vanerätten på följande sätt. Hvar och en följer vissa handlingsregler på grund af föreställning om, att detta är alla andras samfällida vilja: *opinio obligationis*. Denna efterföljd från hvars och ens sida innebär emellertid i sig själf förhandenvaro af en låt vara oorganiserad samfundsmakts vilja med reglerna till innehåll. Därmed blir den nyssnämnda *opinio* verkligt rättfärdigad. »Den almindelige Underordnelse *ex opinione obligationis* er derfor mere end en Sum af lydende Viljer. Den er tillige Almenhedens »Samfundsmagtens Fastsættelse af Retsnormen». Huru kan *det helas* vilja bestämma normerna, när hvar och en endast bestämmes af en enligt hans mening redan faststående norm? Huru kan man vilja, att det eller det *blir*

c. Vidare må erinras om den betydelse, som *responsa prudentium fingo* under republikens tider i Rom.¹ Här förelåg ett inflytande på rättsordningen från enskilda »rättslärda» sida, som uppenbarligen är att jämställa med lagstiftningens makt.² Hvad gaf nu de »rättslärda» denna befogenhet? Hvarje annat svar än det som ligger i hänvisningen till behovet af en utläggning af de tolf tafornas lag till öfverensstämmelse med lifvets fordringar och till de ifrågakommande personernas anseende är förfeladt. Förhållandena voro här sådana, att det hela gick af stapeln på grund af deras eget tvång med eller mot folkförsamlingens eller folkets egen vilja.

d. Äfvenledes må beröras den romerska *jus gentium*. Denna var enligt romerska juristers mening den för de särskilda folken gemensamma rätten och skildes icke bestämdt från *jus naturæ*, den på *naturalis ratio* grundade rätten.³ Den var ingenting annat än ett system af rättsgrundsatser, som utbildades på ett naturligt sätt ur de lifligare handelsförbindelserna mellan och med främlingarna inom det romerska riket. Dessa grundsatser användes närmast (af prætor peregrinus) blott för bestämmande af rättsförhållanden mellan främlingar inbördes och mellan romare och främlingar, men undanträngde så småningom *jus civile* såsom den för romerska medborgare gällande rätten. Påståendet af Bergbohm och andra rättspositivister, att de romerska juristerna aldrig betraktade *jus gentium* såsom i sig själf bindande, vederlägges såsom Cathrein⁴ visar af bestämda yttranden från deras sida. Parallelliseringen af *jus gentium* med *jus civile* framträdër skarpt i teorien, att rättig-

rätt, såvidt man redan är öfvertygad om, att det är rätt (jfr ZITELMANN, Archiv für civ. Praxis, Bd 66, sid. 370)? För öfrigt är den omtalade *opinio obligationis* alldeles oriktigt framställd. Såsom tydligt framgår af äldre tyska domsförhållanden frågar man ej alls efter, hvad öfriga samhällsmedlemmar önska vara gällande rätt utan allenast efter den traderade objektiva rätten.

Ett decideradt förkastande af allt hänskjutande af vanerätten på en viss vilja men med ofullständigt begrundande hos LOENING, Über Wurzel und Wesen des Rechts, (1907) sid. 19.

¹ Jfr Brehonernas betydelse för utbildningen af gammal irisk lag, MAINE, Lectures on the early history of institutions, 7 ed. (1905) Lect. II.

² MAINE, Ancient law, sid. 30 och KUHLENBECK, p. a. st. I, sidd. 200 ff.

³ Inst. I, 2, 1 (GAIUS), jfr BRUNS-LENEL, Gesch. und Quellen des römischen Rechts i HOLTZENDORFF-KOHLER's Encykl. der Rechtsw. I (1904) sid. 103.

⁴ Recht, Naturrecht und positives Recht, 2 Aufl. (1909) sidd. 195 ff.

heter kunde förvärfvas *såväl jure gentium som jure civili*.¹ Det är också högst osannolikt, att det prætoriska ediktet, såvidt det innehöll elementer från *jus gentium*, skulle betraktats vare sig af prætorerna själf eller af folket såsom en deklarerad statsvilja eller något dylikt. Skulle då folket ha lämnat åt en embetsman att enligt sitt eget behag införa rättsgrundsatser och sålunda bestämma grundvalarna för det samhälleliga lifvet? Nej, prætorerna kunde icke enligt den gängse åskådningen skapa någon rätt.² Det enda naturliga uppfattningssättet är, att prætorerna med stöd af ansedda jurister på grund af förhållandenas makt kom att konstruera en *jus gentium* såsom en under vissa omständigheter för rättsförhållandena bestående, bindande norm. Och han förklarade sig i det prætoriska ediktet skola anse denna sin konstruktion som gällande rätt.³ Stoffet, hvarur konstruktionen skedde, synes ha varit vissa bekanta rättsbruk hos olika stammar. Från dessa uttog man gemensamma element, hvilka användning som fristående rättsatser svarade mot behovet, exempelvis traditionens förekomst vid egendomsöfverföring. Rättsbrukens essens var, menade man, dessa element. Öfriga momenter voro *accidentella* och kunde bortfalla.⁴ Folket vördade den prætoriska rättskonstruktionen, därför att den var företagen af den embetsman, som hade att förestå användningen af gällande rätt. Är det anförda riktigt, är det också meningslöst att i detta fall tala om en rättsbestämmande vilja, vare sig statens eller folkets. Det afgörande var öfvertygelsen hos rättsorganen och folket om gällande rätt i meningen af bestående regler för rättigheter och skyldigheter och för auktoritativt konstaterande af sådana regler, en öfvertygelse, som gjorde reglerna till gällande rätt i meningen af faktiskt realiserade handlingsregler utan hvarje mellankommande beslut att uppehålla dem vare sig från en abstrakt statsmakts eller folkets sida.

Förnekandet af »*jus gentium*» såsom inom ett visst område omedelbart, utan mellankommande statsvilja gällande rätt (i me-

¹ Se ställena andragna hos EHRICH, Beitr. zur Theorie der Rechtsquellen (1902) I, sid. 94.

² Se BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht (1912) sid. 31.

³ Jfr SAVIGNY, p. a. st., I, sid. 117: »Der Prætor dagegen sprach in seinem Edict nicht aus, was hinfort Recht sein sollte, sondern was er Recht ansehen und handhaben werde» och PUCHTA, p. a. st., I, sid. 40 ff.

⁴ Se MAINE, Anc. Law, sid. 44, och TÖNNIES, p. a. st., sid. 238.

ningen af handlingsregler, som faktiskt genomföras) för romerska riket har sitt enda rimliga stöd i det förhållandet, att de rättsgrundsatsen det här realiter gällde, de, som kräfdes af den ökade samfärdseln, först genom prætors *interpretation* (om vi bortse från lagstiftningen) blefvo bindande för konkreta lifsförhållanden och att denna interpretation nödvändigt blef godtycklig på grund af vagheten i de nämnda grundsatserna. Därmed synes det, blef den interpreterande myndigheten den egentligt rättssättande.¹ Nu är det emellertid att märka, att äfven lag (i modern mening) blir verkligt bindande för konkreta lifsförhållanden endast genom den interpretation, som tränger igenom. Det är *endast* denna, som blir oemotståndligt genomförd. Men därför kan ej förnekas, att äfven lagen själf i sin abstrakta karaktär är gällande rätt, så länge den verkligen binder de myndigheter, som äro auktoriserade att via interpretationen tillämpa den i särskilda fall. Då utgör den dock underlaget för regleringen af de konkreta lifsförhållandena. På samma sätt voro ock i Rom de nämnda grundsatserna såsom faktiskt bindande rättsorganen underlaget för regleringen af de konkreta lifsförhållandena.² Att de i sig själfva voro vaga, kan ju vara riktigt. Men i:o är att märka, att ej ens lag trots dess tekniskt utbildade form i allmänhet kan tillämpas utan utgående öfver det verbala innehållet genom användande af särskilda tolkningsgrunder och att den sålunda ej är tillräckligt bestämdt underlag för de konkreta lifsförhållandenas reglering. 2:o får man ej öfverdrifva vagheten hos de ifrågakommande grundsatserna. Det torde väl ej kunna förnekas, att det verkligen ges vissa rättsgrundsatsen, hvilkas användande blir nödvändigt för hvarje lifligare ekonomisk samfärdsels möjlighet, såvidt den skall hvila på principen af fri privatekonomisk verksamhet. Att den romerska rätten kunnat under århundraden fungera som en scripta ratio för olika folk, bär väl vittne härom.³

e. I detta sammanhang bör också nämnas, att till och med i den Athenska demokratiens glansdagar betraktades lagen såsom rättsligt sedt stående öfver det suveräna folket själf, äfven på det

¹ Så MOMMSEN, Römischer Staatsrecht III (1887) sid. 604 not 2.

² Jfr HILDENBRAND, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie I (1860) sidd. 608 ff.

³ Jfr SCHMÖLDER, p. a. st., sidd. 34 ff. och 92.

sättet att det ingalunda oinskränkt stod i dess fria skön att låt vara med iakttagande af laga former ändra bestående lag. Detta framgår af det förhållandet, att i fall af edlig försäkran från en medborgares sida om åtal mot förslagsställaren kunde en nyantagen lag ej träda i kraft, förrän folkdomstolen fällt *friande* dom. Åtalet kunde röra sig såväl om olaglighet (*γραφῆ παρανόμων*) som om lagens otjänlighet (*γραφῆ εἰ τις μὴ επιτήδειον νόμον γράψαιε*).¹ Ja, äfven om efter en lags antagande förslagsställarens ansvar var preskriberadt, kunde den direkt göras till föremål för rättslig pröfning och dess ikraftträdande blifva beroende af fälld friande dom genom folkdomstolen. Lagen själf är då föremål för åtal. I Demosthenes' tal mot Leptines framställes den senare tala »för lagen», fast han själf var ansvarsfri. Åklagaren föreställes föra talan mot lagen.² Öfver lagen själf dömes, om den är »tjänlig eller ej».³ Alltid skulle, om en redan antagen lag gjordes till föremål för efterföljande rättslig pröfning, utses särskilda talemän för lagen.⁴ Det är nu också af intresse, att under en viss period (med början åtminstone från slutet af 400-talet) skulle lagändringar, om man bortser från den alltid möjliga domstolspröfningen, i sista hand ske *ej* genom ecklesian utan genom en lagkommission (nomotheter) tagen ur de edsvurna domarnes krets (möjligen hörde därtill också rådet).⁵ Att det verkligen här hade en särskild betydelse, att till nomotheterna hörde edsvurna domare, framgår af det förhållandet, att förfarandet hade karaktären af en process mellan den gamla lag, som skulle upphävas, och den nya, som skulle inträda. Ecklesian skulle välja 5 försvarare af den gamla lagen gent emot den föreslagna nya.⁶ Nomotheternas beslut hade också efter Demosthenes' mening karaktären af en »dokimasi» af den nya lagen. D. v. s. den gjordes till föremål för en pröfning, ana-

¹ DEMOSTHENES, Or. 24, särsk. 710, 33, POLLUX, Onom. H, 88, SCHOEMANN-LIPSIUS, Griechische Alterthümer (1897) I, sidd. 411 och 416, BUSOLT, Die griech. Staats- und Rechtsalterthümer (1892) sid. 263.

² DEMOSTHENES, Or. 20, 477, 67.

³ P. a. st., 482, 83.

⁴ DEM. Or. 20, 501, 146 och 503, 152.

⁵ Se ex. HERMANN, Über Gesetz und Gesetzgeb. im griech. Alterth. (1849) sid. 65, SCHOEMANN-LIPSIUS, p. a. st., I, sid. 415, BUSOLT, p. a. st., sid. 265, och LIPSIUS, Das Attische Recht, II, 1 (1908) sid. 385.

⁶ DEM. Or. 24, 707, 23 och 20, 484, 89. Obs. förslagsställaren var kärke mot den gamla lagen (*γράφεται*).

log med pröfningen af valda eller genom lottning utsedda ämbetsmäns rättsliga kompetens. Att nu på detta sätt lagändringen fick karaktären af ett domslut, innebar, att lagen måste ändras efter sin egen anda, d. v. s. efter rättvisans och nyttans princip. Observera, att domarne hade efter sin domareed att, där lagen själf ej bestämmer, döma efter rättsöfvertygelse. Detta gäller enligt Demosthenes¹ särskildt, då en föreslagen lag skall pröfvas. Tager man nu vidare hänsyn till, att den nya lagen, äfven om den antogs af nomotheterna, alltid kunde komma under pröfning af formell domstol, blir det tydligt, att lagändringen ej hade karaktären af ett beslut af den högsta makten utan af en deklaration af därtill befogade myndigheter, att den gent emot den gamla har *rätt* att gälla. Det kan också sägas, att den fick karaktären af dom i en »rättsgestaltningsprocess», där den vinnande parten får sin rätt först genom domstols utslag. Men detta måste ske i enlighet med gällande rätt.

Vi ha sålunda här i befogenheterna för den myndighet, som i sista hand var bestämmande vid lagändringen, en uppenbar analogi till prætors befogenheter i Rom i afseende å jus gentium. Denne kunde genom auktoritativ interpretation af »jus gentium», h. e. de för samfärdseln nödiga rättsgrundsatserna, gifva den rättslig kraft. Men han gaf därmed endast uttryck åt sin rättsöfvertygelse, deklarerade blott, att detta enligt hans mening, som var auktoritativ, *var* gällande rätt. På liknande sätt gällde i Athen den lagändrande myndighetens åtgöranden blott såsom en auktoritativ deklarering, att en föreslagen lag *hade* rätt att gälla på grund af högsta rättsprinciper — rättvisa och nytta.²

f. Salmond³ menar sig kunna försvara viljeteoriens användande äfven i afseende å sådana mer primitiva förhållanden med, att den *formella* lagkällan, som skänker formen af lag (här = gällande rätt), alltid är »the power and will of the state» eller »the organised commonwealth». Detta gäller, hvilka än de *materiella* lagkällorna må vara. Meningen är, att *genomförandet* af en viss rätt, som är väsentligt för dess formella karaktär af gällande rätt, alltid hänger på

¹ Or. 20, 492, 18.

² Med prætors rättsliga ställning är för öfrigt att jämföra den frankiska konungadomstolens och den engelske kanslerns ursprungliga befogenheter.

³ Jurisprudence, sid. 50 ff.

statens vilja, må sedan grunderna till, att just *detta* blir genomfördt, vara hvilka som helst.¹ Men hvad menas här med »the power of the state»? Antag, att meningen är den högsta personliga makten i staten. Salmond framhåller själf², att det enligt primitiva föreställningssätt alls icke står »within the powers and functions of political rulers to change and subvert the laws at their own good pleasure». Om sådana föreställningar härska, kan ju icke den politiska maktens innehafvare finna det stå inom möjlighetens gränser att med bibehållande af sin egen rättsliga ställning underlåta att göra hvad på honom ankommer för lagarnes genomförande. Men såvidt hans makt beror af hans rättsliga ställning, hvilket väl är det normala vid konstanta samhällsordningar, kan han ju då icke fungera såsom politisk härskare utan att taga hänsyn till öfver honom stående lagar. Hvad betydelse har under sådana förhållanden härskarens vilja att upprätthålla eller icke upprätthålla lagarna? Är det denna vilja, som här skänker lagarna rättskraft, så är det också likaväl de underordnade myndigheternas vilja att lyda den öfverordnades befallningar, som skänker dessa rättskraft. Men som bekant är den underordnade myndigheten i detta afseende ofri genom den öfverordnades tvångsmakt. Men antag, att meningen är den organiserade folkkraften. Det är redan ådagalagd (se ofvan sid. 8, not), att där allmän öfvertygelse om en öfver det hela stående rätt är förhanden, verkar denna öfvertygelse dess genomförande utan hvarje mellankommande samfälld föresats att uppehålla de regler, som man fattar som gällande rätt. Alltså: vare sig man menar det ena eller det andra, är det icke statsmaktens vilja, som är grund till genomförandet af rätten, d. v. s. dess rättskraft under angifna förhållanden. Antingen består statsmakten i sin maktställning blott under förutsättning af vilja att genomföra vissa handlingsregler. Det finns då ingen före viljan gifven makt, som kunde fatta beslut i ena eller andra riktningen. Eller också är den antagna viljan endast en chimär.³

¹ Likaså LASSON, System der Rechtsphilosophie (1882) sid. 413.

² P. a. st., sid. 132.

³ Egendomlig är MAINES ställning till föreliggande fråga. Om den Anstinska vilje-maktteoriens möjlighet att använda i afseende å vissa primitiva rättsförhållanden heter det Early Instit., sid. 364: »The theory is perfectly defensible as a theory, but its practical value and the degree, in which it approximates to truth, differ greatly in different ages and countries». I

2. Men vi kunna i själfva verket utvidga den här förda argumentationen med afseende å primitiva rättsförhållanden till att gälla äfven moderna, fast här hvarken religiös rätt eller sedvanerätt eller naturrätt eller en sådan institution som *responsa prudentium* spelar en motsvarande roll. Det gäller här *lagrättens betydelse för domaren*.

a. Är den rätt, till hvilken domaren tager hänsyn, identisk med innehållet i lagstiftarens vilja? Bergbohm yttrar, att för domaren är rätten »im entscheidenden Momente immer allseitig vorherbestimmt, vollkommen lückenlos und in sich harmonisch, wenn er vorher auch noch so schwer mit der Unbestimmtheit, Lückenhaftigkeit und Disharmonie der *Rechtszeugnisse* zu ringen hatte, um die latenten Rechtssätze zutage zu fördern».¹ Alltså: »Rechtszeugnisse» kunna vara disharmoniska, obestämda och fulla af luckor; men den för domaren gifna rätten är i det afgörande momentet idealisk. Men nu äro »Rechtszeugnisse» det enda auktoritativa uttrycket för lagstiftarens vilja. Man måste då häraf draga den slutsatsen, att

sanning en något egendomlig uppfattning af, hvad som kräfvdes för en teoris »fullkomliga försvarbarhet». Men hör nu vidare, hvad som invändes mot sanningen af den: »There have been independent political communities, and indeed there would still prove to be some of them, if the world were thoroughly searched, in which the Sovereign, though possessed of irresistible power, never dreams of innovation, scilicet med afseende å rättsreglerna. Detta är ju ej bevis mot teoriens sanning. Allt synes ju likvisst hänga på suveränens vilja. Men hvarför ej ställa frågan så: Ges det icke historiskt fall, där suveränen på grund af den ideella atmosfären är absolut vanmäktig i afseende å bestående regler och därför hans »vilja» med hänsyn till dessa blir utan betydelse? Är denna fråga att besvara jakande — ingen har kraftigare visat detta än den utmärkte författaren af »Ancient Law» och »Early Institutions» — så är teorien, som gör anspråk på allmängiltighet, verkligen falsk och därmed ingalunda »perfectly defensible».

¹ Jurisprud. und Rechtsphil. (1892) sid. 384 not; jfr sidd. 375 och 391. Jfr SCHLOSSMANN, Der Vertrag (1876) sid. 172, SALOMON, Das Problem der Rechtsbegriffe (1907) sid. 65, KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus (1911) sidd. 48 ff., BRUNS-ECK-MITTELS, Pandektenlehre i HOLTZENDORFF-KOHLERS Encykl. der Rechtsw. I (1904) sid. 304, NAGLER, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (1911) sidd. 89—90 och den utmärkt klara framställningen hos RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphil. (1914) sidd. 187 ff.

den för domaren gällande rätten ej kan vara identisk med innehållet i lagstiftarens vilja, såsom Bergbohm själf dock menar.¹

Skulle domaren verkligen ha att i hvarje fall utfundera lagstiftarens verkliga mening med ifrågakommande uttryck, kan man befara, att han får ett sisyfusbete. Särskildt är detta i ögonen fallande, om lagstiftaren är en korporation. Ingenting alls hindrar, att till den bestämmande majoriteten af korporationen höra medlemmar, som ha alldeles olika syften med en lags antagande. Ja, är det otänkbart, att en eller annan icke haft någon mening alls om lagens innebörd i särskilda punkter?² Naturligtvis går det ju alltid för sig till en viss grad att genom historiska undersökningar, däri inbegripet ren textundersökning, få kännedom om den mening med lagen, som lagförslagets upphofsman eller upphofsmän eller ett förberedande utskott eller enskilda inflytelserika medlemmar af den lagstiftande korporationen hade. Dock äfven detta blott i viss grad. Att märka är alltid, att ofta lagstiftningen har sitt underlag i rättföreställningar hos särskilda sociala klasser, som ge uttryck åt deras intressen. Dessa föreställningar, som påverka de i lagstiftningsarbetet deltagande, ha icke alltid den nödiga klarheten, instinktivt framkomna som de äro. Härtill kommer, att lagstiftningen ofta under moderna förhållanden ger uttryck åt en kompromiss mellan motsatta rättsföreställningar och därmed blir i afsaknad af en enhetlig tankeriktning.³ Emellertid äro ej heller de resultat, som på

¹ WURZEL tillspetsar (Das juristische Denken [1904] sid. 26) den vanliga motsägelsen hos positivisterna i föreliggande fråga så, att den positiva rätten säges ha luckor, men dessa äro med positiv rätt att fylla.

² Jfr HAGSTRÖMER, Svensk straffrätt (1905) I, sid. 45, BÜLOW, Gesetz und Richteramt (1885) sid. 35, och SCHMITT, Gesetz und Urteil (1912) sidd. 22 ff. Anförda förhållanden lämnas alldeles ur räkningen af exempelvis WINDSCHEID, Pandekt. I, 7 uppl., sidd. 51 ff., BIERLING, Jur. Prinzipienlehre IV (1911) sidd. 197 ff., W. JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung (1913) sid. 139 ff. och HERRFAHRDT, Lücken im Recht (1915) sidd. 46 ff. De sistnämnda betrakta »lagstiftaren» såsom en enhetlig historiskt gifven person, hvars innersta afsikter äro att vid laganvändning efter historisk metod utforska. HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914) sidd. 13 ff., 59 ff. och 64 ff. tror sig bemästra svårigheterna genom hänvisningen till— »rättsgemenskapen» ss. lagstiftare, som om dess intressen bestämde hvarje lag.

³ Se RUMPF, Gesetz und Richter (1906) sid. 108 och MERKEL, Jur. Enzykl., 5 Aufl. (1913) sid. 55.

den angifna vägen kunna vinnas, tillfredsställande, såvidt det gäller den verkliga korporative lagstiftarens mening. Denna behöfver på intet sätt vara identisk med vare sig lagkommissioners, utskotts eller enskilda medlemmars sätt att se saken. Det är därför oriktigt, om man betecknar en tolkningsmetod, som är historisk i den angifna meningen, såsom innebärande ett sätt att utforska lagstiftarens vilja. Liknande svårigheter yttra sig emellertid äfven, när lagstiftare är monarken ensam, åtminstone såvidt det gäller nutida komplicerade lagsystem. Huru skulle det vara möjligt, att exempelvis den ryske kejsaren ägde en klar föreställning om innebörden i alla detaljer af de lagförslag, som han gör till gällande lagar? Ett utforskande af ett lagförslags motiver hos lagkommissioner o. d. ger ej heller här verklig kändedom om lagstiftarens vilja.¹

Men med bortseende härifrån blir en sådan tolkningsmetod otillräcklig, såvidt det gäller finna nyckeln för lagens tillämpning i alla föreliggande fall, hvilkas allmänna möjlighet ej vid lagens antagande kunnat förutses, men hvilka dock måste efter lagen af dömas. Härtill kommer, att det vid lagutläggningen alltid måste tagas hänsyn till rättsordningen i det hela. Det är alls icke sagdt, att vid sammanställningen af de särskilda bestämmelserna verklig ett samstämmigt helt kommer till stånd genom hänsyntagande till de s. k. lagmotiverna. Redan på grund häraf blir det alltid nödvändigt att både inskränka och fullständiga den nämnda tolkningsmetoden genom en mera objektiv. Man söker den särskilda bestämmelsens s. k. förnuftiga mening², d. v. s. i verkligheten den mening, som den skulle ha under förutsättning af en (enligt den utläggandes uppfattning) förständig *samtida* lagstiftare, som klart öfverskådar de

¹ Se WURZEL, p. a. st., sidd. 48 ff., där kontroversen i den juridiska litteraturen om betydelsen af »lagstiftarens vilja» är behandlad, BÜLOW, p. a. st., sidd. 48 ff., och WÜSTENDÖRFER, Zur Hermeneutik der soziol. Rechtsfindungstheorie, Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphil. IX, 3, sidd. 307 ff.

² Ett symptomatiskt uttryck härför är den s. k. objektiva utläggningsteorien, representerad af sådana namn som KOHLER, BINDING och WACH. Lagar äro att utlägga »nach der Vernunft der Sache». »Die geschichtliche Auslegung ist völlig wertlos» (KOHLER). Jfr RADBRUCH, p. a. st., sid. 190 och REICHEL, Gesetz und Richterspruch (1915) sid. 71. Den objektiva utläggningsteorien skall också efter RUMPF, p. a. st., sid. 120 vara den inom litteraturen härskande.

olika typiska användningsmöjligheterna.¹ Att härvid allehanda moraliska, ekonomiska och socialpolitiska värdesynpunkter måste göra sig gällande, är naturligt.² Emellertid för rättssäkerhetens intresse med sig en sträfvan mot samstämmighet i domstolarnas utläggningsresultat.³ Därmed bli den utläggnings subjektiva tendenser med afseende å värdebedömningen hämmade och ett *visst* värderingssätt blir det rådande och framstår som det riktiga. Att därvid den socialt öfverlägsna klassens värderingssätt måste få stor betydelse är uppenbart.⁴ Vidare måste den ena bestämmelsen sammanställas med den andra och användas till dess tolkning — detta utan hänsyn till lagstiftarens identitet eller samstämmigheten mellan de i hvarje fall lagen framdrifvande motiven.⁵ På detta sätt bildas på basen af *in abstracto* efter ordalydelsen möjliga tolkningar af de särskilda bestämmelserna (med tillhjälp af den som historisk betraktade tolkningsmetoden, där denna är möjlig använda) ett rättssystem, som domaren lägger till grund.⁶

¹ Om lagstiftarens presumerade förstånd i modern juridik se STERNBERG, Einführung in die Rechtswissenschaft (1912) sid. 134. Jfr STAMMLER Theorie der Rechtswissenschaft (1911) sid. 609, KAUFMANN, p. a. st., sid. 86, BINDING, Handbuch des Strafrechts I, sid. 455 ff. och REICHEL, p. a. st., sid. 76.

² Klara framställningar häraf hos G. RÜMELIN, Werturteile und Willensentscheidungen (1891) WURZEL p. a. st., och RUMPF, p. a. st.

³ Se SCHMITT, p. a. st., sidd. 71 ff.

⁴ Jfr SPIEGEL, Gesetz und Recht (1913) sid. 61.

⁵ WURZEL säger, p. a. st., sid. 54: »Kein Jurist nimmt daran Anstoss ein Gesetz durch ein ganz beliebiges anderes, mag dasselbe von ganz anderen Personen und aus anderen Zeiten herrühren, zu erläutern, zu konstruieren, ohne auch nur den Schein eines Beweises zu verlangen, dass der Gesetzgeber, der das zu erläuternde Gesetz erliess, sich damals das andere vor Augen hielt». — Om sättet för lagkollisioners lösning genom »Rechtsfortbildung» från domarens sida se HECK, p. a. st., sid. 179.

⁶ Enligt SALEILLES är utläggningskonsten att bestämma som »eine Gesetzanwendungslehre, die sich im Einklang hält mit dem Entstehungszweck, mit der Anpassung an die Bedürfnisse der Gegenwart und mit einer allgemeinen Stellungnahme zu den gesammten Lebensbeziehungen der Zukunft». Citat efter JUNG, Das Problem des natürlichen Rechts (1912) sid. 6. Hänsyntagandet till sociala behov vid utläggningen framhåfves ofta som det riktiga i modern jurisprudence, se ex. HECK, p. a. st., sidd. 278 ff. (KOHLERS och WÜSTEN-DÖRFERS sociologiska teorier refereras), STERNBERG, p. a. st., sid. 124, KRÜCKMANN, Einführung in das Recht, sid. 149 och de af REICHEL, p. a. st., sid. 78, gifna citaten. — Af de tre varandra fullständigande metoderna för laginter-

Där detta system, äfven fullständigadt med vanerätt, visar sig otillräckligt vid rättstillämpningen, tager man till hjälp den alltid teleologiskt bestämda laganalogien¹, »lagens ande» (rätts-

pretation, som användas i modern juridik, den grammatiska, »logiska» och historiska (den sistnämnda hänförande sig till en rättsinstitutions utveckling), se ex. MAKAREWICZ, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, sid. 21, kan endast den första betraktas som stående i närmare samband med utredningen af lagstiftarens verkliga vilja. Att särskildt den i alla tider brukade »logiska» utläggningen (enligt RUMPF, p. a. st., sid. 138 = utläggning »nach inneren Gründen» inneslutande den systematiska) ingalunda hänför sig till »lagstiftarens vilja», kraftigt påpekadt af SCHLOSSMANN i uppsatsen Der Irrthum etc. i O. FISCHERS Abhandlungen zum Privatr. und Zivilpr. Bd. 9 (1903).

¹ Det må så vara, att man vid analogiens användande i rättstillämpningen under förment kännedom om den rättssättande viljans syften tror sig veta, att den, om den haft för sig föreliggande fall, skulle rättsligt behandlat det på samma sätt som vissa andra fall. Nu har detta dock icke skett. Ingen sådan genom befallning eller förklaring af sitt innehåll verksam lagstiftarevilja föreligger verkligen. När ändock analogien användes vid rättstillämpningen, innebär detta, att man ej lägger till grund den bestämda ordning, som lagstiftaren verkligen afsett att genomföra, utan de ändamål, som varit bestämmande för denna afsikt. Man går sålunda utanför den konkreta afsikt, lagstiftaren haft vid sin beslutsfattning. Emellertid går man, om lagstiftaren själf ej vetat af någon lucka, ej blott utanför den konkreta afsikten, utan man kommer också i strid därmed. Ty den betyder såsom sådan, att lagstiftaren, som ej tänkt på föreliggande fall, bestämmes till beslutet af idéen om ifrågavarande reglerings genomförande såsom ledande till det önskade resultatet — en viss rättstankes häfdande. Denna idé såsom bestämmande beslutet är den konkreta afsikten. För att vara i öfverensstämmelse med lagstiftarens vilja borde nu domaren själf handla bestämd af denna idé. Men försävidt han dömer efter analogi, beror detta i sådant fall på *afböjande* af den idé, som för lagstiftaren är den konkreta afsikten. Ex. den gamla tyska handelslagen bestämde, att ett anbud, afgifvet till närvarande person, skulle gälla som afböjt, om det icke omedelbart antogs, under det att ett anbud till frånvarande person skulle gälla inom viss tidsfrist. Emellertid kom anbud medelst telefon — ett fall, hvarpå lagen ej kunnat tänka — att behandlas, som om anbudsmottagaren varit närvarande, genom analog användning af den i sådant fall gällande bestämmelsen. Se ZITELMANN, Lücken im Recht (1903) sidd. 10—11. Lagstiftarens konkreta afsikt, som bestämde hans förfarande, måste anses ha varit gifven med den tanken, att en sådan reglering skulle medföra, låt oss säga ett tillbörligt tillgodoseende af båda parternas intressen med afseende å anbudets giltighetstid. Men just denna tanke framstår för domaren på grund af det för lagstiftaren i sin allmänna karaktär obekanta fallets inträdande såsom oriktig. Den förre har sålunda med analogiens användande afböjt lagstiftarens konkreta afsikt, men i stället varit bestämd af hans ändamål. Naturligtvis skulle

analogi), »sakens natur», rättvisa och billighet såsom särskilda rättskällor, hvarmed oberoendet af lagstiftarens vilja, såvidt den är objektivt konstaterbar, blir ännu uppenbarare. — Men äfven där

domaren i sådana fall, sedan en gång lagstiftarens error in motivis är insedd, å andra sidan genom att underlåta analogiens användande alls icke komma i öfverensstämmelse med dennes konkreta afsikt vid beslutet. Ty han skulle ju då fasthålla vid regleringens inskränkta omfattning under medvetande om, att detta leder i motsatt riktning mot det af lagstiftaren satta målet. — BERLING säger Jur. Prinzipienlehre IV, sid. 383, om rättsluckan, att en sådan kan anses förefintlig, blott om de bestående normerna »der allgemeinen, auf Regelung bestimmter Rechtsverhältnisse oder Gruppen von Rechtsverhältnissen gerichteten Intention des Rechts nicht vollständig genügen». Då nu analogien som sådan är ett medel till fyllande af rättsluckor, går den ut på ett bättre tillgodoseende af »rättens intention» vid vissa regleringar. — Se vidare om modern uppfattning af analogien RUMPF, p. a. st., sid. 147, OERTMANN, Gesetzeszwang und Richterfreiheit (1909) sid. 27, och HERRFAHRDT, p. a. st., sid. 44. Då OERTMANN i detta sammanhang, sid. 28, talar om lagstiftarens »Werturteile» såsom »objektiv geltende Rechtssätze» (samma tankegång i HECK's omnämnda skrift Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz liksom hos MÜLLER ERZBACH, Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle [1913] sidd. 12 ff.), är viljeteorien aflägsnad, efter hvilken endast lagstiftarens konkreta afsikt vid beslutsfattningen har rättskraft. (Inses af HERRFAHRDT, p. a. st., sidd. 38 ff.) FALK's försök, Die Analogie im Recht (1906) sidd. 52 ff., att med afseende å analogiens rättskraft bibehålla viljeteorien genom hänvisning till en bakom statsviljan liggande »Wille der Rechtsgemeinschaft» hvilat på en mystifikation. — SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, I, sid. 292, yttrar: »Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine blos logische Konsequenz wie das reine Verhältnis zwischen Grund und Folge (I själfva verket är den juridiska analogien aldrig rent logisk bevisning på viljeteoriens bas; den rättstanke, som härledes ur en särskild eller särskilda rättssatser såsom deras ratio, har rent logiskt icke större tillämpningsområde än underlaget för dess härledning, därför att den hvarken själf är en rättssats, ej heller en orsak, hvarur rättssatser med nödvändighet framgå, utan blott bestämningsgrund hos människor för skapande af rättssatser; därmed blir all härledning af nya rättssatser därur absurd — allt ur viljeteoriens synpunkt. Detta förbises af dem, som betrakta analogien i rättsanvändningen såsom bindande slut, ex. BINDING, p. a. st., sidd. 214 ff., KIERULFF, Die Theorie des gemeinen Civilrechts (1839) sidd. 25 ff. Jfr FALK, p. a. st., sidd. 48 ff. och WÜSTEN-DÖRFER, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. IX, 3, sidd. 291) sondern zugleich eine organische, die aus der Gesamtschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht». Innebörden af detta blir, om man tager hänsyn till, att rättens organiska karaktär enligt SAVIGNY är bestämd af folkanden såsom skänkande den en teleologisk enhet, att ana-

det genom historisk och objektiv tolkning af de särskilda rättsbestämmelserna vunna systemet verkligen afger en norm för rättsanvändningen, d. v. s. öfversats för subsumtionen af ett rättsfall, händer det, att man använder nyssnämnda rättskällor. Detta sker, om den regelrätta subsumtionen skulle leda till resultat, som komma i alltför stark konflikt med vissa sedliga, ekonomiska eller allmänt sociala värden eller med rättfärdighets- och billighetskraf. Särskildt blir här af betydelse den principen, att den ur lagstiftarens eller blott lagtolkarens synpunkt uppenbara rättsgrunden för behandlingen af ett fall på visst sätt också bör göras gällande i ett annat fall, där den är lika tillämplig.¹ Då föreligger, hvad Zitelmans kallat »oäkta luckor» i lagen, d. v. s. man använder, äfven där förblifvandet inom den regulära lagtolkningens ram ej tillåter mer än ett förfarande, de rättskällor, som principiellt gälla blott som utfyllare af veritabla luckor i lagen.²

logien i juridiken innebär användande af teleologiska synpunkter. Oklarhet hos SAVIGNY i afseende å skiljandet mellan formallogiska och teleologiska synpunkter vid analogiens användande påklagad af WÜSTENDÖRFER, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. IX, 2, sid. 179.

Realiter förhåller det sig emellertid ofta knappt så, att man med fog kan uttala sig om syftena hos lagutkastets upphofsmän. Än mindre kan detta ske i fråga om den *verkliga* lagstiftarens syften, allra minst om den högst konfyse folkandens. Analogiens användande blir då också ofta bestämdt af domarens egen värdeafgörelse, af hans egna ändamål. Han låter denna afgörelse spela rollen af rättsgrund (ratio) till den verkligt gifna regleringen af bestämda fall och tillämpar den samma på andra, som äro att subsumera under den med värdeafgörelsen gifna regeln. Därmed får han en norm, hvarmed han kan bestämma likheten mellan särskilda »Thatbestände» såsom rättsligt väsentlig, resp. olikheten som oväsentlig. Detta är också starkt framhållet af särskildt den s. k. frirättsliga skolan, se ex. RUMPF, p. a. st., sid. 147, SCHMITT, p. a. st., sid. 12, och WÜSTENDÖRFER, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. IX, 2, sid. 179, jfr STARK, Die Analyse des Rechts (1916) sid. 122.

¹ Se ZITELMANN, p. a. st., sidd. 10 ff. och rättsfall anförda hos RUMPF, p. a. st., sidd. 71 III a) och 75 ff., IV a) och IV b), HECK, p. a. st., sidd. 173 ff. och REICHEL, p. a. st., sidd. 113 ff.

² Se härom ZITELMANN, p. a. st., HERRFAHRDT, p. a. st., och WÜSTENDÖRFER, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil., IX, 3, sid. 301. — Vid detta slags luckor äro två fall möjliga. *Antingen* finns öfverhufvud ej någon till fallet sig hänförande reglering och dock *kan* ett afgörande ske inom ramen af gifven reglering genom förklaring, att ifrågakommande »Thatbestand» ej har någon rättsföljd. Men ett sådant afgörande finner man stridande mot lagstiftarens syfte. *Eller* också finns formaliter en sådan reglering, fast man tror

Under sådana förhållanden blir det naturligt, att rättsdoktrinen får ett säreget inflytande på rättstillämpningen. Den blir icke *blott* vägledande på det sättet, att den gifver den mest auten-

sig veta, att lagstiftaren, om han tänkt på fallet, skulle ha gjort ett undantag för detta. Se exempel hos ZITELMANN, p. a. st., sid. 10, hos REICHEL, p. a. st., sidd. 115 h) och 121 a) och principuttalanden af tyska riksdomstolen hos FALK, p. a. st., sid. 8. Man talar i senare fallet om en »inskränkande utläggning». Alldeles med orätt, om med utläggning är att förstå bestämmande af lagstiftarens verkliga mening med bestämmelsen — tanken, som ligger bakom orden. Då han här, lät vara på grund af förbiseende af fallet, ej *har* stipulerat något undantag, måste han ha afsett, att regeln skulle gälla allmänt. »Inskränkande» liksom »utvidgande» utläggning kan komma i fråga, blott om ett oriktigt uttryckssätt har blifvit användt, som sålunda ej täcker den verkliga meningen. Men konstaterandet af en saklig villfarelse — här antagandet, att den häfdade rättstanken på detta sätt blir genomförd — rör ej frågan om, hvad lagstiftaren tänkt vid orden. — Emellertid är härvid att märka, att, trots att i sådana fall afgörandet kan ske inom ramen af gifven reglering, och på det sättet blott oäkta luckor kunna sägas föreligga, kunna de dock ur en annan synpunkt betecknas som äkta. Alltid förutsätter man därvid, att »lagstiftaren», hvarmed man egentligen menar lagförslagets upphofsmän, vid sin reglering ej tänkt på föreliggande fall, hvarför det alls icke är säkert, att man, om man afgör fallet med användning af gifna regler, verkligen kommer i öfverensstämmelse med lagstiftarens verkliga afsikt. Särskildt gäller detta, om fallet endast på det sättet låter sig afgöra, att i förhandenvarande reglering den af kåranden krädda rättsföljden ej kan inträda, emedan det gifna »Thatbestand» icke i denna har någon rättsföljd alls. Af bristen på reglering kan ej slutas till, att »lagstiftarens» syfte icke blir illa tillgodosedt, om man så afgör fallet. Det är emellertid klart, att på det sättet den möjliga storheten af luckornas omfattning blir obegränsad, då det särskilda rättsfallet alltid har vissa säregna bestämdheter, på hvilka »lagstiftaren» ej kan ha tänkt, och därmed dess afdömande inom ramen af gifven reglering kan skänka ett mot hans syfte stridigt resultat (jfr STARK, p. a. st., sid. 402). Gränser för luckornas omfattning måste då godtyckligt sättas. Endast vid alltför skarpt framträdande afvikelse från lagstiftarens syfte, i fall af afgörelse inom ramen af gifven reglering, antas en verklig lucka vara förhanden. I realiteten betyder detta med hänsyn till svårigheten att känna »lagstiftarens» syften, att graden af stötande af lagtolkarens värdekänslor blir bestämmande. Emellertid har BIERLING, p. a. st., sidd. 384 ff., jfr REUTERSKIÖLD, Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran (1908) sid. 92, principiellt sedt rätt, då han riktar en sådan invändning som den här framställda mot ZITELMANN's beteckningssätt. Men han förbiser, att beteckningen af luckorna såsom oäkta ur en *viss* synpunkt kan vara riktig. Hvad det ena fallet angår — ingen rättsföljd alls är i gifven reglering knuten vid ett visst »Thatbestand», oaktadt en sådan med hänsyn till »lagstiftarens» syften borde vara därmed förbunden — kan domaren anse sig

tiska framställningen af innehållet i »lagstiftarens vilja». Om vid systematiseringen af rätten och utfyllandet af »äkta» och »oäkta» luckor i lagen alltid värdeafvägningar blifva nödiga, kan ej heller rättsdoktrinen fortgå utan sådana. Att härskande riktningar inom densamma i detta afseende måste spela en stor roll, då den presterar en grundläggande systematisering och en principenlig luckutfyllning, hvilket domaren alltid behöfver för en konsekvent rättstillämpning, är förståeligt.¹ — Härtill fogar sig den betydelse, som rättspraxis af naturliga skäl erhåller — till stor nytta för rättssäkerheten — framför allt, »wo die Inhalte der Entscheidungsgründe zurücktreten vor dem Bedürfnis überhaupt eine Entscheidung zu haben».² Huru starkt detta inflytande kan vara, äfven vid konstaterbar motstridighet mot »lagstiftarens vilja», framgår kanske bäst af följande sats hos Krücmann³, som väl mången jurist skulle vilja underskrifva: ». . . es ist grober Unfug, nach langen Jahrzehnten in zufällig aufgefundenen Notizen nachzuweisen, dass eine gefestigte Auslegung eines bestimmten Satzes unrichtig sei, der Satz vielmehr

vara utan bemyndigande att själf i afgörandet knyta en rättsföljd därvid. Hvad det andra fallet angår — en gifven reglerings direkta användande i ett visst fall kommer i strid med »lagstiftarens» syften — så kan alltid framhållas, att denne, låt vara på grund af förbiseende, icke gjort något undantag för fallet utan menat, att regeln skall gälla allmänt. Någon lucka att utfylla af domaren finns då icke i någotdera fallet. — HERRFAHRDT, p. a. st., sidd. 20 ff., häfdar för att undgå den nyssnämnda gränslösheten i luckornas omfattning, som gifvetvis skulle innebära den största fara för rättssäkerheten, att »oäkta» luckor äro att antaga, ej efter det måttet, att lagstiftaren skulle, om han känt fallet, gifvit en tillfredsställande reglering, utan efter det, att lagstiftaren skulle under den otillfredsställande regleringens bestånd gilla ett särskildt afdömande af fallet. Naturligtvis kan detta, då lagstiftaren här ej hypotetiskt tänkes fullständiga lagen, ej uppfattas på annat sätt än så, att den särskilda behandlingen af fallet — rebus sic stantibus — skulle vid hans kännedom därom vara i öfverensstämmelse med hans önsknings. Att han såsom lagstiftare vid kännedom om fallet skulle afge en befallning eller viljedeklaration, utan att denna blefve lag för hvarje sådant fall, är ju otänkbart. Därmed blir ju då afståndet från viljeteorien än mera öppet. Det skulle ej ens vara fråga om en hypotetisk vilja såsom mått för luckornas omfattning, utan blott om en hypotetisk önskan.

¹ Jfr REGELSBERGER, Pand. I, sid. 87.

² SCHMITT, p. a. st., sid. 107.

³ P. a. st., sid. 150, hvartill jfr DERNBURG, Pandekten 3 Aufl. (1894) I, sid. 65, och REGELSBERGER, p. a. st., sidd. 108 f.

ursprünglich eine andere Bedeutung gehabt habe und jetzt anders auszulegen sei als alle die Jahrzehnte vorher». (Mera härom straxt i annat sammanhang.)¹

Det är nu också med hänsyn tagen till det komplicerade nät af faktorer, som göra sig gällande vid rättstillämpningen, där i själfva verket konstateringen af lagstiftarens faktiska vilja spelar en underordnad roll, ej förunderligt, att man karakteriserat den som »Kunst nicht Kunde».²

b. Emellertid kunde möjligen domarens ställning vid ämbetsutöfningen vara att fatta så, att hans vilja inom laguttryckens ram såsom ursprunglig eller delegerad rättsmakt är själfständigt bestämmande. Han vore då såsom utöfvare af domsfunktioner i besittning af en makt, som endast däri skiljer sig från lagstiftningsmakten, att den vore en makt att bestämma gällande rätt blott för ett särskildt föreliggande fall. Den egentlige lagstiftaren fastställde genom laguttrycken den allmänna basen för domarens kasuella rättssättning. Men på denna bas rörde han sig fritt utläggande och utfyllande i enlighet med principer, som han själf bestämde.³ I sådant fall vore frågan om möjlig brist på identitet mellan lagstif-

¹ BERNHÖFT framhåller (Das bürgerliche Recht i v. BIRKMEYER, Enc. der Rechtsw. (1912) sid. 370, att äfven i modärna förhållanden sedvanerätten såsom primär rättskälla ingalunda spelar en underordnad roll. Man misskänner, säger han, »dass zu einem jeden Gesetz, sobald es in thatsächlicher Übung ist, notwendig gewohnheitsrechtliche Bildungen und zwar von weittragender Bedeutung hinzutreten». Liksom i Rom »wird auch heute durch die Bearbeitung in Wissenschaft und Rechtspflege, durch Anschauungen und Gebräuche des Volkes ein jedes Gesetz erklärt, ergänzt und abgeändert». »Ein jedes Gesetz bildet den Mittelpunkt für eine unbegrenzte Anzahl gewohnheitsrechtlicher Ansätze und wird lediglich durch diese den gegenwärtigen und künftigen Bedürfnissen in der Weise, wie es erforderlich ist, angepasst». Här till är endast att anmärka, att begreppet »Gewohnheitsrecht» här är fattadt alldeles för vidt, då det kommer att betyda all rätt som tillkommer genom utom-lagliga faktorer. All sådan rätt behöfver ju ingalunda hvila på sed. — SPIEGEL p. a. st., sidd. 18 och 30—31, jfr sidd. 57 ff. och där andragna exempel, ställer riktigare »das ungesetzte Recht» gent emot »das gesetzte Recht» såsom öfvande inflytande på dess utläggning.

² Exempel: PFAFF-HOFFMAN (Cit. WURZEL, p. a. st., sid. 28) och BEKKER, Grundbegriffe des Rechts etc., sid. 194.

³ Så BÜLOW, p. a. st., sidd. 40—41 och KISS, Billigkeit und Recht, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. III, 4, sid. 547. (Den senare med ej fullt tydligt uttryckssätt.)

tarens vilja och den för domaren gällande rätten betydelselös för undersökningen af viljeteoriens hållbarhet. *Domarens* vilja inträdde då i stället för *lagstiftarens*. Den förre hade då visserligen öfver sig en gällande rätt så tillvida, att laguttrycken angafve ramen för hans verksamhet. Men denna rätt skulle då kunna fattas som blott lagstiftarens vilja, att domaren håller sig inom uttryckens ram, och för öfrigt finnes ingen för honom i domarämbetet gällande rätt. Men hans egen vilja bestämde för fallet gällande rätt. Ingenting hindrade ur denna synpunkt att betrakta rätten såsom ett på visst sätt uttryckt viljeinnehåll.

Först är nu härvid att afgöra, hvilken ställning den allmänna rättsåskådningen intager i detta afseende. Det är ju klart, att laga kraft vunnem dom, vare sig materiellt riktig eller ej, verkligen enligt positiv rätt bestämmer gällande rätt för fallet. Vidare är det ej alls uteslutet, att prejudikat få *rättslig* betydelse för efterföljande fall. Så är ju förhållandet i vissa afseenden i England. Men därom är det icke här fråga. Utan frågan gäller, om domaren efter allmän rättsåskådning anses befogad att, när han står inför ett rättsfall, själfständigt inom laguttryckets ram genom fri utläggning och utfyllning af äkta eller oäkta luckor bestämma sättet för fallets bedömning. Denna befogenhet kan han sakna och likvisst kan det vara så, att laga kraft vunnem dom får rättslig giltighet både för detta fall och för efterföljande liknande fall utan hänsyn till, om domaren i detta afseende öfverskridit gränserna för sin befogenhet. Om frågan ställes så, kan ej gärna svaret blifva mer än ett. JUNG¹ påvisar, att om domaren vid föreliggande tvist förpliktar den ena eller andra parten till viss prestation eller dömer honom att afstå från en fördel, förutsattes därvid, att förpliktelsen framgår på objektivt sätt ur de gifna förhållandena. Annars skulle den förlorande parten känna sig helt enkelt plundrad på något till fördel för den andra. Lagstiftaren *reglerar* framtida lifsförhållanden, domaren *bedömer* förflutna. Observera härvid grundsatsen: *res judicata pro veritate accipitur*. »Veritas» rör här ej blott rättsfakta utan äfven rättens riktiga användning.² Ehuru väl prætorerna i Rom var verkligt

¹ Probl. des natürl. Rechts, sidd. 44—45.

² Jfr KLEINFELLER, Gesetz und Rechtsspruch (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. I, 2, sid. 204) KRÜCKMANN, p. a. st., sid. 95 och REICHEL, p. a. st., sid. 109.

rättsskapande såväl i afseende å jus gentium som æquitas, betraktades han dock och betraktade han sig själf blott som befogad att utsäga, hvad som är gällande rätt.¹ Ej ens den »frirättsliga» skolan, som kräfver större frihet för domaren att äfven gent emot lag taga hänsyn till billighetskraf, häfdar, att domaren bör få på något sätt afgöra det föreliggande fallet efter sina önskningsar. Domen skall vara sådan, att den ger uttryck åt ett för hvar och en med tillräcklig rättsbildning och kunskap om fallet öppet billighetskraf. D. v. s. billigheten själf skall vara en objektivt bestämbar rätt för fallet, hvaraf domaren är bunden. Och det är väl otvifvelaktigt, att ej blott när domaren under för handen varande förhållanden utlägger lagen efter värdeafvägningar utan äfven när han utfyller den eller till och med dömer contra legem, betraktar han sig som förfarande efter objektivt giltiga normer.²

Det starka patos, hvarmed krafvet på domens rättvisa, d. v. s. utsägende af objektivt föreliggande rättigheter och skyldigheter, gör sig gällande, har sina rötter långt tillbaka i civilisationens historia. Efter allt att döma hade hos greker, romare och germaner domaren ursprungligen karaktären af en skiljedomare, som parterna fritt underordnade sig.³ Han hade att med ideella medel utöfva fredsfunktioner, innan ännu staten hade utbildat sig till den fasta freden med yttre medel uppehållande makten. De äldsta grekiska lagstiftarne voro sådana, framför allt med ideella medel fredsstiftande skiljedomare mellan stridande klasser och betecknades också som aisymneter (hos Homerus = stridsdomare).⁴ Den af muserna ärade konungen utmärker sig enligt Hesiodus ej genom sin makt utan genom sin förmåga att »kunnigt rättskipande» bringa »äfven en stor tvist» till slut, tilltalande de stridande med »mjuka ord» (μαλακοῖσι ἐπέεσσιν) och väckande hos dem kärleksfull vördnad.⁵

¹ Se ofvan sid. 11.

² Enligt SCHMÖLDER, Die Billigkeit als Grundl. des bürgerl. Rechts, sid. 32, som förfäktar en friare rättstillämpning hör billigheten själf till rätten. Ty »wenn sie nicht zum Rechte gehörte, wäre es am Platze, ihr jeden Einfluss auf das richterliche Urteil zu versagen. Denn das richterliche Urtheil soll das Recht wiedergeben und weiter nichts», jfr sid. 45.

³ Se WILUTZKY, Vorgesch. des Rechts, sidd. 126 ff., och IHERING, Geist. des röm. Rechts I, sid. 167.

⁴ SHOEMANN-LIPSUS, Griech. Alterth. I, sid. 162.

⁵ THEOGONI, v. 81 ff.

Proceduren vid legis actio sacramenti i Rom synes vara en dramatisk framställning af primitiv fredsstiftning genom en »vir pietate gravis», som uppträder som skiljedomare under pågående kamp.¹ Litis contestatio — processöppningen — var ju också ursprungligen ett ömsesidigt antagande af den inför prætorin utsedde domaren, som sålunda primärt var skiljedomare.² Såvidt processen rörde sig om rättskränkningar, möjliga att sona, afsåg den hos germanerna att i stället för strid åstadkomma ett försoningsaftal.³ På hvad sätt kunde nu denna fredsfunktion med ideella medel utöfvas, om ej så, att domaren framträdde som kunnig i en *objektiv* norm för rättigheter och skyldigheter, som stod öfver båda parterna, och villig att tillämpa den på föreliggande fall utan mannamån? Blott förtroendet till domarens kunskap⁴ i detta afseende och vilja att säga sanningen, *blott* sanningen, kunde skänka honom den ideella makt, som behöfdes för fredsstiftningen. Med det sociala fredsbehovet blef då från begynnelsen oskiljaktigt förbundet det krafvet, att den, som påtar sig domarefunktioner, ställer sig liksom midt emellan de stridande utan att ensidigt hjälpa någon⁵, sägande den objektiva sanningen om, huru striden är att bringa till slut utan att någon beröfvas, hvad honom tillkommer. Detta gaf den af Homerus och Hesiodus så högt prisade *ἰθεῖα δίκη*, den rätlinjiga domen, som är ett med sanningen i afseende å fallet.⁶

Men ännu har domaren samma funktion att stiffta fred med ideella medel, fast i och med statsordningens befastande den ordinarie domens realisation är tryggad genom yttre medel. Han är för att tala med Merkel *ej blott* organ för rätten som makt utan äfven för rätten såsom lära om rättigheter och skyldigheter. Förtroendet för att domaren i rättstvister verkligen sanningsenligt utsäger den öfver parterna stående objektiva normen för rättigheter och skyldigheter i dess tillämpning på fallet är ännu en af hörnstenarna för

¹ Se MAINE, Early Instit., sid. 253.

² DERNBURG, p. a. st., sid. 186, NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) sid. 27, och KIERULFF, p. a. st., sid. 43(1).

³ BRUNNER, Deutsche Rechtsgesch. I, sid. 253.

⁴ Obs! hos Homerus heter skiljedomare *ἴστωρ* = den kunnige, se ex. II. 18, v. 501 och 23, v. 486.

⁵ *ἔς μέσον ἀμφοτέρωσι δικάζετε. μηδ' ἐπ' ἀρωγῆ.* II. 23, v. 574.

⁶ HIRZEL, Themis, Dike und Verwandtes [1907] sidd. 95 ff. och 108 ff. Om »domfinnarne» hos germanerna såsom skyldiga att »sägga sanningen» se ofvan sid. 4

den sociala freden. Däraf till stor del styrkan hos krafvet därpå, fast naturligen, då domaren representerar en ofrånkomlig yttre makt, har tillkommit en rättskänslans reaktion mot hvad som ter sig som rent våld.¹

Men om domaren efter den allmänna rättsåskådningen är förpliktad att i domen utsäga den objektiva rätten själf i dess tillämpning på föreliggande fall, blir han också verkligen bunden: både genom sin egen och allmänhetens rättsföreställning. Det blir då också orimligt att säga, att han själf bestämmer — låt vara inom laguttryckens ram — sättet för fallets afdömande och att den rätt, som gäller för fallet i och med utslaget, är med afseende å sin närmare bestämdhet identisk med innehållet i *domarens* vilja. Domaren vill i normala fall vid domens afkunnande afge en deklaration, i hvilken bestämmes den objektiva rättens innebörd i dess tillämpning på föreliggande fall, eller afkunna en materiellt riktig dom. Denna vilja kan framgå ur plikt känsla eller ur fruktan för reaktioner

¹ Särskildt i den engelske domarens ställning i förhållande till lagen utpräglar sig denna åskådning angående domarens uppgift. Visserligen är domaren bunden vid lagar, prejudikat och vanerätt. Men han känner sig dock icke som en blott användare af abstrakta rättsregler, utan ser sin uppgift väsentligen i att bestämma de ur det individuella fallets natur framgående *verkliga* rättsgränserna och dömer därför mycket friare än som vore möjligt på kontinenten. Se MENDELSON BARTHOLDY, *Das Imperium des Richters* (1908) sidd. 150 ff. Här ligger den tanken under, att den *verkliga* rättvisan ej nås genom blott tillämpning af abstrakta regler utan endast genom hänsynstagande till alla de omständigheter, som i ett särskildt fall äro af betydelse för att den *verkliga* normen för rättigheter och skyldigheter skall komma till användning. Det är denna den engelske domarens fria ställning i förhållande till abstrakta regler, som föranledt den bland engelska och amerikanska rättslärdas stundom förekommande definitionen på lag: »rules recognised and acted on in courts of justice» (SALMOND, *Jurisprud.*, sid. 9) eller »the rules, which the courts . . . lay down for the determination of legal rights and duties» (GRAY, *The law and nature of the law*, sid. 82). Dock är förnekandet af en domarens själf i *hans eget medvetande* bindande objektiv rätt (obs. »law» är här = objektiv rätt) i grund oriktigt. Äfven om man bortser från de den engelske domarens bindande allmän lag, prejudikat och vanerätt, finner han sig alltid bunden att utsäga den efter hans mening *objektivt* förhandenvarande rättsställningen i parternas förhållande inbördes. Att domen till sin idé endast är ett skapande af »rättsvisshet» eller auktoritativ fastställelse af parternas oberoende af domen bestående rättsförhållanden, skarpt framhållet af BÜLOW, *Das Geständnisrecht* [1890] sid. 90.

eller båda delarne. Men det föreligger icke i allmänhet en vilja att fälla en viss dom i och för realisationen af en *önskan*, att just detta utslag må få (hypotetisk eller slutgiltig) rättskraft. Visserligen *vet* domaren, att utslaget *verkligen* får denna verkan. Men därmed är visst icke sagdt, att han önskar den. Den kan vara honom likgiltig eller till och med motbjudande, fast han af angifna motiver finner sig böra fälla utslaget på visst sätt. Och om han önskar den, blir detta dock icke motivet för hans förfarande. Det må så vara, att önskningar med afseende å rätten kunna bli bestämmande för öfvertygelsen om, hvad objektiv rätt i afseende å fallet innebär. Men dessa bakomliggande önskningar utgöra vanligen dock icke motivet för utslagets fällande. Sedan öfvertygelsen en gång är vunnen, blir plikt känsla eller fruktan för reaktioner eller båda delarne det afgörande. Domaren är sålunda bunden på det sättet, att han i normala fall på grund af förhållandenas makt ej blir bestämd af sina önskningar med afseende å gällande rätt. Lagstiftaren åter bestämmas under moderna förhållanden vid afgifvandet af lagdeklarationen åtminstone i viss grad af sin önskan, att det eller det blir gällande rätt, och är så till vida fritt bestämmande med afseende å laguttrycket. (Dock är äfven under moderna förhållanden lagstiftarens situation i detta afseende ej fullt klar i förhållande till domaren. Inom vissa gränser känner äfven den förre, fränsedt reglerna för hans formella kompetens, sig bunden af en öfver honom stående objektiv norm för rättigheter och skyldigheter, åt hvilken han känner sig förpliktad att gifva positiv rättskraft, oafsedt hans sociala önskningar med afseende å hvad som skall bli gällande rätt. Den närmare undersökningen häraf faller emellertid utom ramen för föreliggande fråga.) Det är sant, att hvarken lagstiftarens eller domarens afsikt att åstadkomma vissa rättsverkningar genom deras personliga makt skänker angifna deklARATIONER rättslig giltighet. En högre rättskraft är här det afgörande.¹ En sådan afsikt förutsätter i själfva verket ett vetande om, att deklARATIONER angifna på visst sätt få rättskraft på grund af en utomliggande faktor — en öfver dem stående rättsordning. Men den skillnaden äger rum, att deklARATIONER, som på grund af rättsordningen få rättslig giltighet, i ena fallet (inom vissa gränser) bestämmas af rättsönskningar, i andra fallet ej. Om också lagstiftarens vilja skulle kunna betraktas

¹ Se min skrift: Är gällande rätt uttryck af vilja? sidd. 183 ff.

som för domaren gällande rätt, så kan dock icke det utgående öfver denna vilja, som notoriskt äger rum från domarens sida vid utläggning och utfyllande af gifven lag, betraktas som ägande sin rättsliga giltighet för fallet genom domarens vilja. Det är visserligen sant, att domaren ofta blir verkligt rättsbestämmande i det att utslaget får laga kraft. Han är icke en blott räknemaskin. Hans subjektiva öfvertygelse om objektiv rätt, som kommer emellan, kan vara färgad genom allehanda tillfälliga faktorer. Men man får icke däraf draga den slutsatsen, att den rätt, för hvilken domaren är bestämmande, skulle med afseende å sin närmare bestämdhet vara att betrakta såsom det på visst sätt uttryckta innehållet i domarens vilja.¹

Emellertid får icke subjektiviteten i domarens öfvertygelse öfverdrivas. Det ges naturligen, åtminstone där lagrätten dominerar, objektiva faktorer, som skänka regelbundenhet åt domarens ämbetsutöfning och till nytta för rättssäkerheten göra densamma objektivt beräknelig. De i och med dessa faktorer gifna ideella handlingsregler, som komma till verkställighet i domarens verksamhet, äro i sin sammanfattning den för domaren gällande rätten. De ifrågakommande faktorerna äro utom laguttrycket allmänna utläggnings- och utfyllningsregler jämte härskande riktningar inom rättsvetenskapen och rättspraxis.

c. Det synes sålunda, som om vi kunde fasthålla vid det förut vunna resultatet, att det ges en för domaren gällande rätt, som

¹ BÜLOW's framställning i den lilla skriften *Gesetz und Richteramt* blir såtillvida vilseledande, som han förväxlar eller åtminstone icke tillräckligt klart skiljer domarens otvifyelaktiga historiskt gifna förmåga att skapa rätt med förmåga af rättssättning i analogi med lagstiftning. Jfr sidd. 16 ff. med sidd. 40—41. Det må så vara, att domarens subjektiva öfvertygelse om, att det eller det är gällande rätt i meningen af norm för rättigheter och skyldigheter vare sig i allmänhet (obs! receptionen af romersk rätt i Tyskland) eller i särskilda fall, verkligen kan föranleda uppkomsten af nya rättsregler i meningen af handlingsregler, som komma till faktisk användning — detta genom att fälld dom får rättskraft för fallet och såsom prejudikat blir bestämmande för efterföljande. Men från lagstiftning skiljer sig ett sådant rättsskapande väsentligen därigenom, att domaren, i det han gör gällande sin subjektiva öfvertygelse i domen, icke såsom lagstiftaren är bestämd af önskan, att det eller det må bli gällande rätt. Liknande oklarhet hos HECK, p. a. st., sidd. 248 ff., ADICKES, *Stellung und Tätigkeit des Richters* (1906) sid. 13, GRAY, p. a. st., sidd. 164 och 209 ff., och STARK, p. a. st., sid. 101.

binder honom, men dock icke är identisk med lagstiftarens vilja, då hans afsikt med laguttrycket genom de tillkommande faktorerna visst icke blir det allena bestämmande. Emellertid kunde man för häfdande af identiteten i fråga fatta saken så, att det är lagstiftarens vilja, att domaren utlägger och utfyller laguttrycket under hänsyntagande till just nämnda faktorer. Denna vilja skulle lagstiftaren uttrycka och göra gällande genom ett allmänt bemyndigande af domaren.¹ — Naturligtvis återkomma här viljeteoriens svårigheter, när det gäller sättet för utläggningen — af ett sådant bemyndigande.² Vi kunna emellertid här lämna detta å sido.

Men ett sådant allmänt bemyndigande kan i allmänhet icke bevisas vara förhanden³, utan är en blott konstruktion, bestämd af intresset att häfda viljeteorien, att likställa med af liknande intresse framgångna konstruktioner af vanerätten såsom den allmänna viljan.⁴ Men äfven om ett sådant bemyndigande föreläge, måste det

¹ Uttryckligen säges det af KAUFMANN, p. a. st., sid. 96 not 1. Det synes föresväfva STAMMLER, Th. der Rechtsw., sid. 617. Tvetydigt uttryckssätt hos BERNHÖFT, p. a. st., sid. 379. Likaså ZITELMANN, p. a. st., sid. 26 (med afseende å analogien). Om utläggningsreglerna såsom rättsföreskrifter se vidare W. JELLINEK, p. a. st., sid. 158, och BIERLING, Jur. Prinzipienlehre IV, sidd. 226 och 264.

² Se HÖLDER, Theorie der Willenserklärung (1906) sid. 28. — Man tänke sig blott en bestämmelse, som bjuder användande af analogien i rättstillämpningen!

³ Ett blott skenbart undantag utgör Art. 1 i Schweiziska civillagen med föregångare, om hvars betydelse se nästa not.

⁴ Man säger exempelvis med afseende å analogien, att om den af särskilda skäl på ett visst område ex. i fråga om straffhotelser är förbjuden, så visar lagstiftarens »Stillschweigen» för öfrigt, att han i allmänhet tillåter den, HERRFAHRDT, Lücken im Recht, sid. 20. Detta sätt att resonera är emellertid godtyckligt. Det kan naturligen lika så väl vara så, att lagstiftaren ser sig *ur stånd* att härutinnan ingripa reglerande på ett sådant sätt, att regleringen får verklig efterföljd eller blir tillräckligt bestämd. Alldeles säkert går det icke för sig att tala om en lagstiftarens *tillåtelse*, såvidt det gäller den rätt, hvaraf domaren känner sig bunden, så att han finner sig böra uttala blott hvad denna med afseende å fallet bestämmer. Är denna identisk med lagstiftarens vilja, kan det där endast vara fråga om befallning eller förbud, aldrig om blott tillåtelse. Visst låter det sig sägas, att denna vilja *inom bestämda gränser* lämnar åt domaren att efter vissa principer, till hvilka han blott hänvisar, ex. handelsbruk, billighet, i strafflagen framträdande straffändamål själfständigt afgöra fallet. Men därmed får domaren visst icke en blott tillåtelse. Nu kunde det ju *tänkas*, att lagstiftarens vilja på liknande sätt, trots tystnaden, hänvisar

bli betydelselöst i afseende å rättstillämpningen. Sakförhållandet är, att huru lagtrogen än domaren må vara, *måste* han behandla laguttrycken efter grunder, som gifva sig ur den miljö, i hvilken han

domaren till att efter eget afgörande använda analogien. Men i hvilket individuellt fall kan icke med hänsyn till förut omnämnda »oäkta» luckor», som kunde anses förhanden i hvarje fall, som ej kunnat af lagstiftaren förutses, analog användning af rättssatser eller »lagens ande» komma i fråga? Då det nu icke kan vara meningen, att utan all begränsning lag- eller rättsanalogi skall förekomma, blir domaren genom en så allmän bestämmelse utan hvarje direktiv för afgörande af, *när* principen är att använda. Att lagstiftaren åter skulle gifva verkliga direktiver för analogiens användande, *strider* mot fakta. — Om han med sin tystnad kan anses gilla praxis, har detta ingen som helst rättslig betydelse ur viljeteoriens synpunkt. — För öfrigt gäller i allmänhet, att om lagstiftaren skulle afgifva ett allmänt bud eller viljeförklaring, hvori gängse utläggnings- och utfyllningsregler häfdades, skulle detta bud eller viljeförklaring gå ut på, att lagstiftarens faktiska konkreta afsikt vid särskilda bud eller viljeförklaringar ej skulle vara absolut normerande. Därmed skulle de senare vara blott hypotetiskt menade. Men ett verkligt bud eller viljeförklaring kan aldrig vara hypotetiskt menadt. Om också det däri tänkta handlingen hänföres till en viss situation såsom betingning för dess inträdande, så är dock budets »du skall», resp. viljeförklaringens »jag skall» kategoriskt. Just ett visst handlande i en viss situation »skall» såsom regel för det praktiska förhållandet genomföras. (Vidare härom i annat sammanhang.) Men under sådana förhållanden blefve det allmänna budet eller viljeförklaringen med afseende å utläggning och utfyllning af speciella förklaringar det enda till domaren sig hänförande verkliga budet resp. viljeförklaringen. Naturligtvis härvid underförstådt, att domaren nu också har att låta sitt förfarande bestämmas af utläggningens, resp. utfyllningens resultat. Det tarfvades då gifvetvis för efterlevandets eller genomförandets, att just *här* ingen som helst otydlighet föreläge, så att i hvarje fall det riktiga förfarandet kunde bestämmas. Därtill åter kräfdes en detaljerad lagstiftning om utläggning och utfyllning, om ex. gränserna för analogiens användande, om praxis' betydelse. Men hvar finns en sådan? (Art. 1 i Schweiziska Civillagen är i sin fullkomligt direktivlösa hänvisning med afseende å domarens luckutfyllning [när är en laglucka förhanden?] till den regel, »die er als Gesetzgeber aufstellen würde», hvilket skall betyda det, som han »im Zusammenhange mit der ganzen Rechtsordnung für das Richtige hält», och *därjämte* till »bewährte Lehre und Überlieferung» [äfven med afseende å utläggning hänvisas därtill] se Reichel, p. a. st., sid. 50, HERRFAHRDT, p. a. st., sid. 44, och RUMPF, p. a. st., sid. 19, en parodi på verklig befallning eller viljeförklaring, om nu något sådant är afsedt). — Då HECK p. a. st., sidd. 49 ff. och 170 ff., menar, att budsutläggningen såsom sådan ej följer blott den befallandes konkreta afsikter vid de särskilda buden, utan tager hänsyn till dessa endast som medel för utforskande af hans verkliga intressen, har han alldeles förbisett det för ett bud egendomliga. Då han framhåller, att en

verkar. Det blir i själfva verket *i det hela* likgiltigt, om lagstiftaren skulle bemyndiga eller tvärtom förbjuda honom att taga hänsyn till de grunder för utläggning och utfyllning af laguttrycket, som en gång kommit att göra sig gällande i rättsdoktrin och rättspraxis.¹ En lagbestämmelse, som exempelvis förbjöde rättsanalogien under alla förhållanden, skulle helt säkert bli vanmäktig i hvarje fall, där ett afgörande måste ske, men hvarken lag eller vanerätt gifva normen därför.² Ja, äfven i sådana fall, där den regelrätta subsumtionen skulle blifva alltför stötande mot rättsmedvetandet eller dess allmänna genomförande verka fördärligt för samhällets viktigare intressen.³ I rättstillämpningens faktiska beroende af judiciell praxis,

sådan »fördjupad tydning» (sid. 51) af den härskandes bud i det dagliga lifvet blir den själfständige tjänarens plikt, så kan ju det vara riktigt såtillvida, som det kan bli tjänarens plikt att af hänsyn till hans *verkliga* intressen lämna hans befallningar åsido. Men aldrig kan detta beteckna *lydnad*, såvidt icke den *enda* befallning, som härskaren utfärdar, är den att tjäna hans intressen, som då äro att utforska ej genom utläggning af verkliga bud utan genom hänsyntagande till hans vid särskilda tillfällen förklarade önskningsar. Men det kan sättas i fråga, om en så generell befallning verkligen är psykologiskt möjlig med den frihet till subjektivt bedömande af intressesituationen, som den skulle lämna befallningsmottagaren. Denne måste dock, för att en befallning skall verka *som sådan*, känna sig stå under inflytande af ett från den befallande utgående tvång.

¹ Mot de allmänna utläggningsreglernas karaktär af rättsföreskrifter riktar sig skarpt WURZEL, p. a. st., sidd. 13 ff. De äro enligt honom »natürliche Regelmässigkeiten». — OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte (1914) sid. 370, talar om »überstaatliche allgemeine Auslegungsgrundsätze», som göra sig gällande »mit naturrechtlicher Notwendigkeit». — Det eventuella allmänna införandet af artikel 1 i Schweiziska Civillagen (se ofvan sid. 33 [not]) torde i det hela ej komma att spela någon annan roll än den, att *domsformuleringarna* möjligen blefve annorlunda beskaffade och att somligstädes (ex. i Tyskland) den i *rättspraxis* redan förhandenvarande domarefriheten i afseende å »laguttrycken», sådan den i denna artikel proklameras, blefve utvidgad. Principiellt finns den öfverallt oberoende af hvarje bemyndigande. — Att äfven den tyske domaren den i artikeln gifna luckutfyllningsgrundsatsen »je und je für sich in Anspruch genommen», betonadt af REICHEL, p. a. st., sid. 107. — Det är i detta afseende typiskt, att enligt uppgift af FALK, p. a. st., sid. 5, den i Preussisches Allgemeines Landesrecht § 49 Einl., medgifna användningen af analogien sällan åberopas i därtill sig hänförande domsslut och *aldrig* ett begründande ur §:ens ordalydelse sker.

² Se BINDER, Rechtsbegriffe und Rechtsidee (1915) sid. 253.

³ SPIEGEL, p. a. st., sidd. 128 ff. visar, att förbudet för analogiens användande i afseende å straffhotelser (i österrikisk rätt), fast den visst icke behöfves

trots den ofta föreliggande frånvaron af hvarje rättslig befogenhet härtill, visar sig också öppet, hurusom vid rättstillämpningen göra sig gällande rättskällor, som ej låta sig återföra på lagstiftarens vilja.¹ Härmed är naturligen icke förnekadt, att icke lagstiftaren kan

för utfyllande af veritabla luckor, dock icke alltigenom upprätthålles. Ex. Afsiktligt skadande af statstelefon behandlas, som om det gällde statstelegraf. Telefonen förklaras helt enkelt vara en art af telegraf!!! Analogien går så »unmerklich in der Auslegung auf», sid. 130. Observera dock, att förbudet här har goda grunder såsom skydd för den medborgerliga friheten, se ZITELMANN, p. a. st., sid. 17.

¹ Bestämmelsen i Preuss. Allg. Landsrecht § 6: »Auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden» (se härom SCHMÖLDER, p. a. st., sid. 170) torde väl, om man bortser från officiella domsformuleringar, ha förblifvit en from önskan.

Sedan Bülow's skrift Gesetz und Richter var utkommen (1885), skall också den meningen vara vanlig bland tyska rättslärde, att den judiciella praxis är verkligt rättsbildande utan vare sig tyst eller uttryckligt medgifvande af lagstiftaren. Se OERTMANN, p. a. st., sid. 19. W. JELLINEK, p. a. st., sid. 26 talar i detta sammanhang med en något egendomlig terminologi om en »Rechtsschöpfung kraft Wirklichkeit» i motsats till en »Rechtsschöpfung kraft Freiheit» (genom lagstiftaren). Om prejudikatets faktiska betydelse säger SPIEGEL, p. a. st., sid. 42: »Stimmt die Judikatur mit dem Gesetz überein, so ist ihre Kenntnis für den gesetztreuen Richter entbehrlich. Widerspricht sie dem Gesetz, so ist sie für ihn nicht massgebend. Trotzdem zeigt die Praxis, die sich eben von doktrinären Erwägungen freihält, die offensichtliche Tendenz den Richter in der Auslegung der Gesetze dadurch zu beeinflussen, dass sie ihm Präjudikate vor Augen hält. Der Richter soll selbst dann, wenn das Gesetz eine andere Deutung zulässt, wenn möglich geradeso entscheiden, wie andere Richter vor ihm». En något konfys hållning i föreliggande fråga intager NORDLING, Svensk civilrätt, allm. delen (1891). Sid. 34 koordineras lagstiftning med domstolspraxis och rättsdoktrin som rättskällor. Om särskildt domstolspraxis heter det: »Vid tillämpningen på de enskilda fallen måste dessa (lagstiftarens) föreskrifter undergå större eller mindre modifikationer. Under rättstillämpningens fortgång knyta sig dessa till lagstiftarens bud såsom rättsatser (obs!), bestämda genom rätts- eller domstolspraxis». Men sid. 36 uppställes den frågan: »I hvad mån äro enligt vår rätt (obs!) prejudikat att räkna som regler för lagskipningen?» Denna fråga besvaras här i starkt negativ riktning på basen af gällande lag, alldeles som om »vår rätt» vore bestämd *blott* genom gällande lag, hvilket ju i det föregående bestrides. — Endast i ett fall skulle det kunna tänkas, att domaren med verklig rättskraft kunde förbjudas att öfverhufvud använda vanliga utläggnings- och utfyllnadsmetoder och det vore, om lagstiftaren själf stode redo att i hvarje fall, där något tvifvel om lagens mening vore möjligt, gifva autentisk interpre-

genom deklarerande af speciella utläggningsregler, ex. legaldefinitioner, öfva inflytande på rättstillämpningen.

12
d. Emellertid kunde man för att åtminstone relativt häfda viljeteorien fatta saken så, att visserligen hvarken lagstiftarens konkreta afsikt med den särskilda bestämmelsen eller en abstrakt afsikt med hänsyn till utläggnings- och utfyllnadssätt är bestämmande vid rättstillämpningen, men alltid måste det *uttryck*, som lägges till grund vid rättstillämpningen, vara af lagstiftaren afsedt. Detta visar sig, kan man säga, vid redaktionsfel, då man lägger det bevisligen afsedda uttrycket till grund. Nu är också otvifvelaktigt det verkliga förhållandet, att lagstiftaren utgår från den inaugurerade juridiska tekniken såsom en af honom oberoende faktor och betraktar sig själf såsom i det hela bestämmande för den rätt, som in concreto genomföres, endast förmedelst laguttrycket, icke äfven genom sin konkreta afsikt med det samma eller allmänna utläggnings- och utfyllnadsbestämmelser. Han utformar därför detta med hänsynstagande till den ifrågavarande faktorn såsom en oberoende af honom på visst sätt fungerande kraft.¹ Det är nu äfven så, att om lagstiftaren är en korporation, är den enda afsikt, som med säkerhet kan visas vara gemensam för deltagarne, att göra gällande ett visst laguttryck.² Och är lagstiftaren en enskild person, rör åtminstone ofta den enda klara och bevisliga afsikten just laguttrycket. Man drifves

tation. Men bortsedt från den svårigheten, att en sådan interpretation kan själf gifva upphof till nödvändigheten af ny interpretation in infinitum, är en sådan metod både af praktiska skäl och med hänsyn till det allmänna rättsmedvetandets kraf på domarens oberoende af legislation för moderna kulturförhållanden främmande. Den hör afgjordt tillsammans med absolutistiska principer, enligt hvilka härskarens godtycke teoretiskt sedt i hvarje fall bestämmer »rätten». — Om Justinianus' härtill hörande förordning se SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, sid. 304 ff. Om motsvarande »référé législatif» under nyare absolutistisk tid se SPIEGEL, p. a. st., sidd. 100 ff.

¹ Jfr KOHLER, Über Interpretation von Gesetzen i GRÜNHUT's Zeitschr. Bd. 13, sidd. 3, 20 ff. och 30.

² Jfr BERNHÖFT, p. a. st., sid. 370 SALOMON, Das Problem der Rechtsbegriffe (1907) sid. 74, bestämmer som den vid interpretationen normgifvande viljan »die Gesamtheit der gesetzgebenden Faktoren, die und sofern sie in dem gemeinsamen Zweck ihre Vereinheitlichung finden». Då endast laguttrycket kan med säkerhet bestämmas som »gemeinsamer Zweck», blir den för interpretationen af uttrycket normgifvande viljan den samfälliga riktningen på det samma, hvarmed naturligen ingen norm för dess tolkning är gifven.

därför med hänsyn till både lagstiftarens eget uppfattningssätt och afsiktens bevisbarhet till det antagandet, att det enda viljeelement hos lagstiftaren, som i det hela kan betraktas som gällande rätt, är just uttrycksafsikten.

Emellertid är härvid att märka, att afsikten till ett bestämdt uttryck hos lagstiftaren aldrig kan betraktas för sig, isolerad från annan afsikt. Syftar han verkligen till, att just detta och ingenting annat blir laguttryck och icke blott sanktionerar ett lagförslag utan att taga kännedom om uttrycket, måste han ha i tankarna vissa rättsföljder af bestämmelsen med hänsyn tagen till den juridiska tekniken. Endast hans afsikt till dessa följder kan bestämma honom att välja just detta uttryck. Ja, afsikten till uttrycket är möjlig blott som afsikt till detsamma *i dess egenskap* att leda till särskilda rättsföljder. I verkligheten är det så, att den underordnade afsikten alltid innehåller den öfverordnade, fast icke nödvändigt tvärtom. Jag kan in abstracto ha det syftet att förvärfva penningar. Men jag kan icke på grund däraf afse att åstadkomma ett affärsföretag utan att vid detta fatta detsamma såsom ledande till penningförvärf. Jag afser det icke utan vidare utan blott såsom led i en orsakskedja. D. v. s. den underordnade närmare liggande afsikten hänför sig alltid till sitt föremål såsom ett moment i en serie, hvars slutpunkt är verkligheten af den öfverordnade afsiktens föremål. Alltså: om verkligen vid rättstillämpningen lagstiftarens afsikt till just detta uttryck skulle vara för domaren gällande rätt, så hör också nödvändigt därtill lagstiftarens afsikt till just detta uttryck såsom ledande till dessa rättsföljder. Ty någon annan afsikt i detta hänseende existerar ej. Om vid redaktionsfel det verkligt afsedda uttrycket lägges till grund för rättstillämpningen, så är det bestämmande endast en objektiv regel för densamma, enligt hvilken ett visst moment i innehållet i lagstiftarens verkliga afsikt lägges till grund. Då detta moment där alls icke förekommer annat än som led i ett sammanhang, men här lägges till grund isolerad från detta, är alls icke den verkliga afsikten själf det bestämmande. — Man bör ej härutinnan låta förvilla sig af den omständigheten, att lagstiftaren, då han har vetskap om, att laguttrycket kan föra med sig äfven icke afsedda rättsföljder, verkligen kan sägas afse att blottställa sig för denna risk, alltså afse uttryckets ovillkorliga rättskraft. Ty denna ovillkorliga rättskraft afser han blott som nödvändig betingning för de af honom

önskade rättsföljderna. Det finns ingen annan väg att nå målet än att underkasta sig risken, att något annat än det afsedda blir följden. Uttrycksafsikten är därför ingalunda in abstracto förhanden. Om man seglar i storm, utsätter man sig afsiktligt för vissa faror, men blott emedan detta är betingning för nöjet eller nyttan af att segla. Det är icke så, att riskeringen af lifvet kan betraktas som innehåll i en isolerad afsikt och sålunda afsikten vore nådd lika bra, om man seglar i kvaf.¹

Men om sålunda äfven för betraktandet af uttrycksafsikten hos lagstiftaren såsom gällande rätt den konkreta afsikten med bestämmelsen måste läggas till grund vid rättstillämpningen, ha de förut behandlade svårigheterna med afseende å identiteten af lagstiftarens vilja och den för domaren gällande rätten återkommit. Viljeteorien är därmed utdrifven ur sin sista försvarsposition med afseende å betydelsen af lagstiftarens vilja för rättstillämpningen.

e. För undgåendet af svårigheterna vid identifieringen af lagstiftarens vilja och den för domaren gällande rätten tager man emellertid, i syfte att likvisst fasthålla viljeteorien, ofta sin tillflykt till en »rättsordningens» egen vilja. Denna skulle, oberoende af de

¹ När man betraktar lagstiftarens uttrycksafsikt i sin abstrakta karaktär såsom bestämmande vid rättstillämpningen, begär man samma fel, som ofta förekommer vid häfdandet af viljeteorien med afseende å privata »viljeförklaringar». Man förenar den vanliga betydelselösheten af error in motivis (såvidt icke den i motiverna förekommande felaktiga förutsättningens riktighet skulle vara på något sätt betecknad som betingning för förklaringens giltighet) med viljeteorien så, att endast den verkliga afsikten ifråga om *rättsföljderna* är bindande, icke *motiverna*, hvarför just dessa rättsföljder afses. Så exempelvis i viljeteoriens standardverk ZITELMANN, Irrthum und Rechtsgeschäft (1879). Men om man ock vid viljeförklaringen afser rättsföljdernas ovillkorliga inträde, så åsyftar man dock detta förlopp blott såsom erforderlig betingning för realisationen af något annat. Om jag köper en häst för att rida, förutsättande att jag kan lära mig ridkonsten, köper jag den visserligen utan villkor af förutsättningens riktighet. Men det ovillkorliga köpet vill jag dock blott som betingning för ridandet. Någon abstrakt afsikt till rättsföljderna, som skulle kunna binda vid viljeförklaringen, ges det icke. Skulle verkligen afsikten därtill vara det bindande, är man bunden, endast såvidt rättsföljderna verkligen ha den afsedda betydelsen. D. v. s. error in motivis måste *under alla omständigheter* bli negativt »Thatbestand». (Vidare härom i annat sammanhang.) På samma sätt måste ock, om lagstiftarens verkliga afsikt att göra just detta till laguttryck är det bindande för domaren, hvarje lagstiftarens error in motivis upphäva uttryckets kraft.

särskilda lagstiftarnas vilja, vara den gällande rätt, som står öfver domarne.¹ Detta antagande framträder emellertid öppet som en nödfallskonstruktion. Hvad en rättsordningens vilja skall betyda, om man abstraherar från rättssättande människors vilja, är icke utredt.² Det objektiva rättssystem, som här förutsättes vara förhanden med en egen vilja, är i själfva verket endast en produkt af juridisk utläggning och utfyllning af laguttryck efter grunder, som göra sig gällande genom omständigheternas makt. Domarens bundenhet vid laguttrycket är ett moment i författningens egen kraft. Hans bundenhet vid ett visst utläggnings- och utfyllningssätt är en följd af utom lag liggande faktorer, som verka med en viss likformighet på domarne i ämbetsutöfningen. En enhetlig det hela omslutande vilja finns här icke, hvilket ej utesluter, att allehanda intressen äro verksamma såväl vid utformningen af laguttrycken som vid deras utläggning och utfyllande.³

¹ Hufvudrepresentanter för åskådningen: BINDING, KOHLER och WACH, se REUTERSKIÖLD, *Über Rechtsauslegung* (1891) sidd. 22 ff. I svensk doktrin hos HAGSTRÖMER, *Svensk straffrätt*, ex. sidd. 45 och 50, som om hvarannat talar om »lagens mening» och »lagens vilja». SPIEGEL, p. a. st., sidd. 17 f., ställer idén ifråga i samband med öfvergången från fursteabsolutism till konstitutionalism, likaså REICHEL, p. a. st., sid. 10. Den senare betraktar idén såsom en nyttig fiktion, hvarmed emellertid också viljeteorien är öfvergifven.

² Vändningen i fråga är, framhåller SCHMITZ, p. a. st., sid. 27, efterbildad idén om lagstiftarens vilja »und formal wie inhaltlich ohne diese undenkbar». — SELIGMANN, *Beitr. zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag* (1886) sid. 138, erkänner, att sanktionen ofta tilldelas en lag »gedankenlos» och utan att dess bärvidd kan öfverskådas och säger så: »Ist es alsdann unlogisch denjenigen, welcher einem Satze Rechtskraft verliehen hat, vermöge Rechtsdichtung als den Wollenden zu betrachten? Wie viel weniger logisch gerechtfertigt ist es doch mit BINDING, WACH u. A. einen Willen ohne einen Wollenden zuzufingiren». (Hvilket af dessa betraktelsesätt som är mera logiskt eller ologiskt, kan man ju afgöra efter smak. Men vetenskaplig giltighet har intetdera.) Att nu också dessa författare verkligen för att få en mening med sin »lagvilja» skjuta under en särskild lagstiftarevilja, uppvisas af samme förf. sidd. 139—140. — BERNHÖFT säger p. a. st., sid. 379: »Das Gesetz ist ein von der Person losgelöster Willensinhalt, der auch nach dem Tode des Trägers der gesetzgebenden Gewalt, ja sogar bei gewaltsamer Umänderung der Verfassung ein- weilen weitergilt» (jfr cit. från WACH hos HECK, p. a., st. sid. 74), men underlåter att omtala, huru ett viljeinnehåll kan finnas utan en vilja, hvars innehåll det är.

³ När WINDSCHEID, *Pand. I*, 7. Aufl., sid. 58, framställer som utläggnings uppgift vid luckor i rätten »den eigentlichen Gedanken des Rechts-

Detta antagande af en i rätten själf liggande vilja är nu visserligen oskyldigt, trots sin vetenskapliga haltlöshet, om viljan i fråga blott blir det antropomorfierande sammanfattande uttrycket för

»*ganzen zu erkennen*», rör han sig med samma haltlösa föreställning som den bibeltrogne dogmatikern, då han förutsätter, att det i bibeln föreliggande konglomeratet af skrifter från vidt skilda tider och med till syftet vidt skilda författare skall erbjuda en enhetlig tanke. Helt säkert är den enhetliga tanke han tror sig finna icke bibelns utan hans egen. REICHEL, p. a. st., sid. 10, säger om den till konstitutionalismen hörande lagabsolutismens tid, att domaren såg i lagen »*eine Offenbarung*. Er stand dem Gesetze mit jener unentwegten Orthodoxie gegenüber, die das ältere Lutherthum der heiligen Schrift entgegenbrachte». — BINDING säger, p. a. st., sid. 456: »So ist es besser statt den Willen der Gesetzgeber den Rechtswillen, der in einem Rechtssatze als einem Gliede des ganzen Rechtssystems seinen Ausdruck gefunden hat, nach Inhalt, Autorität und beabsichtigter Wirkung als Ziel der Auslegung dieses Satzes zu bezeichnen» och därefter: »Das Gesetz denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt». Jfr yttrandet af MERKEI, anfördt hos REUTERSKIÖLD, p. a. st., sid. 21. Sätt här i stället för den mystiske »författaren» det rådande utläggnings- och utfyllnadssättet och det reala, som betecknas som lagens egen tanke och vilja, blir riktigt angifvet. — Det samma gäller om REUTERSKIÖLD's likställande af »der Geist der Gesetze und des Rechts» med »das gesellschaftlich Gewollte» eller »der aktuelle Gemeinwille» (p. a. st., sidd. 62 f.), som skall vara bestämd af det allmänna rättsmedvetandet (sid. 65). Det reala, som svarar mot »lagarnas ande» etc., är i verkligheten det system af rättsregler, som blir en produkt af följandet af rådande utläggnings- och utfyllnadsregler i afseende å gifven lag. Att till dessa regler hör hänsyntagandet till sociala behof och »det allmänna rättsmedvetandet», är säkert. Men däraf följer icke, att det såsom princip för utläggning och utfyllnad af gifven lag skulle existera en social allmänvilja med »det allmänna rättsmedvetandet» som bestämningsgrund. — BÜLOW, Das Geständnisrecht, sidd. 243 ff., 257 och 271, tror sig ha upptäckt den verkliga rättsgrunden till reglerna för verkan af det civilprocessuella erkännandet af fakta. Detta skall utan bevispröfning läggas till grund vid domen, ej därför att den tillstående parten haft den afsikten att afstå från sin rätt att bestrida eller att låta det erkända gälla som sant, utan därför att civilprocessen har till syfte freden, som skulle störas, om domstolen upptog till pröfning det, hvarom parterna äro ense. *Quia non movere!* Grunden är sålunda ej af privaträttslig utan offentlig rättslig natur. Däraf drages den slutsatsen, att § 288 i tyska C.-P.-O., som rör sig om tillstående af fakta, är att analogt använda på erkännandet af rättsförhållanden, som äro af betydelse för afgörande af det omtvistade rättsfallet. Ty, heter det, sidd. 273 ff., låt vara, att författarne af civilprocessordningen icke haft tydlig föreställning om den ifrågakommande principen och dess konsekvenser, innehåller den dock ett »geltendes, rechtverbindliches Gebot», som genom sina conse-

rådande utläggnings- och utfyllnadssätt i afseende å gällande laguttryck. Ja, måhända är fiktionen i fråga framsprungen ur ett socialt behof, då domaren för att ej framträda som dömande efter eget behag, hvilket kränker rättskänslan, måste rekurrera till en öfver honom stående auktoritet. Kan icke lagstiftaren fungera som sådan, gör man af »lagen» själf den erforderliga auktoriteten.¹ Men i två afseenden kan det vara betänkligt. 1:o. Det leder lätt till den föreställningen, att rådande principer för rättstillämpningen ej vore primära rättskällor utan auktoriserade af »lagviljan» såsom högsta rättskälla och sålunda kunde göras till föremål för *juridiskt* bedömande med afseende å sin giltighet, såsom fallet är med sekundära rättskällor i allmänhet och ej blott för bedömande de lege ferenda.² 2:o leder det lätt till benägenhet att konstruera

kvenser är att tillämpa utöfver räckvidden af § 288. Rätten är nämligen icke en summa af anordningar utan »eine unser Gemeinleben beherrschende einheitliche Kraft, ein geistiges Ganzes, dessen vollen Gehalt und tiefsten Sinn» lagstiftarne ej tillräckligt »kundzugeben vermögen». Att tränga in här i djupare än lagstiftaren är domareämbetets liksom den dess själf utgörande rättsvetenskapens höga kallelse. — Härtill skall endast fogas följande anmärkning. Består verkligen denna enhetliga kraft, som rätten själf skulle vara, oberoende af den densamma »kungörande» lagen? Får icke den antagna rättsgrundsatsen om civilprocessens mål kraft först *därmed*, att lagstiftaren inrättar processen i enlighet därmed? Verkar icke omvänt lagstiftningen hindrande därutinnan, såvidt den icke fullt konsekvent utför processordningen i enlighet därmed? Observera, att den af BÜLOW förordade utsträckningen af § 288 per analogiam åtminstone vid skriftens affattning alls icke var allmänt erkänd såsom berättigad i domspraxis. Men vidare: är verkligen den »enhetliga kraften» i fråga ett af domaren och rättsvetenskapen oberoende kunskapsföremål för dem? Måne icke först den Bülowska principens allmänna antagande med hänsyn till dess konsekvenser i domspraxis skulle göra den till ett moment i den »enhetliga kraft», som skall vara rätten själf? Med ett ord: är icke den såsom bakom det särskilda lagbudet liggande antagna kraft, som skall vara rätten, själf en skapelse af lag, rättspraxis och rättsdoktrin tillsammans? Och är icke därför hänvisningen till dess bud såsom för lagstiftaren, domaren och rättsvetenskapen redan gifven gällande rätt ett *ὑστερον πρότερον*?

¹ Se härom WURZEL, p. a. st., sidd. 94—95.

² Se min skrift: Är gällande rätt uttryck af vilja? sidd. 196 ff. — I själfva verket äro de vanliga framställningarna af den *riktiga* principen för utläggning och utfyllning af laguttrycken alls icke af rättsvetenskaplig natur i ordets egentliga mening utan falla inom den *praktiska* filosofien eller samhällsläran. Förordar man ex. den historiskt filologiska metoden, häfdar man därmed, att

den antagna viljan såsom nödvändigt riktad på hvad som för den konstruerande ter sig som rättens yttersta mål för att därifrån draga slutsatser med afseende å *positiv* rätt. Särskildt framtråda sådana tendenser hos Stammler och hans lärjungar.¹

3. Vi öfvergå nu till en principundersökning om *rättstillämpningens möjlighet*, såvida rätten skall återföras på en befallande eller sig själf deklarerande vilja. För möjligheten härav måste det i sådant fall förutsättas, att man kan ur det gifna rättsmaterialet såsom gifvet viljeinnehåll sluta till det eller det såsom äfvenledes innehåll i samma vilja. Eftersom rättsviljan har befallt eller deklarerat som sitt innehåll, att det eller det i allmänhet sker, ex. att ett visst slags brott bestraffas just så, måste det anses höra till samma viljas innehåll, att i detta fall detta särskilda sker, att detta brott, som faller under det föreliggande slaget af brott, bestraffas i enlighet med den allmänna regeln. Vidare: om i de och de särskilda fallen det eller det är stipuleradt och genom analys vissa allmänna syften kunna uppställas såsom viljans motiver härvid, äro dessa på grund af förutsatt konsekvens i hennes sträfvan att använda vid tolkningen

lagstiftarens verkliga afsikter böra läggas till grund för regleringen af de samhälleliga förhållandena. Likaså mutatis mutandis, om man häfdar en sociologisk metod, om man bestämmer rättsmedvetandet som normativt, om man lägger till grund utforskningen af samhällets intressen på basen af lagstiftarens afsikter. Tron att härvid rättsvetenskap i vanlig mening skulle öfvas kan ej ha någon annan grund än den, att man utgår från rätten själf eller rättsordningen såsom en någonstädes »in nubibus» existerande vilja, hvars innehåll man tror sig känna. Endast en utredning af innebörden i de regler, som komma till *faktisk* användning i rättslifvet, är verklig juridik till skillnad från praktisk filosofi eller samhällslära.

¹ Om STAMMLERS godtyckliga inskjutande af »rättens idé» såsom positivt rättslig norm, där tekniskt formad rätt sviker, se samma skrift sid. 177. — Hos en af STAMMLERS anhängare, Graf ZU DOHNA, Die Rechtswidrigkeit (1905) sid. 50, heter det: »Wir wissen nun: wo die Rechtsordnung selber ein Verhalten als rechtswidrig bezeichnet, kann niemals ein solches gemeint sein, welches sich im Hinblick auf das Endziel der sozialen Gemeinschaft als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke darstellt. Denn die Rechtsordnung, welche die Bürger gerade zu Handlungen dieser Art anleiten will, würde sich selber widersprechen, wenn sie dieselben in besonderer Lage der Dinge verbieten sollte». Därmed är under sken af vetenskapligt begrundande en fullmakt lämnad domaren, hvars konsekvenser med hänsyn tagen till de högst skiftande meningar, som olika klasser hysa om samhällets »Endziel», ej torde kunna överskådas.

af andra enskilda bestämmelser och i sådana enskilda fall, där ej direkt tillämpning af gifna rättsbestämmelser kan ske, men ett afgörande måste träffas. I annat fall vore naturligen rättstillämpning på viljeteoriens bas omöjlig. Kan nu en sådan konsekvens i den rättssättande viljans syften antagas?

a. Detta förutsätter säkerheten af att viljan, en föresats att i allmänhet handla på visst sätt gifven, nu också i hvarje enskildt fall fattar sådana föresatser, som krävas för att det i den ursprungliga föresatsen tänka handlingssättet blir genomfördt. Saken kan också uttryckas så. I hvarje föresats ingår ett viljemedvetande af egendomlig natur, som man för sig uttrycker i ett: detta skall jag företaga. För rättstillämpningens möjlighet måste det viljemedvetande, som är förhanden i en till den objektiva rätten hörande föresats hos rättsviljan, anses i hvarje särskildt fall utbilda sig i enlighet med betingningarna för det ursprungligen tänkta handlingssättets genomförande. I det särskilda fallet måste ett viljemedvetande kunna antagas, som låter sig så uttrycka: detta särskilda skall ske, emedan det är ett genomförande af detta allmänna handlingssätt (det som är beslutadt i den grundläggande föresatsen). Denne brottsling skall så bestraffas, emedan strafflagen (rättsviljans innehåll vid det ursprungliga straffbeslutet), tillämpad på föreliggande fakta, bestämmer en sådan bestraffning.

Detta skulle kunna antagas, om den, som har det viljemedvetande, hvars innehåll är den grundläggande objektiva rätten, kan förutsättas i hvarje fall draga riktiga praktiska slutsatser ur föreliggande situation, d. v. s. sådana praktiska slutsatser, som verkligen äro stödda på gifna premisser. Nu är det naturligen i allmänhet ingalunda så, att man verkligen drager ut de slutsatser, som kunna stödjas på gifna premisser, äfven om dessa blifva sammanhållna i ett medvetande. Om jag vet, att det kortaste afståndet mellan två punkter är den räta linjen, och tillika vet, att detta är en triangel, samt uppfattar båda delarna i ett enhetligt medvetande, är det ej säkert, att jag därur drager den slutsatsen, att två sidor af triangeln äro större än den tredje. Förhållandet mellan sidorna med afseende å storheten är alls icke uppfattadt i och med ett sådant medvetande. Dock kan det bestämmas på angifvet sätt med stöd af innehållet i det nämnda enhetliga medvetandet. Huruvida det sker, beror af särskilda psykologiska eller psykofysiska betingningar,

ex. ett kunskapsintresse. För att sålunda rättsviljans bärare skall kunna tänkas draga i hvarje fall de praktiskt riktiga slutsatserna, fordras särskilda psykologiska eller psykofysiska betingningar. Dessa torde kunna återföras på hvad som i vanligt språkbruk betecknas som föresatsens fasthet.¹ Då det här gäller en viss *rättsviljans* beskaffenhet såsom på viljeteoriens bas betingning för rättstillämpningens möjlighet och det därför endast kan vara fråga om betingningarna för dragandet af riktiga *praktiska* slutsatser vid redan företagna teoretiska subsumtioner af enskilda fall under den tänkta handlingsregeln, kunna vi här lämna å sido betingningarna för dragandet af riktiga teoretiska slutsatser ur handlingsregeln och föreliggande fall. Det senare tillhör de rättstillämpande myndigheterna. Men de kunna på viljeteoriens bas med fog häfda det efter den rättsliga handlingsregeln till det särskilda fallet hörande handlingssättets egen rättslighet endast, om det kan förutsättas, att rättsviljan själf vid insikt i sakläget verkligen drager den riktiga praktiska slutsatsen. Det, som därför viljeteorin måste förutsätta för rättstillämpningens möjlighet i ifrågavarande afseende, är blott föresatsens fasthet. Men det fordras härvid ej blott en relativ fasthet. Därmed skulle det i ett visst fall vara ofgjordt, huruvida här verkligen den allmänna rättsregeln är att använda, och rättstillämpningen skulle råka i stockning. Föresatsen måste i själfva verket antagas vara absolut orubblig.

Fullständigt uttryckt skulle sålunda efter viljeteorin förutsättas för rättstillämpningens möjlighet en rättsvilja, som har till absolut orubblig föresats ett system af handlingssätt och som bestämd af föresatsen i hvarje förekommande fall i sitt viljemedvetande dömer i enlighet med insikten i, huru det tänkta handlingssystemet är att tillämpa på fallet. En sådan vilja är emellertid ett sannskyldigt *ab omnio alio solutum*. Den måste tänkas fri från inverkan af alla de komplicerande faktorer, som öfva inflytande på en till natursammanhanget hörande vilja, modifierande dess föresatser. Ej under, att man för att förklara rätten med viljan som utgångspunkt funnit det nödvändigt att lägga till grund en osinnlig

¹ STAMMLER betecknar också *Theorie der Rechtsw.*, sid. 105, det rättsliga viljandet såsom till sitt väsen »unverletzbar» i betydelse af »ein für allemal dauernd und fest». Detta utesluter naturligen ej rättsändring i af rätten själf fastställda former.

vilja.¹ Emellertid är det omöjligt att genomföra tanken på något i förhållande till natursammanhanget själfständigt, så fort det gäller att å andra sidan finna ett sammanhang mellan detta själfständiga och det till natursammanhanget hörande.²

b. Emellertid kan det synas, som om det ginge för sig att fatta den gifna viljan såsom en relativt inom sig slutet enhet. Såvidt den har en föresats till sin princip och det i föresatsen förekommande viljemedvetandet fortgår med relativt logisk konsekvens vid tillämpningen af sin princip, synes den vara en relativt slutet enhet. Den synes ha sin enhet i sin princip och vara inom sig slutet genom den logiska fortgången. I en sådan fortgång synes nämligen föreligga, hvad man brukar kalla en tänkandets själfverksamhet. Och visserligen tycks det vara så, att just detta: en inom sig slutet enhet är för viljan såsom vilja konstitutivt, men relativiteten blott betecknar en inskränkning i den gifna viljans karaktär af vilja. Det kunde då synas, som om det, om man bortser från den svårighet, som öfverhufvud ligger i tanken på något absolut, ej skulle vara orimligt att tänka just en vilja såsom absolut, nämligen genom bortseende från den inskränkning i dess slutenhet inom sig, som utmärker den gifna viljan, och fasthållande af den för densamma såsom vilja konstitutiva själfständigheten. Det är därför lämpligt att närmare undersöka dels i allmänhet föresatsens natur, dels särskildt hvad som är att förstå med föresatsens fasthet och möjligheten af en logisk fortgång inom det till föresatsen hörande viljemedvetandet. Emellertid fullfölja vi här undersökningen endast så långt den är af betydelse för föreliggande frågas utredning.

Föresatsen innesluter ett egendomligt medvetande, som kan taga sig uttryck i själfva beslutfattningens ögonblick i ett: »detta skall jag göra.» Omvänt är detta medvetande själf icke möjligt, utan att en föresats föreligger. Man ser lätt, att det icke har karaktären af ett omdöme, i hvilket något bestämmes såsom förhållande sig så eller så. I sådant fall skulle det kunna uttryckas i

¹ Enligt LASSON, System der Rechtsphil., sid. 289, har staten, som enligt denne förf. är enda primära rättsskälla, ett allmängiltigt förnuftigt och i sig konsekvent viljeinnehåll. I öfverensstämmelse därmed blir det för honom »ein Spiegel der Vernunft des Universums» och har »etwas Göttliches und Heiliges an sich», sid. 293.

² Se min skrift: Är gällande rätt uttryck af vilja? sid. 182.

formen: »Jag kommer verkligen att handla så eller så» eller »det förhåller sig verkligen så, att handlingen nu skall ske». Men man inser omedelbart, att ett sådant uttryckssätt ej blir adekvat i förhållande till det föreliggande själsläget. Det må så vara, att en föreställning om, att handlingen verkligen kommer att ske, hör tillsammans med föresatsmedvetandet.¹ Men »detta skall jag» såsom det föreliggande medvetandets uttryck betecknar dock icke själf ett futurum, om också med det samma skulle vara förbunden en föreställning om något, som kommer att ske. Gifvetvis kan jag på rent teoretiska grunder (genom kunskap om min faktiska karaktär) bestämma något om mitt framtida handlande, utan att kunskapen härom själf på minsta sätt involverar en föresats, såsom fallet är med det här föreliggande medvetandet. Äfvenledes kan jag genom själfakttagelse fälla det omdömet: jag beslutar mig nu för det eller det. Men ett sådant omdöme är dock icke ett moment i själfva föresatsens fattande.

Men frågan blir då: *hvad* uttrycker jag med »detta skall jag» vid föresatsens fattande? Innesluter medvetandet i fråga föresatsen själf, så att denna nödvändigt är förhanden, om det finns, är det antagligt, att det är själfva viljeelementet i densamma — vi kunna beteckna det som viljeimpulsen — som uppfattas jämte det handlande, till hvilket viljandet knyter sig. Det, som uppfattas, kan ju icke utan cirkel bestämmas som det äfvenledes till föresatsen hörande medvetandet själf. Men att det måste vara något till föresatsen hörande, framgår af medvetandets nödvändiga förbindelse därmed. Men å andra sidan synes under sådana förhållanden det ifrågavarande medvetandet endast behöfva bli tydligt för att få karaktären af omdöme om viljeimpulsens faktiska förhandenvaro. Men så är icke fallet.

Betrakta vi en känsla exempelvis af lust eller olust, framträder emellertid ett analogt egendomligt förhållande. Naturligtvis erfar man verkligen något i känslan och sålunda föreligger där ett medvetande. Dock faller medvetandet om känslans förhandenvaro inom ett helt annat plan och innebär icke alls en högre klarhet i förhållande till den »upplevelse», som känslan själf är. Man kan ej säga, att samma innehåll, som är gifvet i känslan, blir klarare uppfattadt genom medvetandet om densamma. Själfva känslolonne-

¹ Se v. EHRENFELS, System der Werttheorie I (1897) sid. 243.

hållet blir nämligen ej såsom sådant förhanden för ett medvetande om känslan. Detta innehåll kan öfverhufvud icke insättas i ett större helt och sålunda ej heller förtydligas eller bestämmas som ett led i ett verklighetssammanhang utan att intrajicieras i jaget. Det blir alltid ett jag, som har lusten, olusten etc. Men därmed blir känslolöshålltet för oss något verkligt blott som en upplevelse hos jaget. Jaget, väl att skilja från den psykofysiska organismen, har för oss sin egendomliga betydelse däri, att det är det för sig själft omedelbart gifna eller tillgängliga. Det, som vi fatta som immanent i jaget, blir därför också till *för* detsamma eller på något sätt uppleft *af* detsamma. Att jaget har lusten, olusten etc., kommer därmed att innebära, att det känner, erfar något sådant. Bestämmandet af ett känslolöshållts verklighet blir sålunda alltid ett bestämmande af känslolöshålltetens verklighet. — Detsamma kan för öfrigt direkt, utan hänsyntagande till intrajiceringen i jaget såsom medium för känslolöshålltetens bestämmande som verkligt, konstateras. Vi kunna naturligen utan minsta svårighet föreställa oss färg, utsträckning o. d. såsom själfva något reallt med en viss karaktär. Vi röra oss därvid för ingen del med föreställningen där-om, så att det vore blott denna, som vi bestämde. Men försöket att bestämma ex. glädjen utan hänsyn till glädjekänslan, *erfarenheten* af glädje såsom något reallt med en viss beskaffenhet strandar ohjälpligt. Hvad skulle en glädje vara, som af ingen erfores? I själfva verket mena vi med ordet alltid något subjektivt. Det betecknar för oss blott en viss upplevelse. — Är det anförda riktigt, kan det till känslan hörande medvetandet aldrig få formen af ett omdöme i den meningen, att i ett omdöme samma sak, som i känslolöshålltet erfares närmare bestämdes såsom led i verklighetssammanhanget. Medvetandet om glädjens förhandenvaro hos mig är på intet sätt ett medvetande om det, som jag i glädjekänslan erfar.

Nu är det klart, att föresatsmedvetandet för att verkligen involvera föresatsen själf måste innebära en direkt erfarenhet af viljeimpulsen, ej ett medvetande om upplevelsen däraf. Men den erfarna viljeimpulsen kan icke insättas i ett större helt och i omdömet göras till föremål för bestämmande såsom led i verklighetssammanhanget utan att intrajicieras i jaget. Det blir alltid ett jag, som vill, vid föreställningen om ett verkligt viljande. Men i och med att

denna intrajiciering sker, blir icke impulsen såsom sådan uppfattad utan blott upplevelsen af densamma. Det direkta medvetandet om viljeimpulsen har sålunda känslans nyssnämnda karaktär. (Då denna karaktär nu också är det för »känslan» till skillnad från andra medvetenhetsyttringar egendomliga, som erbjuder sig vid en betraktelse af det, som med detta ord betecknas, kunna vi också öfverföra detta beteckningssätt på det ifrågavarande föresatsmedvetandet såsom en direkt upplevelse af en viljeimpuls.) Härmed är nu förklaradt, huru det hänger i hop, att föresatsmedvetandet, fast det är en erfarenhet af en viljeimpuls, omöjligt kan genom att upphöjas till tydlighet få karaktären af ett omdöme om impulsens förhandenvaro.

Emellertid om nu också i föresatsmedvetandet, uttryckt med ett: »detta skall jag företaga», icke kan föreligga ett omdöme, så är dock *uttrycket* för känslan af viljeimpuls, »skall», hänfördt på »jag» såsom grammatiskt subjekt. Men om nu bakom detta uttryckssätt låge, att jag i ett medvetande fattade mig som »skolande» handla på visst sätt, så vore verkligen intrajicieringen af viljeimpulsen i jaget skedd, och det fullt tydliga föresatsmedvetandet hade då också karaktären af ett omdöme, i hvilket »jag» bestämdes såsom led i ett verklighetssammanhang. Viljeimpulsen vore då ej heller gifven i en känsla, hvars innehåll såsom sådant icke kan hänföras på ett större helt. Men under sådana förhållanden finns endast en psykologisk kategori, hvarmed det uttrycket bestämmande medvetenhetsläget kan betecknas, och det är associationen, närmare bestämdt den simultana. D. v. s. det föreligger skilda samtida medvetanden hos ett och samma subjekt. Dessa äro på ett egendomligt sätt förbundna med hvarandra och taga sig därigenom ett samfälldt uttryck i en sats. De associerade medvetenhetsyttringarna skulle då vara känslan af viljeimpulsen och idéen om mig såsom handlande på visst sätt. Till denna association skulle uttrycket: »detta skall jag företaga» vid föresatsens fattande hänföra sig.

En analog simultan association mellan en känsla och idéen om ett visst skeende måste anses ligga till grund för önskesatsen: »Mätte detta ske!» Hvarje försök att öfverföra en sådan sats till formen för ett verkligt omdöme ex.: »detta skeende har den karaktären, att det måtte ske» är misslyckadt. Detta därför, att »måtte»

ger direkt uttryck åt en lustkänsla, alldeles icke ett medvetande om förhandenvaron af lust. Men ett känslolnehåll kan såsom sådant aldrig vara led i ett omdöme. Ändock är uttrycksformen en sats, i hvilken känslouttrycket blir predikat hos uttrycket för idéen om skeendet. Därmed är nödvändigheten att fatta det bakomliggande medvetenhetsläget såsom en simultan association af känslan och idéen om skeendet gifven.

Till föresatsen hör emellertid, synes det, ej blott föresatsmedvetandet utan äfven själfva den verkliga viljeimpuls, som erfares. Men är den föregående utredningen riktig, så är viljeimpulsen själf bestämbar såsom led i ett verklighetssammanhang blott genom intrajiciering i jaget och därmed blott som innehåll i en upplevelse af densamma. Detta betyder emellertid i verkligheten, att den öfverhuvud icke kan bestämmas som något reallt. Man kan nämligen ej fatta saken så, att den visserligen skulle finnas, men med predikatet att vara upplefd. Ty detta att vara uppfattadt kan ej vara något predikat hos ett föremål, som detsamma skulle erhålla i och med uppfattningen däraf. Antingen skulle predikatet därvid vara gifvet för uppfattningen af föremålet. Men då blir uppfattningen en uppfattning af sig själf, hvilket är orimligt. Eller också har föremålet i och med uppfattningen detta att vara uppfattadt till predikat utan att detta predikat i uppfattningen själf fattas. Men i så fall inträder en regressus in infinitum, i det att det föremål, som har uppfattat vara till predikat, just i denna sin egenskap är innehåll i en uppfattning, alltså åter enligt utgångspunkten får uppfattatvara till egenskap genom denna uppfattning och så in infinitum. Eller helt enkelt: att en sak är uppfattad, betyder blott, att det föreligger en uppfattning däraf. Finns den blott som uppfattad, måste detta då innebära, att blott en uppfattning af den finns, ej saken själf.¹ Man får sålunda ej säga, att till föresatsen hör föresatsmedvetandet och ett reallt viljande. Föresatsen är det här skildrade medvetandet eller rättare associationen af medvetenhetsyttringar.

Till det sagda bör läggas, att den känsla af viljeimpuls, som är konstitutiv för föresatsen, måste vara besläktad med den känsla af handlingstendens eller af drift, som ofta förekommer förbunden med idéen om ett visst handlande, utan att en föresats att så handla är

¹ Klara utredningar häraf hos PHALÉN, Zur Bestimmung des Begriffs des Psychischen (1914).

utbildad. Hvad som är det skiljande, är väl blott en särskild energikänsla, som kommer till vid föresatsen. Denna energikänsla står gifvet i förbindelse med den visshet om att handlingen kommer att ske, som är utmärkande för föresatsen. Att närmare undersöka saken är här ej anledning.

Men härmed är nu klart, att föresatsen alldeles icke betecknar närvaron af en enhet i viljandet. Man kunde ju visserligen tänka en viljeenhet, som låge till grund för den association, hvaraf föresatsen består. Men antingen måste denna viljeenhet tänkas begrunda föresatsen genom viljeverksamhet, d. v. s. genom beslut eller föresats. Då är cirkeln i förklaringen uppenbar. Eller också är den en *qualitas occulta*, om hvars sätt att verka ingenting kan sägas, men då är den alls ingen förklaringsgrund och har ingenting att skaffa med det psykologiskt gifna viljandet, som är just föresats eller början därtill (drift).

Det är äfvenledes klart, att hvarje tal om en möjlig logisk fortgång i viljandet genom praktiska slutledningar är förfeladt, då en sådan fortgång förutsätter omdömen. Det som kan gifva skenet däraf, är den omständigheten, att föresatsens association mellan känslan af viljeimpuls och idéen om handlandet, sedan den en gång är gifven, kan följas af föresatsassociationer mellan samma slags känsla och det särskilda handlande, som på grund af föreliggande omständigheter hör logiskt tillsammans med det i den ursprungliga föresatsen företecknade handlandet. Men denna associationsföljd innebär naturligen icke ett slutande, som alltid förutsätter omdömen som premisser och vid slutsatsens dragande ett uppfattande af omdömesinnehållen i ett medvetande.

Med afseende å »föresatsens fasthet» såsom betingningen för den nyssnämnda associationsföljden är nu först att märka, att den ej kan betraktas som en kvalitet hos själfva den ursprungliga föresatsen. Ty om en föresats är fast eller lös, kan alls icke genom själfakttagelse i afseende å densamma afgöras. Såsom Kant riktigt säger, är det endast den verkliga utgången, som afgör, huruvida man kan tala om en fast eller lös föresats. Men ej heller till »viljan» såsom grund till föresatsen kan »fastheten» höra. Den skulle då enligt det förut därom sagda bli antingen en egenskap hos föresatsen själf eller hos en *qualitas occulta*, som ej kan användas som förklaringsgrund. Återstår då, att »fastheten» såsom beting-

ning för det ursprungligen tänkta handlingssättets reguliära genomförande genom nya föresatser är en viss beständighet hos föresatsens fysiologiska korrelerat hos den psykofysiska individen. Fortgången från en föresats till en annan i konsekvens med det ursprungligen tänkta handlandet skulle sålunda ej ens erbjuda ett psykologiskt orsakssammanhang. Detta vinner i betydelse därigenom, att den reguliära fortgång i handlandet, hvartill hvad man kallar föresatsens fasthet skall vara orsaken, ingalunda behöfver ske genom nya föresatsers fattande i de speciella fallen. Om jag beslutat mig för att gå en väg, som endast är med afseende å sin allmänna riktning känd, behöfver jag ingalunda vid hvarje förut obekant krökning fatta ett särskildt beslut att nu följa denna. Ja, som bekant, behöfver jag ej ens ha den ursprungliga föresatsen vaken under utförandet. I sådant fall fungerar den fysiologiska beständighet, som är »föresatsens fasthet» utan alla psykologiska mellanleder.

Härmed torde kunna anses ådagalagd, att det gifna viljandet alldeles icke kan betraktas som en låt vara relativt inom sig sluten enhet, som skulle kunna utgöra underlag för bildandet af begreppet om en absolut vilja. Det visar sig vid närmare undersökning till själfva sin struktur vara ett led i natursammanhanget. Hvarje tanke på en absolut fast vilja, som sålunda skulle vara upphöjd öfver inflytelser från yttre faktorer, visar sig därmed som en *contradictio in adjecto*. Men något sådant måste förutsättas, för att den logiska rättstillämpningen skall vara möjlig, om rätten väsentligen är ett innehåll hos en vilja.¹

4. Representanterna för de teorier, som här behandlas, utge sig själfva häfda den åskådningen, att rätten såsom positiv blott är ett system af befallningar eller deklareringsar af en viss vilja. Den skulle sålunda vara att fatta blott som en faktisk verklighet, till för ett rent teoretiskt blott konstaterande medvetande. *Om de*

¹ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904) sid. 14, framhåller, att endast ur omdömen, ej ur imperativer kunna slutsatser dragas. Därför måste äfven på imperativteoriens ståndpunkt rättssatsen fattas ej som ett imperativ utan som ett omdöme, i hvilket lagstiftarens förordnande bestämmes som faktiskt för handen. Men RADBRUCH förbiser härvid, att ur faktum af ett lagstiftarens viljande med ett visst allmänt innehåll kan ingen slutsats dragas med afseende å hans viljande i det särskilda fallet och att därför svårigheten blir densamma, som om rättssatsen vore imperativet och ej omdömet om dess förhandenvaro.

verkligen fasthålla härvid och icke inlägga något annat i rätten vid framställningen af sina teorier, skall nu närmare undersökas. Men därför är det nödigt att först något närmare behandla *befallningens* psykologiska innebörd, särskildt med afseende å dess förhållande till föreställningen om *plikt*. Vi bereda oss därmed också öfvergången till den hufvudteori med afseende å den objektiva rätten, som betraktar den såsom med auktoritet framträdande uttryck för idéer om rättigheter och skyldigheter.

I befallningen syftar den befallande till att genom vissa tecken, särskildt genom en viss utsago, bringa föremålet för befallningen till ett visst positivt eller negativt handlande. Hålla vi oss därvid till utsagon såsom det närmast till hands liggande befallningsmedlet, så har densamma i denna sin egenskap en egendomlig form: du *skall* handla så eller så! eller: handla så eller så! Hvilken föreställning eller hvilket medvetenhetsläge öfverhufvud afser den befallande att väcka därmed hos mottagaren?

Först bör därvid betonas skillnaden mellan innebörden i detta uttryck och innebörden af en hotelse, som stundom bifogas befallningen. Vid hotelsen vill man endast i syfte att förmå till ett visst positivt eller negativt handlande väcka föreställning om, att vissa från den hotelsen uttalande personen utgående för föremålet olyckliga följder inträda, om han ej handlar så eller så. Möjligen kan hotelsen vara förbunden med en varning. Det väsentliga för varningen är, att den varnande sätter sig in i föremålets eget värde-medvetande och med hänsyn till för densamma gällande negativa värden vill bibringa det föreställningen om klokheten i att undvika ett visst handlande. Men hvarken i hotelsen eller varningen kommer den egendomliga innebörden i det befallande »du skall» fram. Det kan som bekant uttalas, utan att vare sig öppet eller hemligt en hotelse eller en varning därmed är förbunden. Då föreligger ren befallning. För öfrigt är det klart, att »du skall» i hvarje befallning är *kategoriskt* menadt och icke syftar att väcka föreställning om handlingen såsom börande ske blott med hänsyn till vare sig positiva värden eller undgående af negativa för *befallningsmottagaren*. Hotelse eller varning kan sålunda blott vara ett appendix till detta »du skall» för att genom förstärkning med andra medel bringa föremålet till ett visst handlande.¹

¹ HOLD V. FERNECK, Die Rechtswidrigkeit I (1903) sidd. 75 ff., antager, att befallningen är utan betydelse utan sanktion (likaså SELIGMANN, Beitr.

Men om i befallningens »du skall» ingen hänsyn tages till värden för befallningsmottagaren, frågas, huru den befallande genom utsagon såsom sådan kan påverka mottagaren. I:o kan det ej vara fråga om, att utsagon hos mottagaren skall väcka den föreställningen, att en viss önskan eller vilja är förhanden hos den befallande.¹ Det må vara, att mottagaren ur befallningens faktum kan sluta till, att något sådant föreligger. Men det är en annan sak, än att väckandet af en sådan föreställning skulle vara utsagons betydelse vid realisationen af befallningssyftet. Det ligger i öppen dag, att kunskapen härom ej kan för befallningsmottagaren spela den minsta praktiska roll, om han ej tillika vet, att ett handlande mot den befallandes önskan eller vilja kommer att leda till för honom olyckliga följder eller också handlande i enlighet därmed har med sig förverkligandet af vissa positiva värden för honom. Men syftade den befallande till att verka på detta sätt, behöfde han endast hota i afseende å eller därtill varna för ett visst handlingsätt, resp. utlofva något som följd af eller därtill äfven råda till det af honom önskade handlingsättet. D. v. s. befallningens »du skall» vore, om dess innebörd skulle vara den angifna, utan all betydelse för befallningssyftet. Särskildt är att märka, att om detta »du skall» är identiskt med ett

zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, sid. 46, jfr GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (1909) sid. 25 (efter AUSTIN). Det leder till den konsekvensen, att det enda, som har betydelse i befallningen, är utsagon af, att ett visst handlandes underlåtelse leder till vissa olyckliga följder för den, som mottager befallningen. Därvid blir det fråga om antingen blott en rent teoretisk utsago, fast med syftet att förmå till visst handlande, eller därjämte ett råd till föremålet för befallningen att taga sig till vara. Detta också framhållet af BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2 Aufl. I (1890) sid. 39. Emellertid betonar HOLD v. FERNECK, p. a. st., sid. 183, att befallningen skiljer sig från en sådan slags utsago därigenom, att den därjämte innesluter en kungörelse af den befallandes vilja. (Så också i definitionen på norm, sid. 79.) Men en sådan viljekungörelse tjänar till intet, om det enda betydelsefulla är sanktionen. Men hade viljekungörelsen ingen funktion att utföra vid befallningssyftet, så skulle den öfverhufvud icke förekomma. Nu är att märka, att om den förekommer, så sker den just genom detta »du skall», det specifika för befallningen till skillnad från hotelse eller varning. Med antagandet af en särskild viljekungörelse såsom tillhörande befallningen är sålunda i verkligheten antaget, att själfva befallningsuttrycket har en egendomlig betydelse, som är att skilja från sanktionens, hvilken då blott kan beteckna ett plus till den kraft, som det blotta befallningsuttrycket har.

¹ Så HOLD v. FERNECK, p. a. st. Så ock SCHUPPE, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphil.* (1881) sid. 46.

»jag vill, att du» och ej blott »jag önskar, att du», så måste det fullständiga uttrycket bli: jag vill genom ett visst förfarande bringa dig att handla på visst sätt. Men om det här tänkta förfarandet är just befallandet, så kan det ej vara detsamma som att gifva uttryck åt en sådan vilja. Man kommer annars till den konsekvensen, att den befallande uttrycker en vilja att ge uttryck åt viljan att ge uttryck åt viljan in infin. Härtill kommer, att imperativet trots sin satsform omöjligt kan ge uttryck åt ett omdöme om, att något verkligen förhåller sig så eller så. Detta lika litet som föresatsens »jag skall». Hvarje försök att omsätta imperativets »du skall» i något sådant som: det förhåller sig verkligen så, att du skall handla så eller så, visar sig genast misslyckadt.¹ 2:o kan det ej vid befallningens »du skall» vara fråga om att gifva omedelbart uttryck åt en den befallandes personliga önskan eller beslut.² Äfven detta skulle af samma skäl, som i förra fallet andragits, vara utan betydelse för befallningssyftet. För öfrigt skulle i detta fall befallningsuttrycket vara antingen: måtte du handla så eller så (såvidt uttryck för önskan) eller: jag skall bringa dig att handla på visst sätt (såvidt uttryck för vilja). Det bör dessutom observeras, att det alls icke är nödvändigt, att hos den befallande föreligger en verklig vilja till eget handlande i psykologisk mening, som alltid innesluter särskild föresats. Vi »handla» ofta utan särskild föresats (se ofvan sid. 51). Att vi därvid dock tala om »handlande» och därmed också om »vilja», »syften», beror därpå, att verksamheten försiggår på samma ändamålsenliga sätt, som om en särskild föresats vore förhanden. 3:o kan det ej gälla att genom uttrycket väcka en önskan hos befallningsmottagaren att handla på visst sätt. En sådan önskan, som alltid måste hänföra sig till värden för personen att realisera genom handlingen, kan indirekt väckas genom hotelser, resp. löften, knutna vid vissa handlingssätt. Den kan direkt väckas genom råd till visst handlande, förbundet med hotelser, resp. löften. Ett råd betyder

¹ Att imperativet ej uttrycker ett omdöme framhålles af SIGWART, *Logik*, 4 Aufl. I (1911) sid. 18 not, BIERLING, *Jur. Prinzipienlehre I* (1894) sid. 29, och MAIER, *Psych. des emotionalen Denkens* (1908) sidd. 679 ff. Genom fullständigt förbiseende häraf blir HOLD v. FERNECK's utförliga analys af befallningen, p. a. st., sidd. 75 ff., förfelad.

² Så KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) sid. 202, och STARK, *Die Analyse des Rechts*, sid. 36, jfrd med sid. 91.

just förklaring af önskvärdheten af ett visst handlande från den tilltalades egen synpunkt och förutsätter därför ett införsättande i hans värdeomedvetande. Därmed ger det uttryck åt en önskan, gifven på basen af hans värden, en önskan, som det gäller att genom rådet direkt väcka till lif hos honom. Att det ej kan vara fråga härom, framgår ju omedelbart af, att befallningen såsom sådan ej refererar till värden för mottagaren.

Men under sådana förhållanden återstår endast ett sätt att fatta befallningsuttryckets betydelse. Det kan ej syfta till något annat än att *direkt* hos befallningsmottagaren verka en föresats till visst handlande. Detta blir enligt i (3) gifven utredning af föresattens innebörd detsamma som att det skall utan att väcka till lif önskningsar såsom motiver verka en association af en känsla af viljeimpuls och idéen om ett visst handlande. Genom motivlösheten hos den påverkade får ett sådant verksamhetssätt karaktären af en praktisk suggestion. För förmågan härtill fordras naturligen säregna relationer mellan den här aktive och den passive, ex. en öfvermakt från den förres sida, som göra den senare mottaglig för påtryckningen. Ofta är det nu emellertid så, att den befallande med detta »du skall» hos föremålet endast vill väcka en viss handlingsföreställning, men på ett sådant sätt, att den håller sig uppe med undanträngande af alla störande handlingsföreställningar och därmed omedelbart går öfver i handling. I sådant fall är relationen mellan den aktive och passive sådan, att den senares vilja i egentlig mening kan förlamas. Ja, där befallningen verkar mekaniskt, såsom där den hänför sig till invanda militära rörelser i enlighet med fasta befallningsuttryck, torde endast hos den befallande en föreställning om handlandet vara förhanden, under det att hos befallningsmottagaren den blotta auditiva uppfattningen af befallningsuttrycket, ex. marsch! funktionerar utan mellankommande handlingsföreställning, hvarmed reaktionstid sparas. I senare fallet är det emellertid naturligt, att man vid »drillens» början söker praktiskt inpräglade uttryckets handlingsbetydelse. Men äfven om vi lämna användningen af den mekaniskt verkande befallningskraften och hålla oss till den befallning, i hvilken en handlingsföreställning skall på effektivt sätt inpräglas, kommer ej den egentliga betydelsen af den imperativa formen fram. När ingenting annat åsyftas, tjänar den blott till att förstärka det suggestiva intrycket af det egentliga handlings-

uttrycket i riktning mot undertryckande af andra möjliga handlingsföreställningar. Men det händer, att relationen mellan den befallande och befallningsmottagaren visserligen är sådan, att en befallning kan få kraft, men att likvisst tanken på andra handlingsätt på grund af mellankommande hindrande impulser icke hos mottagaren kan skjutas undan. Då är det af nöden att väcka till lif en särskild föresats hos denne till den befallda handlingen för att befallningen skall få kraft. I sådant fall, då ej det hela kan fungera rent ideomotoriskt, får den imperativa formen sin egentliga betydelse. Då, när den genom befallningen väckta handlingsföreställningen med afseende å sin dominerings stöter på hinder i det egentliga viljandet, blir det nödvändigt att direkt verka på detta, hvilket sker just genom att tonvikten lägges på den imperativa formen såsom sådan, som skall bryta viljemotståndet. Själva handlingens ideella inpräglande blir då ej mäktigt att verka handlingens faktiska inträdande på grund af genom motsatta impulser upprätthållna handlingsföreställningar, såvidt icke impulsernas kraft att öfvergå i egentlig föresats hålles nere genom en förmedelst den imperativa formen verkad föresats till det befallda handlandet.

Det blir nu också begripligt, huru den imperativa formen kan fungera blott som hjälpmedel för handlingsuttryckets kraft att göra en handlingsföreställning enarådande. När formen fungerar med egen betydelse, syftar man därmed till att bryta motståndet hos uppträdande störande impulser genom att inpräglade en direkt föresats till handlingen. Men när något sådant ej är nödigt, stannar af formens egentliga viljebetydelse endast den negativa uppgiften kvar att inverka hämmande på möjliga störande viljeimpulser, hvilket nu sker så, att allt egentligt viljande förlamas. Därmed lämnas öppen plats åt suggestion genom handlingsuttrycket. Formen verkar då i samma riktning, som när den gör gällande sin egentliga betydelse, fast denna träder tillbaka. På samma sätt verkar ett militärt lystringsord utan att hos den som hör det väcka någon handlingsföreställning alls under vissa förhållanden i alldeles samma riktning, som när dess handlingsbetydelse gör sig gällande.

Med afseende å betydelsen af den imperativa formen, såvidt den öfverhufvud får en särskild egen betydelse, är nu att betona, att det gäller det medvetande eller rättare den association af medvetenhetsyttringar, som enligt i (3) gifven utredning är föresatsen

själf, ej en föreställning om föresatsen. Om denna själf *är* ett visst medvetenhetsläge, vore det naturligen en onödig omväg att söka inpräglä en föreställning om föresatsen för att såmedelst väcka den senare. För öfrigt följer redan af det förhållandet, att imperativformen jäfvar hvarje försök att omsätta den i formen af ett omdöme, att det ej kan vara fråga om att väcka en föreställning, som förtydligad blefve ett omdöme — i detta fall ett omdöme om föresatsens verkliga förhandenvaro. Men af föresatsmedvetandets två momenter, känslan af viljeimpuls och idéen om ett visst handlande, representerar den imperativa formen såsom sådan — detta »du skall» — det förstnämnda momentet. Så representerar föresatsens »jag skall» just själfva viljemomentet i densamma. Imperativets »du skall» och föresatsens »jag skall» röra sig sålunda omkring samma moment i föresatsen. Emellertid sker det på olika sätt. »Du skall» i imperativet syftar mot att omedelbart väcka momentet till lif. »Jag skall» i föresatsen är en reflex af momentet såsom redan förhanden.

Dock tarfvar detta sätt att skilja en restringering. Det är visserligen sant, att imperativets »du skall» ej ger uttryck åt en hos den befallande redan förhandenvarande känsla af viljeimpuls, som skulle ingå som led i hvad vi kalla föresats utan blott syftar till att hos befallningsmottagaren väcka en sådan känsla. Men skall verkligen imperativformen vara mäktig att hos befallningsmottagaren väcka föresatsmedvetande, måste den bära prägeln af ett verkligt uttryck för detsamma. Men funnes det nu icke redan hos den befallande just det föresatsmedvetande han syftar till att väcka, skulle imperativformen icke ge ett adekvat uttryck åt detsamma. Därtill fordras visst icke blott uttalandet af själfva orden utan dessutom, att detta sker just på det sättet, som är utmärkande för ett uttryck för redan förhandenvarande vilja. Själfva det känsloläge, som föreligger vid en verklig föresats, färgar på ett egenartadt sätt dess uttryck. Det bestämmes särskildt af den energikänsla, som utmärker föresatsen. För att verkligen denna egenartade bestämdhet skall träda fram, måste då också hos den befallande det ifrågakommande föresatsmedvetandet vara verkligen förhanden. Men huru kan en person ha ett föresatsmedvetande, som gäller *annans* handlande, ej hans eget? Observera, att det ej här är fråga om den föresats att *bringa* befallningsmottagaren till ett visst handlande, som tilläfventyrs

kan finnas hos den befallande. Denna föresats får ett helt annat uttryck. Med den i (3) gifna förklaringen af föresatsmedvetandet förstås emellertid möjligheten af, att det hänför sig till en *annans* handlande. Är detta medvetande vid hvad vi kalla föresats *blott* en association af känslan af viljeimpuls och idéen om ett visst eget handlande, finns intet som hindrar att annan person har ett motsvarande föresatsmedvetande, fast naturligen den med känslan af viljeimpuls associerade idéen nu ej blir idé om »mitt» handlande utan idé om den andres — om »ditt». Det tänkta handlandet är ju dock alldeles detsamma hos den person, som fattar föresatsen, och den, som har ett däremot svarande föresatsmedvetande. Äfven den känsla af viljeimpuls, som skulle vara associerad med idéen om den andres handlande, kan vara fullt analog med den motsvarande känslan hos denne andre själf. Endast det antagandet, att en känsla af viljeimpuls till själfva sin natur är en känsla af mig såsom viljande, står i vägen för en sådan analogisering. Men att känslan af viljeimpuls såsom sådan skulle innesluta ett jagmedvetande, är omöjligt. Ty i och med att viljandet blir intrajiceradt i jaget, blir det alltid blott *upplevelsen* af viljandet, som erfares. Denna själf såsom direkt upplevelse af detsamma skulle då vara omöjlig. — Hvad angår sättet för tillkomsten af ett föresatsmedvetande i afseende å annans handlande, kan man ju fatta detta så, att man föreställer sig en viss föresats hos den andre. Denna föreställning kan ju så tänkas draga med sig den föreställda viljekänslan själf i dess association med idéen om den andres handlande. — Alltnog: man måste antaga, att i imperativet har den befallande en känsla af viljeimpuls, associerad med idéen om ett visst befallningsmottagarens handlande. Och den imperativa formen blir just såsom reflexivt uttryck för denna association mäktig att hos mottagaren åstadkomma ett motsvarande medvetenhetsläge. Det är sålunda ej blott så, att imperativet syftar till att hos befallningsmottagaren framkalla ett föresatsmedvetande, utan hos den befallande själf finns just det åsyftade medvetandet, fast det hos denne ej representerar ett föresatsmedvetande i vanlig mening, eftersom det ej gäller eget handlande. Dock är det ett analogon härtill. Det kan nu också omvänt sägas, att det egentliga föresatsmedvetandets uttryck: detta skall jag företaga! ofta är ej blott en reflex af förhandenvarande medvetenhetsläge utan äfven har den betydelsen, att man vill be-

fästa i sig den föreliggande associationen genom själfsuggestering. Därmed kan ej blott imperativet betraktas som ett analogon till föresatsuttrycket utan omvänt kan detta behandlas som ett analogon till imperativet. I första personen pluralis af imperativet: låtom oss! ha vi en otvifvelaktig förbindelse af föresatsuttryck och imperativ.

Befallningssuggestionen refererar som sagdt ej till värden för objektet. Därpå följer, att det åsyftade föresatsmedvetandet ej heller innesluter några värderingar i samband med känslan af viljeimpuls. Därför måste, om befallningen utan tillhjälp af andra medel som hotelser eller varningar når sitt syfte, hos föremålet uppstå en värderingsfri föresats. Emellertid kan det ju hända, att befallningen endast såtillvida omedelbart når sitt syfte, att blott känsla af drift, associerad med idéen om visst handlande inträder, utan att den för föresatsen erforderliga energikänslan kommer till och sålunda ej heller en fullgången föresats gör sig gällande. Det är klart, att både i ena och andra fallet känsloläget med afseende å viljandet skall för den, hos hvilken befallningen har helt eller delvis åsyftad verkan, te sig som ofritt, då ej för subjektet själf betydelsefulla värden utan befallningsuttrycket bestämmer impulsen. En känsla af inre ofrihet följer då naturligt med påverkan genom befallning.

Det bör slutligen anmärkas, att förbudet med sitt »du får icke!» enklart torde vara att fatta som en befallning till underlåtelse af visst handlande, d. v. s. till nedslående af alla viljeimpulser till visst handlande. D. v. s. med detta »du får icke» uttryckes enligt det föregående en känsla af viljeimpuls i simultan association med idéen om nedsläendet af impulser till visst handlande hos förbudsmottagaren. Det praktiska nej ger uttryck åt antingen ett redan försiggående nedslående af viljeimpulser till visst handlande eller idéen om ett sådant nedslående. Det senare äger rum just vid detta »du får icke!» På liknande sätt ger det teoretiska nej uttryck åt antingen ett redan skeende afböjande af ett visst antagande (ex. *nej*, så är det *icke*) eller idéen om ett sådant afböjande (ex. det är icke antagligt).

Mera i förbigående må här framhållas, att med befallningens »du skall» är rådets och förmaningens motsvarande uttryck besläktadt. Äfven vid rådet gäller det, att med detta »du skall» väcka ett föresatsmedvetande. Men det är här icke fråga om att

direkt väcka detsamma hos föremålet. I rådet syftar den rådande med det här motiverade »du skall» att gifva kraft åt ett visst föresatsmedvetande genom upptagande af för objektet redan betydelsefulla värden, ur hvilkas synpunkt handlingen framhålles vara den bästa bland möjliga handlingar. Här står emellertid detta »du skall» med sin egentliga syftning på viljandet på gränsen till betydelselöshet, i det att det väsentliga här är tillämpningen af redan gifna värdesynpunkter. Vid förmaningen är det visserligen fråga om att suggerera in ett föresatsmedvetande, hvarför här också säregna relationer till objektet äro nödiga. Men i motsats till förhållandet vid befallningen söker man här i förbindelse med den egentliga viljesuggestionen äfven inpräglade vissa värdesynpunkter, ur hvilka handlingens lämplighet ger sig. Man kan förmana någon att i sitt handlande sätta hänsynen till lifvet i det hela framför hänsynen till ögonblickets värden. Man kan förmana någon att göra sin plikt. Men man befäller ej sådant.

5 a. Vi öfvergå nu till behandling af *pliktidéens* innebörd. Släktskapen med det medvetenhetsläge, som föreligger hos den af en befallning påverkade, är antaglig redan af det skälet, att det är genomgående åskådning i etikens historia, att plikten står i förbindelse med ett imperativ. Ett så vanligt antagande måste väl på något sätt ha sin grund i psykologiska fakta, som iakttagits. Sådant synas nu också medvetenhetslägena besläktade, som man i plikt känslan känner sig drifven till ett visst handlande. D. v. s. enligt föregående utredning föreligger en känsla af drift i simultan association med idéen om ett visst handlande. Redan det sätt, hvar på man för sig uttrycker föreliggande känsla vid negeringen af ett visst handlande: detta får jag icke göra! bär vittne om saken. Om »får icke» här också icke uttrycker en fullgången afböjande föresats, måste det alltid anses beteckna en afböjande viljeimpuls. I samma riktning peka också uttrycken skyldig att, pliktig att, som för öfrigt antyda, att det här gäller en ovillkorlig, sålunda ej af värden för subjektet bestämd impuls till ett visst handlande. Emellertid tager sig också plikt känslan uttryck i ett enkelt: detta bör jag. Nu förekommer onekligen börat såsom uttryck för en blott värdering, anknuten vid en viss handling. Ex.: Jag »bör» gå denna väg såsom den kortaste till det önskade målet. Det är därför nödigt att närmare undersöka, om plikt känslan är af samma natur som

de för våra värderingar grundläggande känslorna eller den hör till viljekänslorna.

Med pliktkänslan är oskiljaktigt förbunden eller till den hör en känsla af inre tvång till visst handlande — för att tala med Kant en känsla af nödgande. Ett inre tvång erfara vi bl. a. om en handling, själf förbunden med olust eller åtminstone icke förbunden med lust, framstår som bärande ske blott och bart för undgående af en viss olust. På den, som känner lust att stjäla för det eller det syftet, öfvar strafflagen ett inre tvång, såvidt han känner sig böra kufva sin böjelse för att undgå de med stölden förbundna efterverkningarna. Såvidt nämligen den blotta olusten eller rättare tanken på undgåendet af olust blir bestämmande för vårt afgörande, af hvilken handling som bör företagas, synas vi oss stå under beroende af något för oss yttre. Lusten allena synes oss, såsom cyrenaiker och epikuréer säga, såsom ett *οὐκ εἶναι*, något till oss hörande. I sådant fall betecknar nu emellertid det tvingande börat uppenbarligen, att handlingen är den under föreliggande omständigheter ur värdesynpunkt enda riktiga bland olika möjliga handlingar. Den gillas, alla andra förkastas. Hänför sig nu också det inre tvång som erfares vid pliktkänslan till en utväljande värdering af en viss handling blott med hänsyn till undgåendet af olust? Häremot tala åtskilliga omständigheter.

1. Den olust, som det vid det pliktenliga handlandet skulle gälla att undgå, kan ej vara någon annan än samvetsagget. Nu är det att märka, att hvad som härmed betecknas, ofta är ett synnerligen kompliceradt nät af känslor. Dit kan höra sådant som fruktan för den allmänna meningen, för yttre reaktioner från samhällets sida, religiösa straff. Men såvidt undgåendet af sådana handlingsföljder stå *klart* för mitt medvetande såsom grunden till att jag bör handla på visst sätt, så blir den kräfd handlingen ej för mig en plikt utan en klokhetsåtgärd och den befarade olusten ej samvetsagg. Betraktar jag sådana faktorer som orättmätigt reagerande, så kan till och med just det handlande, hvarmed jag utsätter mig för den ifrågakommande olusten, framstå som min plikt och fogligheten såsom blott en feg klokhetsåtgärd. Tänk härvid på själs läget hos en idealistisk anarkist eller en moraliskt revolutionär ny-skapare. Verkliga momenter i samvetsagget bli dessa känslor endast såvidt de gruppera sig kring och ej bestämdt åtskiljas från en

olustkänsla af särskild art. Det egendomliga för denna är, att den är knuten vid föreställningen om just ett *pliktvidrigt* handlande. Emedan jag icke handlade, som det hade varit min plikt att handla, känner jag olust. Jag kan därför icke tänka mig samvetsagget såsom en hotande följd af visst handlande utan att redan ha känsla af plikt i afseende å det motsatta handlingssättet.¹ Det är därför omöjligt, att denna känsla med därtill hörande känsla af inre tvång skulle vara ett gillande af viss handling såsom nödvändig för undgående af olust (samvetsagg).

2. Om en efterspanad mördare för att undgå dödsstraff ser sig tvungen att underkasta sig de största mödor, irra omkring i skogarna utan föda, gömma sig för människors blickar etc., så träffas han af det allra största psykiska tvång. Dock har det böra, som härutinnan gäller för honom, ingenting gemensamt med plikt. Tvärtom kan hans plikt-känsla verka i alldeles motsatt riktning. Och det egendomliga är, att om i sådana fall, där det gäller den för undgående af olust riktiga handlingen, verkligen tanken på skyldighet inträder, så objektiverar sig på ett egendomligt sätt det jag, i förhållande till hvilket skyldigheten äger rum. Jag, den handlande, har skyldigheter mot mig själf såsom en person, som står som den berättigade gent emot det jag, som nu känner sig förpliktadt. D. v. s. detta känner sig icke ur synpunkten af egna värden böra handla så eller så, utan med hänsyn till en mot detsamma stående person, som ställer sina berättigade kraf. Därmed komma vi öfver till frågan om det medvetenhetsläge, som föreligger, då man känner sig skyldig att handla på visst sätt med hänsyn till en utomstående persons rätt. Här synas denna person och *hans* värden vara det allena betydelsefulla. Handlingens värde för den förpliktade spelar ej den minsta roll. För den, som känner sig förpliktad i afseende å annan persons rätt, är undgåendet af egen olust alls icke grunden till, att han bör handla på visst sätt. Såvidt han har föreställning om den andre som berättigad, står denne afgjordt i förgrunden såsom den person, i förhållande till hvilken skyldigheten att så handla gäller. Det ligger just i denna föreställning, att den förpliktades egna intressen här måste skjutas undan.

Det bör nu äfven anmärkas, att också tillskrifvandet af ett inre värde till den person, som fullgör sina plikter — aktningen —

¹ KANT, Krit. d. prakt. Vern., sid. 47 (Ed. Kehrbach).

är något sekundärt i förhållande till pliktkänslan själf. Det plikt-enliga handlandet synes oss just *såsom sådant* äga ett inre värde. Sålunda är äfven det förmenta *objektiva* värdet af handlingen ej det bestämmande för pliktens böra. Ej heller ur handlingsvärdets antagna objektiva natur låter sig därför den känsla af tvång, som hör tillsammans med pliktkänslan, begripa.

Men om sålunda den tvångskänsla, som erfares i och med pliktkänslan, ej är bestämd af vare sig någon värdering af handlingen ur synpunkten af dess nödvändighet för undgående af olust eller föreställningen om öfver den enskilde stående objektiva värden, så måste den vara på annat sätt att förklara. Det återstår, synes det, endast en möjlig förklaringsgrund och den är, att det gäller en impuls till visst handlande, som kännes som ett tvång, just emedan icke subjektets fria värdering här synes bestämmande utan något i detta afseende för detsamma yttre. Impulsen tränger sig på oss, må vi intaga den ena eller andra värdepositionen till handlingen. D. v. s. pliktkänslan är väsentligen en viljekänsla, närmare bestämd en känsla af att vara drifven till ett visst handlande. Och visserligen är vid denna känsla ej fri värdering af handlandet det bestämmande.

Härmed är nu släktskapen med befallningsmottagarens medvetenhetsläge gifven ej blott så, att det i båda fallen gäller en viljekänsla, utan äfven så, att det blir fråga om en sådan viljekänsla, som framträder som oberoende af subjektets egen värdering.

Man söker ofta sedan Adam Smith förklara pliktkänslan såsom en social hämndkänsla emot antisocialt handlande. Denna reaktionskänsla verkar emellertid ej blott hos samhällets öfriga medlemmar gent emot den enskilde, såvidt han har tendenser till antisocialt handlande. Då han själf deltagar i den sociala gemenskapen och därmed också blir besjälad af samma känsla, verkar den i honom nedtryckande sådana tendenser. Denna inre reaktion mot antisocialitet skulle vara samvetet. Här bör emellertid observeras, att det är nödvändigt starkt skilja mellan subjektet såsom reagerande och såsom utsatt för reaktionen. Den känsla, som subjektet har såsom reagerande, kan omöjligt vara pliktkänslan. Ty till själfva den sociala hämndkänslan hör icke på minsta sätt en känsla af bundenhet. En sådan känsla kan uppstå hos den enskilde endast som *objekt*, ej som *subjekt* för reaktionen. Men då måste för förklaringen af pliktkänslan tagas hänsyn till de känslor, som uppstå hos den

enskilde vid erfarenheten af hans sociala jags »samvetets» reaktion. Bestämnes nu detta känsloläge så, att han förkastar antisocialt handlande, emedan det utsätter honom för lidande genom det mot sådant handlande reagerande sociala jaget, blir därmed ingalunda pliktkänslan förklarad. Ty pliktkänsla förutsättes redan för möjligheten att frukta den till pliktvidrigheten hörande olusten, »samvetsagget», såsom straxt förut är påpekadt. Endast om man fattar saken så, att erfarenheten af det sociala jagets reaktion omedelbart verkar en impuls till ett visst handlande, d. v. s. utan att hos subjektet vid erfandet sker någon värdering af handlandet ur ena eller andra synpunkten, på grund hvaraf impulsen inträder, kan det anses, att en möjlig förklaring af pliktkänslan skulle föreligga, n. b. om man tager hänsyn till hittills uppvisad bestämdhet hos den samma. Vore på detta sätt sakförhållandet vid erfandet af reaktionen riktigt framställt, skulle dit också höra, att det sociala jaget framstode som befallande det individuella. Den enskilde skulle då för att förklara för sig det föreliggande känsloläget, som vore likartadt med det hos befallningsmottagaren förefintliga, föras till att fatta det sociala jaget såsom en befallande makt i honom. Till den fullständiga förklaringen af pliktkänslan skulle då höra antagandet af ett den enskildes objektiverande af det sociala jaget till en inre befallningsmakt.

b. Emellertid: om också släktskapen mellan befallningsmottagarens »jag skall» och pliktens »jag är skyldig att» är påtaglig, frågas, om verkliga det senare *är* af imperativisk natur. För undersökningen häraf taga vi i betraktande ett egendomligt medvetande, som synes vara förbundet med känslan af drift i pliktkänslan och utan hvilket den ej synes ha karaktären af just *plikt*känsla. Det rent imperativiska »du skall» låter sig liksom den ofullgångna eller fullgångna föresatsens »jag skall» omöjligt uttrycka i omdömesform. Detta är i (4) förklaradt så, att det, som här uttryckes, är ej ett enhetligt medvetande utan en simultan association af impuls-känsla och handlingsföreställning, hvarvid den förra får sitt särskilda uttryck. Upptagandet af ett imperativ, som endast är ett efterbildande af den simultana association, som uttryckes med befällningen, kan då ej heller få sitt uttryck i formen för ett omdöme. Men annorlunda är förhållandet med pliktkänslan. Här får uttrycket verkliga omdömesform: denna handling *är* min plikt eller

jag *är* pliktig att så handla. Därpå synes följa, att i plikt känslan är inväfdt ett medvetande om plikten såsom något reallt, hvilket medvetande bestämmer uttrycket.

Emellertid synes förståelsen af ett sådant medvetande vara förbunden med en oöfvervinnelig svårighet. Westermarck anser, att detsamma är att förstå som ett medvetande om, att handlingens underlåtelse är ägnad att väcka sedligt ogillande, hvilket ogillande för honom är själfva plikt känslan.¹ I sådant fall skulle emellertid plikt känslan själf vara möjlig utan medvetande om, att en handling är plikt. Detta synes emellertid äfven efter Westermarcks egen framställning vara omöjligt. Enligt honom utmärkes nämligen den sedliga känslan såsom sådan bl. a. genom den tillhörande föreställningen om dess opartiskhet.² Däremot synes ej vara något att invända, åtminstone såvidt fråga är om plikt känslan. Men han måste bestämma opartiskheten såsom hänsyntagande till såsom objektiva föreställda rättsgränser.³ Rättsgränser kunna naturligen icke föreställas som objektiva utan att deras korrelat plikten också objektiveras.⁴ Att det ifrågakommande medvetandet om plikt i objektiv mening ej kan vara medvetande om, att en handling är ägnad väcka sedligt ogillande, framgår emellertid äfven af andra skäl. Ty ett sådant medvetande kan jag ha såsom ren ointresserad iakttagare af eget och andras sjäslif, utan att därmed behöfver vara förbunden någon som helst riktning i viljan på underlåtelse af en sådan handling. Men att medvetande om plikt att handla på visst sätt skulle kunna vara förhanden utan någon som helst riktning i viljan på handlandet i fråga, synes omöjligt. Detta »skyldig att» uttrycker ju en erfaren viljeimpuls och synes då ej heller kunna ha någon mening utan att en sådan erfarenhet verkligen föreligger. Men för öfrigt gäller det här medvetande om plikt, ej medvetande om en viss plikt känsla. Att man bestämdt skiljer mellan plikt och plikt känsla, är påtagligt. Man kan till och med vid bedömandet af förhandenvarande plikt känslor hos en själf bestämma det som plikt att ej låta sig ledas af en omedelbart uppstående plikt känsla, vare sig emedan handlingens konsekvenser ej äro fullt genomtänkta eller

¹ Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe I (1907) sidd. 1 ff., jfrdt med sidd. 114 ff.

² p. a. st., sidd. 85 ff.

³ p. a. st., sid. 101.

⁴ Jfr min uppsats i Psyche 1907. I moralpsykologiska frågor, sidd. 285 ff.

»orena» motiver synas bestämma känslan. Med afseende å andra skilja vi ännu mer bestämdt mellan deras mer eller mindre moraliskt ofullkomliga pliktkänslor och deras verkliga plikter. Du bör, säga vi, utveckla dig till renare pliktkänsla. Något sådant vore utan mening, om pliktkänsla fattades som identisk med plikt.

Men ej heller synes det vara möjligt att fatta medvetandet i fråga så, att vi hos handlingen upptäckte en viss egenskap, som för oss vore pliktkaraktären. Vi kunna visserligen genom undersökning af handlingen upptäcka, att den har en sådan egenskap, att den ex. befordrar allmänt väl, och bestämma den såsom plikt med hänsyn härtill. Men pliktkaraktären är därför visst icke identisk med den sålunda konstaterbara egenskapen. Är det så, som förut är framställdt, att detta »pliktig att» är ett uttryck för en viss känsla af viljeimpuls, synes det omöjligt att betrakta plikten såsom bestämdhet hos en viss handling. Såsom förut är påvisadt, är det utmärkande för känslan, att dess innehåll ej för sig kan insättas i ett verklighetssammanhang och sålunda ej heller betraktas som real bestämdhet hos ett föremål. Blott med upplevelsen själf kan ett sådant infogande i verklighetssammanhanget ske.

Emellertid kan häremot invändas, att just det förhållandet, att vi äro medvetna om »plikten» såsom en objektiv bestämning hos handlingen visar, att detta »pliktig att» icke, såsom här antagits, kan vara ett blott känslouttryck, utan måste vara uttryck för ett predikat i ett omdöme, i hvilket ett visst mitt handlande bestämes. Härvid är dock först att märka, att den omständigheten, att uttrycket »plikt» förekommer såsom grammatiskt predikat i en sats med omdömesform, icke bevisar förhandenvaron af ett verkligt omdöme såsom bakgrund för satsen. Detta gäller, huru mycket än denna må vara ett ovillkorligt framspringande uttryck för ett bakomliggande verkligt medvetenhetsläge. Det är visst icke omöjligt, att annat än verkliga omdömen ex. associationer af skilda upplevelser taga sig uttryck i en sats med omdömesform. Man har då i det särskilda fallet att undersöka, huruvida en sådan sats verkligen ger uttryck åt ett omdöme. Låt oss då närmare se till, huru saken står med afseende å pliktsatsen. »Detta handlande är plikt för mig». Ett sådant uttryck är alldeles likvärdigt med följande: »Denna handling bör af mig företagas» eller »den bör genom mig bli en verklighet». »Plikt» är sålunda likvärdigt med »bör—vara». Men under

sådana förhållanden skulle jag i det bakomliggande omdömet föreställa mig en viss modifikation af själfva varat såsom real bestämning hos handlingen. Jag skulle sålunda tillskrifva verklighetsmodifikationen en absolut verklighet. Men detta är lika omöjligt, som att jag skulle kunna fatta en viss inskränkning i det svarta såsom absolut svart. Eller på annat sätt vändt; Jag skulle i ett medvetande tillskrifva handlingen verklighet i absolut mening, i det jag fattar den såsom ägande en real bestämdhet: bör-varat, och tillika bestämma den som blott börande vara. Alltså kan icke ett verkligt omdöme ligga bakom satsuttrycket. Men om nu det egendomliga i detta pliktens »bör» icke kan bli led i ett omdöme, emedan det i sådant fall skulle bli en modifikation af varat, så har det den naturen att icke kunna fungera som föreställt led i verklighets-sammanhanget. Men detta är just det utmärkande för känslo-innehållet såsom sådant. Därmed är då visadt, att bakom pliktens böra ligger en känsla. Att denna känsla är en viljekänsla följer däraf, att enligt det föregående vi i pliktmedvetandet känna oss drifna mot ett visst handlingssätt, utan att här någon värdering får anses vara det bestämmande.

Det synes då, som om äfven här endast en simultan association af känslan af viljeimpuls och föreställningen om handlingar skulle föreligga och blott *uttrycket* för denna association vore en sats med omdömesform. Man kunde förstå detta så, att här föreställningen om handlingens bestämdhet vid tillkomsten af uttrycksreflexen dominerade och droge in äfven känslo-uttrycket bland uttrycken för dess bestämdhet. Känslo-uttrycket skulle då ej bevara sin själfständighet, såsom fallet är vid det imperativiska »du skall» eller önskesatsens »måtte», vilka uttryck trots satsformen alls icke indicera det betecknade såsom en bestämdhet hos den fordrade handlingen, resp. det önskade skeendet. Det skulle då ej verkligen föreligga ett medvetande om plikt i objektiv mening, endast en sats, som dock vore formad så, att den på ett vilseledande sätt angäfve förhandenvaron af ett bakomliggande omdöme. Men mot en sådan lösning af svårigheten talar det förhållandet, att plikt-satsen i sin omdömesform ej blir ett blott flatus vocis, utan inverkar på mitt sätt att tänka. Det blir verkligen så, att »förpliktelsen» funktionerar som ett logiskt element. Jag sluter från dess antagna förhandenvaro i ett fall till dess förhandenvaro i

ett annat, alldeles som om det här vore fråga om en verklig bestämdhet hos saken själf. Ex.: *Denna* handling är jag skyldig att underlåta, emedan den är stöld. Här är gifvetvis utgångspunkten, att stöld är något, som man är pliktig underlåta. *Denna* handling bör då också underlåtas, emedan den är stöld. Detta slut skulle omöjligt stå för oss som bindande, om vi icke verkligen tänkte oss vid förpliktelsen en till själfva saken hörande bestämdhet, som är den samma vid alla sakens kombinationer.

Det är härvid af intresse att taga i betraktande ett analogt fall på värdeområdet. Om jag säger: måtte han snart inträffa!, så ger hvarje försök att omsätta satsen i verklig omdömesform ex. därtill: hans snara inträffande är verkligen något, som måtte ske, endast en flatus vocis. Också blir här hvarje försök att begrunda förbindelsen mellan inträffandet och detta »måtte ske» misslyckadt. Jag kan icke med någon mening fråga mig: hvarför måtte det ske? Anledningen härtill är naturligtvis, att de uttryck, som här användas, ej alls äro afpassade efter den egentliga omdömesformen. Detta innebär, att det här ej föreligger någon till satsen anknuten föreställning om något såsom verkligen förhållande sig så eller så. Det, som bestämmer uttrycket, är blott en simultan association af känslan af lust och föreställningen, att personen snart inträffar. Känslans uttryck bibehåller därvid sin själfständighet. Därmed hindras öfvergången i en sats med verklig omdömesform, till hvilken ett verkligt omdöme skulle kunna anknytas. Men om nu uttrycket lyder: det är önskvärdt, att han snart inträffar, är det visserligen så, att äfven här — i fall det verkligen gäller att uttrycka en mening — ursprungligen ligger till grund en känsla af lust och föreställningen om ett visst skeendes verklighet. Ty det är äfven här en verklig önskan, som tager sig uttryck. Märk väl: man ger därmed ej alls uttryck åt medvetandet om en önskans förhandenvaro, hvilket vore fallet, om uttrycket löde: jag önskar, att han snart inträffar. Men här har uttrycket trots allt fått omdömesform. Och »önskvärdheten» får här verkligen karaktären af en till saken hörande bestämdhet. Nu är den ett logiskt element, såsom visar sig därmed, att vi tro oss begrunda önskvärdheten af det eller det genom önskvärdheten af något annat. Det är önskligt, kan man säga, att han snart inträffar, emedan det är önskvärdt, att jag snart får reda på utgången af en viss affärstransaktion. Här får det sekundärt önsk-

värda denna karaktär, emedan det innehåller det närmare bestämda tillkomstsättet för det primärt önskvärda, kunskapen, som bevarar sin värdekaraktär äfven i denna sin konkreta bestämdhet. Men å andra sidan är hvarje försök att bestämma, hvad önskvärdheten såsom bestämning hos ett visst skeendé skulle vara, misslyckadt. Hvarken är den detsamma, som att skeendet verkligen är önskad, ej heller är den en egenskap hos detta, tänkt som led i verklighets-sammanhanget, som man genom analys af detsamma skulle kunna upptäcka.

Jämför nu med här anförda exempel på värderingsuttryck följande exempel på uttryck för en viljeimpuls. Man känner sig frestad till stöld och öfvervinnandet af frestelsen tager sig uttryck i ett enkelt: Nej, så illa skall jag icke handla. Ingen egentlig omdömesform är förhanden, till hvilken ett verkligt omdöme skulle kunna anknyta sig. En simultan association af känslan af viljeimpuls och föreställningen om handlandets underlåtelse — här en föresats — tager sig uttryck under bevarande af känsloutryckets själfständighet. Men som motiv till detta öfvervinnande af frestelsen kan ha verkat en pliktkänsla, som tar sig uttryck i en intern sats: Det är min plikt att icke vika för frestelsen. Ej blott en simultan association af angifven art föreligger här. »Plikt», som här svarar mot »skall» i förra exemplet, har blifvit en i underlåtelsen immanent bestämdhet, hvarmed man rör sig såsom ett logiskt element. Vi ha sålunda här en parallel till de psykiska lägena vid de båda exemplen på olika uttryck för värderingar.

Den svårighet, som är gemensam för båda fallen — forståelsen af möjligheten att fatta värdet, resp. plikten som en objektiv bestämdhet — torde nu också lösa sig på enhetligt sätt. I hvardera fallet saknas hvarje annat underlag för objektivering än just uttryckets för den här föreliggande simultana associationen karaktär af omdömesform. Uttrycken »värde» och »plikt» eller andra, i hvilka vi inlägga samma mening, såsom leder i satser med omdömesform, hänföra sig primärt till bakomliggande känslor i simultan association med föreställningar om något såsom led i verklighetssammanhanget med en egendomlig bestämdhet. Dessa associationer taga sig uttryck i satser med omdömesform, i det att vid uttryckets bestämmande föreställningselementet dominerar och drager känsloutrycket in bland uttrycken för det förestäldas objektiva bestämdheter.

Sådana satser äro 1:o icke godtyckligt bildade ordsammanställningar såsom t. ex. gråstenen är en gorilla utan ovillkorligt inträdande reflexer af det bakomliggande medvetenhetsläget att likställa med affektuttrycken. 2:o äro de ej af individuell natur utan i hvarje fall bestämda af individens tillhörighet till en social språkgemenskap, hvarmed liknande själsläge hos skilda personer, som använda samma språk, taga sig lika uttryck. Men genom denna sin ovillkorliga och öfverindividuella karaktär få sådana satser skenbarligen alldeles samma karaktär som de satser, hvilka verkligen gifva uttryck åt bakomliggande omdömen. Ingenting är då naturligare, än att uttrycket föranleder ett försök att bilda ett verkligt omdöme i anslutning därtill.

Om någon berättar mig något och jag tror på berättaren, föranleder berättelsen, att jag hos mig i anslutning till uttrycken utbildar omdömen, förbundna med tron på sakens realitet. Tror jag icke på berättaren, föranleder berättelsen äfvenledes en utbildning af omdömen i anslutning till uttrycken. Men tillika föreligger då medvetande om, att det enda reala härvid är föreställningen om ett skeende. Skälet härtill är att söka däri, att hvarje föreställning om ett visst förhållande såsom realt åtminstone har tendens att föra med sig ett ovillkorligt och öfverindividuellt bestämdt uttryck — en sats med omdömesform. Däraf följer, att föreställningen om förhållandet vanligen har med sig också uppfattningen af ett sådant satsuttryck. Men därmed blir det också naturligt, att omvänt uppfattning af en sats med omdömesform, såvidt den icke ter sig som en blott ordsammanställning och icke hos den uppfattande är ett blott uttryck för ett bakomliggande omdöme, associativt drager med sig föreställningen om ett visst förhållande såsom realt. Men icke hvilken sådan föreställning som helst blir följden. Hvarje annan omdömesföreställning än den, som har till sitt ovillkorliga och öfverindividuellt bestämda uttryck just den uppfattade satsen, för med sig ett annat uttryck än denna. Därmed följer också en uttrycksuppfattning, som stör den ursprungliga. Alltså: såvidt denna fortvarar, för den med sig just den föreställning, som har till ovillkorligt och öfverindividuellt bestämdt uttryck den uppfattade satsen. Härvid är nu att märka, att det är just det ovillkorliga uttryckets öfverindividuella karaktär, som möjliggör meddelelsen. I denna ligger den enda afsikten hos den meddelande i syftet att genom be-

kantgörande af de ovillkorliga och öfverindividuellt bestämda uttrycksreflexerna för utvalda föreställningar väcka dessa till lif hos objektet. Uttrycken själfva bildas ingalunda afsiktligt, såvidt verkligen såsom här förutsättes social språkgemenskap existerar. Blott såvidt detta icke är fallet, omsätter meddelaren afsiktligt de för honom naturliga uttrycken vid bekantgörandet i satser, som med hänsyn till objektets sätt att gifva ovillkorligt och öfverindividuellt bestämdt uttryck åt sina föreställningar hos det samma kunna väcka till lif de afsedda föreställningarna. Hos objektet för meddelelsen finnes under förutsättning af social språkgemenskap ingen annan afsikt än på sin höjd att uppmärksamma meddelarens uttryck i och för de motsvarande föreställningarnas framkomst. Men föreställningarna, som knyts vid de uppmärksammade uttrycken, framgå ovillkorligt ur uppfattningen af dessa och blifva därvid homogena med meddelarens egna på grund af den sociala språkgemenskapen. Endast såvidt denna gemenskap brister, kommer ett afsiktligt sökande efter meddelarens egna föreställningar — interpretation — i fråga. Men äfven här kommer det an på ett omsättande af gifna uttryck i sådana, som för meddelelseobjektet äro naturliga. Sedan detta skett, framspringa sakföreställningarna omedelbart.

Om nu på angifvet sätt simultana associationer af känslor och föreställningar om ett förhållande såsom reallt taga sig ett ovillkorligt och öfverindividuellt bestämdt uttryck i satser med omdömesform med känslouttrycken »värde» och »plikt» eller liknande som elementer, inträder en egendomlig följd i afseende å subjektets eget föreställningslif. När en verklig omdömesföreställning tager sig uttryck i en sats med omdömesform, föranleder detta endast hos ett annat subjekt med homogent uttryckssätt, som uppfattar uttrycket, en ny omdömesföreställning. Hos det sig uttryckande subjektet själf blir så ingalunda förhållandet. Men i det angifna fallet verkar nödvändigt uttrycket tillbaka på detta, emedan hvarje uppfattad sats med omdömesform, som ej ter sig som en blott ord-sammanställning och ej heller redan har bakom sig en omdömesföreställning, enligt det föregående har med sig en sådan. Frågan blir nu den: hvilken omdömesföreställning blir följd? Naturligtvis blir den såsom real tänkta värdebestämda saken, resp. den plikt-enliga såsom real tänkta handlingen subjektet i det nya omdömet. Men hvad bli »värdet», resp. »plikten» såsom predikater? Nu är

det så, att hvad helst man än åskådligt föreställer sig härvid, ger det en omdömesföreställning, som har ett annat ovillkorligt öfverindividuellt uttryck än det här föreliggande och sålunda ej passar i hop därmed. Men om nu likvisst en omdömesföreställning måste uppstå i anknytning till satsens omdömesform, så blir denna med afseende å »värdet», resp. »plikten» såsom predikater utan all åskådlighet. D. v. s. man föreställer sig vid orden endast en bestämdhet in abstracto, ett visst något, såsom förhanden hos den tänkta saken, resp. handlingen utan att kunna bilda sig en föreställning om, hvilken denna bestämdhet är. Man kan öfverhufvud icke fatta detta något annat än som en uttrycket bestämmande realitet. Emellertid blir det naturligt, att hvarje gång orden återkomma såsom leder i satser af angifven natur med bakomliggande känslassociation, tror man sig återfinna samma egenskap, samma med hvarje åskådlig föreställning inadekvata något, som hör ihop med det ifrågakommande uttrycket, värde, plikt o. d. Men sedan en gång sådana föreställningar, som ha sitt enda underlag i spontant framsprungna satsbildningar med känslouttryck som leder, utbildat sig, opererar man med det tänkta något såsom logiskt element, utan hinder af att man är i afsaknad af hvarje åskådlig föreställning om detsamma och öfverhufvud kan fatta det blott såsom det för ett visst uttryck bestämmande.

Vi ha här framför oss en urbild i det vanliga medvetandet till det skolastiska sättet att tänka. Äfven här gäller det spontant framsprungna satser med omdömesform, som ej ha sitt underlag i ett enhetligt medvetande utan i associationer, om också ej känslassociationer, men som föranleda den föreställningen, att det verkliga finns ett visst något, som bestämmer uttrycken, fast hvarje åskådlig föreställning därom saknas. »Es muss sich doch etwas an den Worten denken lassen.» Och så arbetar man med detta något såsom ett logiskt element, insätter det i sammanhang med annat, anger dess bestämningar, drager slutsatser med det som led i premisser etc. Ex.: Causa sui frambringa sin egen realitet eller existera nödvändigt. Ordet causa sui ger uttryck åt en bakomliggande association. I denna ingå å ena sidan sväfvande föreställningar om sinnliga realiteter, hvilka föreställningar förtränga och aflösa hvarandra, så att ingen åskådlig bestämdhet blir fasthållen. Å andra sidan ingå däri sväfvande, hvarandra förträngande

och aflösande föreställningar om kausalsammanhang, hvarmed äfvenledes all åskådlig bestämdhet förflyktigas. Uttrycket blir: en enkel realitet, som är orsak och verkan i ett — *causa sui*. Enkelheten kommer från det första associationselementet, orsak och verkan från det andra. Men i satsen: *causa sui* frambringar sin egen realitet och existerar sålunda nödvändigt, gör sig ett tredje associativt moment gällande: föreställningen om en saks idé såsom orsak till den samma. Därmed möjliggöres det alltid nödvändiga skiljandet mellan orsak och verkan. Man tror så, att det verkligen finns ett något, som har sitt uttryck i »*causa sui*», fast man icke har någon som helst föreställning om, *hvad* det är. — »*Causa sui* har från sig skilda verkningar» — ett led i associationen dominerar vid uttrycket — »men dessa verkningar äro i det samma immanenta» — ett annat gör sig gällande. Den är »*causa immanens*». Äfven vid detta uttryck tror man på förhandenvaron af ett visst något, som skall vara bestämning hos det något, som har sitt uttryck i *causa sui* o. s. v. ins *Blaue hinein!*

Slutresultatet blir, att det verkligen finns en föreställning om det eller det handlandet såsom real plikt, knuten vid en känsla af viljeimpuls. Men det som därvid föreställes är blott ett oåskådligt något, som anknytes vid uttrycket plikt, skyldighet o. d. och som ej kan utdifferentieras annat än genom hänvisning till just uttrycket. Man antager ett något såsom varande »plikt» eller rättare såsom därmed betecknad. Detta uttrycks förekomst som led i en sats med omdömesform, framsprungen ur en bakomliggande simultan association af känslan af viljeimpuls och föreställningen om ett visst handlande såsom verkligt, är det som föranleder föreställningen. Förloppet är följande. En känsla af viljeimpuls förknippas med föreställningen om ett visst handlandes realitet. Denna förknippning tager sig uttryck i en sats med omdömesform genom föreställningens dominerande vid uttrycksbildningen: Denna handling är plikt. Vid satsen knyter sig föreställningen om denna handling såsom ägande en viss bestämdhet, som svarar mot beteckningen »plikt». Observera, att vid denna sistnämnda föreställning fattas ej handlingen såsom real i samma bemärkelse som i den ursprungligen grundläggande handlingsföreställningen, d. v. s. den fattas ej såsom tillhörande det verklighetssammanhang, hvars elementer ha konkret eller åskådlig karaktär. Utan den fattas såsom verklig

blott såsom ägande denna till sitt väsen oåskådliga bestämmdhet, som är »plikt». Den är till i »plikts» värld, ej i »vår» värld. Om den också hör med till den sinnliga verklighetskontexten, d. v. s. verkligen sker, så har detta ingenting att skaffa med dess verklighet som plikt. Det betyder, att samma handling, som är till såsom led i en oåskådlig verklighet — pliktens — också är till såsom led i den åskådliga.

c. Vi ha nu att närmare undersöka den handlingsföreställning, som skulle vara det ena ledet i den simultana association, som ligger till grund för pliktföreställningen. Fråga blir, om det finns någon särskild karaktär, som konstant föreställes vara förhanden hos handlingen. I sådant fall måste det vara just till denna karaktär, som pliktegenskapen närmast anknytes. En sådan särskild bestämmdhet finns verkligen. Handlingen föreställes reguliärt som den *rätta* eller *riktiga* under föreliggande omständigheter. Hvad tänker man sig härvid?

Man kunde härvid på grund af pliktkänslans otvifvelaktiga släktskap med befallningsmottagarens känsloläge antaga, att den föreställda riktigheten betyder, att det är just denna handling, som är den af en viss vilja, låt oss säga samhällets, befallda. Men försåvidt det gäller det medvetande om det rätta, som hör ihop med pliktkänslan, blir alltid vid en konfrontering med en befallande vilja den primära frågan: är det rätt att lyda?

D. v. s. den handling, om hvilken möjligen rättheten kan ut-sägas, är ej ytterst den handling, som befallles, utan följandet af befallningen. Den särskilda handling, som befallles, blir då den rätta blott som logiskt subsumerbar under det handlingssätt, som lyd-naden innebär. Men det är naturligtvis meningslöst att fatta lyd-naden för befallningen såsom rätt handlande i betydelse af det hand-lande, som är befalldt i samma befallning. Visserligen kan en öfver-ordnad makt befalla lydriad af en underordnad makts befallningar. Och man kan befalla lydriad för sina egna redan gifna eller framtida befallningar. Men man kan ej i en befallning befalla lydriad för densamma.

Man kan emellertid vända på saken och säga, att en handlings rätthet betyder, att dess underlåtelse är föremål för reaktion från en öfvermäktig viljas sida. Emellertid förutsätter uppfattningen af en sådan handling såsom den rätta, att reaktionen själf fattas

som rättmätig. Men om öfverhuvud en reaktion, huru mäktig den än må vara, kan pröfvas med afseende å sin rättmätighet, så kan man aldrig därmed förstå fakticiteten af en reaktion, den må ha hvilken kraft som helst. Man får här ej förvillas af det förhållandet, att faktiskt samhällets sätt att reagera öfvar inflytande på vårt bedömande af en reaktions rättmätighet och därmed också på bestämmandet af, huruvida en handling är riktig eller ej. Vi mena därför icke med samhällsreaktionens rättmätighet dess fakticitet. Det är att märka, att samhällets egen reaktion gent emot vissa handlingar får sin styrka genom öfvertygelsen, att här göres ej blott makt utan äfven rätt gällande. Af denna öfvertygelse påverkas naturligen den enskilde.¹

Men äfven hänvisningen till ett tänkt resultat af handlingen såsom bestämmande dess riktighet blir i detta sammanhang förfelad. Ty det kan aldrig framstå för oss som plikt att verkligen åstadkomma ett yttre resultat, på sin höjd att verka därför efter bästa förmåga. Handlingens riktighet skulle i sådant fall vara dess egenkap att vara det riktiga medlet för det yttre resultatets nående. Därmed skulle ett ofrivilligt misstag om medlet betyda, att jag handlat orätt. Men något sådant är ur synpunkten af den rätthet, som kommer i fråga vid pliktmedvetandet, orimligt. Emellertid kunde det synas, som om vid idéen om en persons rätt såsom bestämmande för annan persons skyldighet handlingens rätthet skulle betyda

¹ GAREIS, Vom Begriff der Gerechtigkeit, sid. 11, förfäktar, att ursprungligen skulle en reaktions rättvisa betyda dess bestämdhet i enlighet med samhällets lust- och olustkänslor. Men han kommer i en egendomlig motsägelse med sig själf, när han å ena sidan bestämmer rättvisan själf såsom ett med »das Lust- oder Unlustempfinden» »der Gesamtheit», men å andra sidan omedelbart därpå instämmer i WINDSCHEID's ord: »nicht was ich für Recht halte, ist Recht, sondern Recht ist nur, was die Gemeinschaft, zu welcher ich gehöre, als Recht erkannt und, weil sie es erkannt hat, als Recht ausgesprochen hat» (sid. 21). »Die Gemeinschaft» själf erkänner sålunda något såsom *varande* rätt. Den kan då icke tillika betrakta sitt eget erkännande såsom identiskt med det rätta, då ju detta därvid förutsättes vara objektive förhanden. Men då kan naturligen ej heller individen betrakta detta erkännande såsom ett med det rätta, utan kan blott såtillvida upptaga samhällets åskådnings- och därmed följande reaktionssätt, som han anser det förra verkligen träffa det rätta, och det senare på grund däraf vara rätt. Därmed förutsättes naturligen en öfver samhället stående rätt, som då icke kan vara identiskt med dess sätt att känna lust eller olust. — Liknande tankefel hos STARK, Die Analyse des Rechts, sid. 175.

dess egenskap att befordra den berättigade personens intresse i ett visst afseende. Vi skola i annat sammanhang närmare behandla frågan om intresseteoriens genomförbarhet i afseende å den subjektiva rätten. Men antaget att det vid tanken på en persons rätt är fråga om ett intresses berättigande, så kan dock icke den korresponderande handlingens rätthet vara bestämd af dess egenskap att befordra detta intresse. Om jag köpt och betalat en vara, har jag rätt att fordra dess utlämnande. Det är då för säljaren alltid det rätta att tillfredsställa mitt anspråk. Denna rätthet är alldeles oberoende af, om mina reala intressen skulle komma till skada genom varans utlämnande, hvilket alltid är möjligt, ex. om jag köpt en i verkligheten för mig skadlig medicin. I själfva verket står saken så, att den berättigade personens intresse hör tillsammans med rättheten af ett visst handlande å den förpliktades sida endast, såvidt dess befordrande förutsättes kräfvat ett handlande, som redan är bestämdt som det rätta. D. v. s. intresset är icke i förhållande till den andra personen berättigat in abstracto betraktadt, utan blott såsom förknippadt med ett bestämdt handlande från dennes sida, som är det för honom rätta. Men då är det gifvetvis meningslöst, att handlandets riktighet skulle vara dess egenskap att befordra det berättigade intresset. Detta är själfvt berättigadt blott, såvidt dess befordrande kräver just det handlande, som skulle vara det rätta. Ett visst handlande, som förutsättes befordra annan persons intresse, har primärt egenskapen att vara det rätta och personens intresse är på grund af detta förhållande berättigadt.

Det är nu därför också förfeladt att såsom stundom sker¹ hänföra det rätta handlandet, sådant det framträder i pliktmedvetandet, på vissa såsom objektiva antagna värden, för hvilkas förverkligande ett visst handlande från vissa personers sida skulle vara af väsentlig betydelse. I sådant fall kan visserligen också talas om ett rätt handlande i betydelse af ett sådant, som är objektivt riktigt såsom betingning för realisationen af ett antaget objektivt värde. Men denna riktighet är helt beroende af handlandets verkliga resultat och alldeles oberoende af hvad den handlande haft för uppfattning af sin verksamhets resultat, hvilket sätt att bedöma ett handlandes riktighet är främmande för den föreställning om det rätta, som hör till pliktmedvetandet. — Om man säger, att det är riktigt, att en

¹ Se ex. SCHLOSSMANN, Der Vertrag, sid. 316.

stats vapenskickliga medborgare kämpa för fäderneslandets bestånd, emedan detta har ett objektiva värde, har det med afseende å riktighetens innebörd alldeles samma betydelse, som då man säger, att en god artilleristisk utrustning har ett förmedladt objektiva värde såsom betingning för fäderneslandets bestånd. D. v. s. kampen för fäderneslandet och de kämpande personerna själfva behandlas som blott medel för ett öfver dem stående värde. Men att personen såsom handlande rätt i den bemärkelse, hvarom fråga är vid plikten, framstår såsom ägande ett omedelbart objektiva värde, framgår ur aktningen för honom. Denna värdering blir allt pregnantere, ju mera plikt känslan framträder såsom det bestämmande för handlandet och de motiver, som öfvervinnas, såsom starka, d. v. s. i samma grad som verkligen handlandet framträder som det rätta, hvartill hör att plikt känslan är bestämmande och har tillräcklig kraft att öfvervinna frestelser till annat handlande. — Det sagda utesluter icke, att det handlande, som framstår som ägande väsentlig betydelse för objektiva värdens realisation, också kommer att framstå som just det rätta i pliktidéens bemärkelse n. b. ett handlande i denna riktning efter bästa förmåga. Våra föreställningar om objektiva värden dominera faktiskt i vårt praktiska föreställningslif och bli bestämmande äfven för plikt föreställningarnas karaktär. Men att ett sådant handlande är rätt äfven ur pliktmedvetandets synpunkt, betyder då något helt annat än dess objektiva riktighet som medel.

Man kunde vidare tänka, att med rättheten menades ett maximum af omedelbart behag eller ett minimum af omedelbart misshag vid handlingen i förhållande till alla andra vid tillfället möjliga handlingar. Men det är lätt att se, att äfven sedligt indifferent och såsom orätta insedda handlingar kunna väljas på grund af sådana förhållanden. Särskildt må i detta sammanhang påpekas oriktigheten af att här hänvisa till det ästhetiska behaget, såsom sker hos Herbart och andra. Ty om också »skönheten» blir ett värdepredikat hos föremålet, så tänkes dock icke därvid på detta i sin reala bestämmdhet utan på detsamma såsom innehåll i en bild. Taflan är vacker för en betraktare. Det är icke duken, sammantagen med färgämnen, fastsatta på densamma, som skönheten tänkes tillhöra utan allena innehållet i den bild man får af densamma. Men vid frågan om handlingens rätthet gäller det handlingen själf i sin reala bestämmd-

het. Att en viss handling är den rätta, betyder, att just dess verkliga företagande är det rätta.

Häraf synes följa, att ingenting som helst för handlingen yttre, vare sig en befallande vilja, ett yttre resultat, det omedelbart största behaget, resp. det minsta möjliga misshaget vid handlingen, är för mig i pliktmedvetandet normen för det rätta handlandet. Däraf synes åter följa, att handlingen direkt framstår såsom den för mig riktiga i den meningen, att den tillhör *mig* i egentlig mening. Om jag icke handlar på detta sätt, är det något för mig yttre, som har trängt sig emellan och hindrat mitt verkliga jag att göra sig gällande. Ett sådant handlande är sålunda ur synpunkten af bevarandet af min själfständighet förfeladt, orätt. Naturligtvis förutsätter ett sådant betraktelsesätt ett skiljande mellan ett idealt jag, jag såsom sådan, och ett empiriskt jag, jag i min empiriskt gifna bestämdhet. Det senare förfelar i det orätta handlandet sitt eget väsen.

Emellertid erbjuder en sådan tolkning af det ifrågakommande medvetandet, som sedan Kant är vanlig i rationalistiska system, vissa svårigheter. Det bör fasthållas, att det här är fråga om medvetande om den handlingens bestämdhet, som är knuten vid den till pliktmedvetandet hörande känslan af viljeimpuls. Det är just vid föreställningen om handlingens *rätthet*, som pliktkänslan är knuten. Man måste därför fordra en sådan förklaring af dess innebörd, att verkligen dess förmåga att vid sig knyta en sådan känsla af viljeimpuls, som pliktkänslan är, blir begriplig. Nu är det otvifvelaktigt så, att ideen om själfbevarelse i hvarje fall, där »själfvet» sättes i fara, spelar den största roll för vårt viljande. Men att denna idé skulle bestämma vår vilja på ett sådant sätt, att vi känna oss bundna just därför, att vår egen fria värdering ej är bestämmande, bekräftas ej af någon erfarenhet. Tvärtom synes det, som om en den starkaste direkta olust i normala fall knöte sig vid tanken på fara för undergång och som om denna olust föranledde en särskildt hög värdering af den lifsskyddande handlingen och därmed viljeimpulsen därtill. Med hänsyn tagen härtill skulle det väsentliga i pliktkänslan efter föreliggande teori vara värderingen af en viss handling med afseende på dess egenskap af medel för undgåendet af förlusten af egentlig själfständighet. Känslan af bundenhet skulle då vara beroende däraf, att det bestämmande för värderingen af

handlingen är olusten vid detta att förlora sin självständighet. Samvetsagget skulle vara en känsla af olust vid att genom ett handlande i strid med mitt sanna själf ha gått förlustig af självständigheten. Frukten för samvetsagget behöfde ju då ej vara ett väsentligt moment i plikt känslan, hvilket enligt det föregående är orimligt, utan blott den direkta olusten vid tanken på en möjlig förlust af självständigheten. Man kunde då säga, att den förut förda argumenteringen med afseende å plikt känslans natur af ren viljekänsla är otillfredsställande, emedan den ej tagit hänsyn till just detta sätt att fatta saken. Emellertid skulle på detta sätt det väsentliga i samvetsagget vara olust vid *handlingsresultatet*, förlusten af självständigheten, ej vid *handlingen* ss. pliktvidrig. Att detta dock är det väsentliga däri, synes väl bäst vid ångern öfver orättrådighet. Här är det afgjordt kränkandet af annans *rätt*, som vid olusten är det bestämmande. Men hvad är annans *rätt*, om egen plikt gent emot honom tänkes bort?

För öfrigt är att taga i betraktande, att om jag föreställer mig en viss handling såsom tillhörande mitt sanna själf, så att hvarje annan handling än denna betyder dettas tillbakaträngande, så måste jag ock fatta saken så, att viljandet af handlingen är väsentligt för mig i egentlig mening. Ty endast genom viljan tillhör en handling mig. Men huru kan jag komma att betrakta viljandet af en viss handling såsom väsentligt för mitt innersta själf? Man kunde ju härpå med rationalisterna svara, att detta själf är ett med det rena förnuftet såsom förmågan af i sig själf bestämdt tänkande och sålunda såsom praktiskt rent förnuftig vilja. Denna erfares fordra i pliktmedvetandet en sådan handling, som är i öfverensstämmelse med (det praktiska) förnuftet. Häremot behöfver endast invändas, att ett i sig själf bestämdt tänkande är det samma som ett rent medvetande, ett medvetande utan objekt. Men det är endast en filosofisk fiktion. I själfva verket finns endast ett rimligt svar på frågan. Endast om jag erfar, att en viljeimpuls till ett visst handlande ovillkorligt bör realiseras, kan den få en sådan betydelse, att jag tillskrifver den mitt egentliga själf och betraktar hämmningen af dess öfvergång i föresats som ett undertryckande af min verkliga självständighet. Att märka är, att vid idéen om det inre, väsentliga, ställt gent emot det yttre, oväsentliga hos jaget, tänka vi på det självständiga, af allt annat oberoende och därmed i förhållandet till

annat bestämmande. Men viljandet af en viss handling kan jag ej fatta som hörande till detta själfständiga, utan att åtminstone impulsen därtill redan finns och hänföres därpå. Men i hvilken mening kan en viljeimpuls anses höra till det själfständiga i oss? Icke så, att dess realisation eller öfvergång i föresats aldrig kan af något annat hämmas och därför alltid inträder, bestämmande i förhållande till allt annat. En sådan viljeimpuls finns icke. Alltså kan aldrig en viljeimpuls' tillhörighet till det själfständiga i oss anses ligga i dess herravälde inom det *faktiska* viljelifvet. Då återstår endast, att den för oss ligger på börats område, att den såtillvida härskar, att den ovillkorligt (oberoende af allt annat) *bör* realiseras. Jaget har för oss en inre, väsentlig vilja genom att vissa viljeimpulser framstå som de härskande i den meningen, att de s. a. s. ha ovillkorligt *anspråk* på att blifva realiserade. Deras hämning blir då ett hämmande af vår själfständighet i den meningen, att det själf, som de konstituera genom att *böra* genomföras, ej i det *faktiska* lifvet blir det bestämmande.¹

¹ Detta uppfattningssätt i det vanliga medvetandet återspeglar sig i de filosofiska försöken att härleda pliktens böra ur ett visst viljandes tillhörighet till jagets väsen. I verkligheten visar man sig med jagets väsen på detta område mena det viljande, som är väsentligt på det sättet, att det ovillkorligt *bör* genomföras. Man rör sig sålunda i cirkel. Jag väljer som exempel SCHUPPES sammanfattande framställning af denna tankegång i skriften *Der Begriff des subjektiven Rechts* (1887) sidd. 6—7. Ett visst »Denken, Fühlen und Wollen» är att tillräkna »dem Gattungsbegriff des Menschen, dem Bewusstsein überhaupt». *Därför* har det objektiv giltighet i den meningen, att »es gilt für alle». Denna giltighet betyder emellertid ej, att det verkligen finns hos hvar och en. Ty »die Möglichkeit der Abweichung von diesem eigenen Wesen» är alltid förhanden. Giltigheten förklaras i stället så, att ett sådant »Denken, Fühlen und Wollen» »von jedem zu verlangen sei». Denna och blott denna mening har börat. Det är nu häraf tydligt, att det ifrågakommande funktionssättet ej tillhör medvetandet öfverhufvud, som här blir detsamma som vårt eget väsen, på det sättet, att det alltid finns hos hvarje medvetande. Huru kan det då sägas tillhöra medvetandet såsom vårt väsen? Detta kan påstås blott med hänsyn tagen till den giltighet, som hos SCHUPPE skulle vara en *följd* af dess tillhörighet därtill, d. v. s. blott med hänsyn tagen till, att det *bör* finnas hos hvarje medvetande. Man kunde invända, att det alltid kan visas tillhöra medvetandet såsom vårt eget väsen i formen af anlag. Men huru kan något bestämmas som ett anlag hos vårt eget väsen, det bestämmande i oss, utan att det verkligen gör sig gällande såsom det dominerande? Men om detta ej kan påstås om det ifrågakommande funktionssättet i den meningen, att det alltid

Däraf följer, att man rör sig i cirkel, när man vill förklara en handlingsidés förmåga att väcka den känsla af viljeimpuls, som föreligger i pliktkänslan med att man skulle fatta handlingen såsom väsentlig för sann själfständighet. En handling kan icke fattas som väsentlig därför, utan att viljandet däraf fattas höra till det innersta jagets ikraftträdande. Och detta är ej möjligt utan att redan pliktkänsla är förhanden. I själfva verket står saken så, att det är pliktkänslans förhandenvaro i dess knutenhet vid föreställningen om ett visst handlande såsom det rätta, som föranleder den föreställningen, att här gäller det ett handlande, resp. viljande, som är af väsentlig betydelse för bevarandet af min själfständighet. Det förmedlande härvid är den med denna känsla på förut angifvet sätt förbundna idéen om att handlandet, resp. viljandet däraf ovillkorligt bör ske, d. v. s. att impulsen ovillkorligt bör öfvergå i föresats och därmed är ett moment i mitt sanna själf. Denna föreställning om handlandets resp. viljandets betydelse kan sedan verka tillbaka på pliktkänslan och genom sin särskilda känslstyrka höja dess motivkraft. Men aldrig kan den vara den föreställning om handlingens rättthet, som väcker pliktkänslan.

Frågan om hvad vi mena med en handlings rättthet i pliktmedvetandet står sålunda obesvarad kvar. Om nu den förut framställda meningen om pliktkänslans släktskap med känsloläget hos befallningsmottagaren såtillvida, att det i båda fallen är fråga om en värderingsfri känsla af viljeimpuls, är riktig, så är också det sätt, hvarpå undersökningen bör drivas, gifvet. Man har att fråga efter, om det med ledning af vår erfarenhet om sättet för sådana impulsers uppkomst kan anges någon bestämdhet, hvars tillskrifvande till handlingen kunde åstadkomma en slik verkan. Denna bestämdhet skulle då kunna utgöra innebörden af vår mening med en handlings rättthet i pliktmedvetandet. Emellertid måste tillika göras förstaeligt, huru en sådan bestämdhet kan komma att tillskrifvas en viss handling.

Fråga vi efter de faktorer, som enligt vår erfarenhet äro i stånd att hos oss oberoende af all värdering verka en viljeimpuls, är det två, som särskildt vid förklaringen af idéen om en handlings rättthet

verkligen inträder, kufvande allt motstånd och ledande alla krafter i oss, huru kan det då bestämmas som ett *väsensanlag*, om det ej heller så framträder som det dominerande, att det dock alltid *bör* vara det ledande i oss?

komma i fråga, nämligen befallning och vana. Befallningens betydelse i detta afseende är redan behandlad. Hvad vanan angår, är det visserligen sant, att den närmast yttrar sin makt däri, att vissa handlingssätt, som blifvit en »vana», mekaniseras, så att de inträda utan vidare, d. v. s. utan mellankommande egentlig vilja. Men, om af en eller annan anledning det vaneenliga handlandet ej kommer till stånd, är det naturligt att antaga, att vanans kraft i alla fall gör sig gällande nämligen genom en ofullgången innervation eller en börjande rörelse i riktning mot det ifrågakommande handlingssättet. Emellertid verkar en sådan hämning en känsla af olust och därmed kommer också den hämmade innervationen eller rörelsen att göra sig psykiskt gällande. Men det därmed psykiskt korresponderande är viljandet, som här blir en känsla af viljeimpuls till handlandet men utan föresats. Därvid är icke olustkänslan det bestämmande för viljandet såsom dess motiv. De framgå båda jämsides ur en gemensam orsak — den hämmade innervationen eller rörelsen.

Låt oss nu undersöka de makter med befallningskraft, under hvilkas inflytande den enskilde samhällsmedlemmen kommer. Först är då att nämna uppfostraren. Objektet för uppfostran får öfver sig en mängd föreskrifter. Det får du icke göra, det skall du iakttaga! Så komma de i samhället gällande lagarna. Den enskilde finner vissa handlingar eller underlåtelsen af andra förbundna med för honom smärtsamma reaktioner i enlighet med dessa. Ej underligt att de för honom komma att representera en imponerande makt, som befaller och förbjuder. Så gör sig gällande den traderade tron på gudomliga makter, från hvilka man föreställer sig befallningar och förbud utgå. Synnerligen kraftigt framträder i detta afseende den allmänna sociala miljö, i hvilken man lefver. Omgifningen reagerar ogillande mot bestämda handlingar och underlåtelse af andra. Detta verkar på den enskilde så, som om en obestämd befallande makt stode öfver honom. Slutligen bör nämnas befallningskraften hos beatus possidens. Besittningen, stödd af en organiserad eller organiserad samhällsmakt, skänker öfvervikt gent emot den utomstående. Han får därför möjligheten att göra sig gällande emot denne såsom en kräfvande makt: bort med fingrarna!

Märk nu, att i det primitiva samhället med sin föreställning om gemensam härstamning och med mindre utbildad individualisering

göra sig dessa makter gällande på ett enhetligt sätt, stödjande hvarandra. Men äfven i det moderna samhället verka de med en viss samstämmighet åtminstone inom vissa folklager. En samverkan mellan olika befallningskrafter äger alltid rum, nämligen mellan dem, som göra sig gällande inom den sociala krets, till hvilken den enskilde hör och med hvilken han känner sig samhörig. Hvad blir nu följden af denna samverkan? Jo, tanken på vissa handlingssätt drager med sig förnimmelse af ett skall ske! måste ske! öfverhufvud ett befallningsuttryck, tanken på andra förnimmelse af ett får icke ske! öfverhufvud ett förbudsuttryck eller rättare ett befallningsuttryck, hänfördt på underlåtelsen däraf. Därvid förlorar sig den befällande maktens individualitet och kvar står blott befallningsuttrycket, gifvet i en sväfvande bild, auditiv eller visuell. Men genom sitt ovillkorliga inträdande vid tanken på handlandet har det kvar sin suggestiva makt: d. v. s. det utlöser det däremot svarande själsläget, en känsla af viljeimpuls i förbindelse med idéen om handlandet eller dess underlåtelse. Om nu den enskilde finner en sådan förbindelse mellan samma handlingar och ett »skall ske!» eller »får icke ske!» förekomma allmänt hos medlemmarna af samma sociala gemenskap, uppstår af sig själft den tron, att till vissa handlingar hör objektivt ett »skall ske!» eller »får icke ske!». Så utbildar sig idéen om ett system af positiva eller negativa handlingssätt såsom hörande tillsammans med ett befallningsuttryck. Detta system »skall» eller »bör» ovillkorligt genomföras och verkar en impuls mot dess uppmärksammande. Då han står i beredskap att handla på ett mot systemet stridande sätt, framträder ett annat handlande såsom det, som »skall ske» eller »bör ske». Så kommer då ett särskildt handlande att framstå som det rätta i afseende å det med befallningsuttrycket förbundna systemet. Därmed får det en egenskap sig tillskrifven, hvars uppfattande får med sig en omedelbart uppstående känsla af viljeimpuls, knuten vid det på angifvet sätt såsom rätt fattade handlandet. Observera härvid, att inflytandet från en befällande makt kan man alltid undandraga sig genom att ej ägna den uppmärksamhet, »slå döförat till». En sådan makt blir ej heller genom sin personliga karaktär utan inflytelser genom allehanda yttre omständigheter, som göra fasthållandet vid den en gång gifna befällningen osäkert. Äfven gudarna låta efter Homerus muta sig. Men öfvertygelsen om, att ett visst system

af handlingssätt objektive hör tillsammans med ett »skall så vara!» för ovillkorligt med sig ett bedömande af den särskilda handlingen därefter, såvidt öfverhufvud möjligheten af ett negativt förhållande till handlingssystemet kommer i fråga. Den därvid framkommande idéen om det »rätta» handlingssättet drager ovillkorligt med sig en känsla af viljeimpuls. Här gäller det nämligen handlingssätt, som *till själva sin natur* synas ha detta »skall ske!» med sig förbundet. Detta gör viljeimpulsen till öfverensstämmelse därmed ovillkorlig, hvarmed följer uppmärksamheten på den särskilda handlingens karaktär.

Taga vi därefter vanans viljemakt i betraktande, så är att märka att den på grund däraf uppstående omedelbara viljeimpulsen har enligt förut gjord utredning af befallningen alldeles samma naturliga uttryck som denna. Befallningsuttrycket är ingenting annat än ett uttryck för en viljeimpuls i förklippning med idéen om annan persons handlande. Men däraf följer, att när inom en social gemenskap en allmän vana — en sed — utbildar sig, så infinner sig i hvarje fall, då öfverhufvud tendens till annat handlande träder hämmande i vägen, ett ovillkorligt »skall ske», d. v. s. ett befallningsuttryck. Då detta reguliärt hos alla knyter sig till samma handlingssätt, blir den naturliga följden, att man betraktar det såsom en till handlingssättet hörande objektiv bestämdhet. Och så utbildar sig i anknytning till seden idéen om ett system af handlingssätt med befallningsuttrycket såsom objektiv bestämdhet, på angifvet sätt knytande vid sig en känsla af viljeimpuls och föranledande ett bedömande af den särskilda handlingen. Emellertid är det naturligt, att man ej kan i ett medvetande antaga skilda systemer såsom utan hänsyn till hvarandra ägande befallningsuttrycket till objektiv bestämdhet. Seden och ofvannämnda befallningskrafter måste därför tänkas antingen samverka för utbildande af ett enhetligt handlingssystem med angifven objektiv bestämdhet eller föranleda utbildandet af skilda handlingssystem, som hvar för sig antagas i mot hvarandra stridiga föreställningar. Om den enskilde kommer att hysa dessa föreställningar inom sig, blir följden den olösliga pliktkonflikten.

I detta afseende är nu att märka, att i det primitiva samhället synes seden härvid vara det dominerande och befallningskrafterna, politiska, religiösa och sociala, fungera i enlighet med denna. Men

med utvecklingen synes följa ett relativt undanträngande af seden vid utbildningen af handlingssystemet i fråga och ett förhärskande af det ur direkt uppfattade sociala värden bestämda sociala ogillandet af vissa handlingssätt. — För öfrigt bör här observeras, att sedan en gång genom samverkande befallningskrafter och sed på grund af den i ett visst samhälle allmänna förbindelsen mellan idén om vissa handlingar och befallningsuttrycket tanken på att ett system af angifven art verkligen finns blifvit utbildad, är vägen banad för ett utfyllande af systemet genom till och med individualintressen. Om också systemtankens utbildning förutsätter en i samhället allmän förbindelse mellan särskilda handlingar och befallningsuttrycket och därför systemet ursprungligen måste få karaktären af allmängiltighet i afseende å gruppen, hindrar ingenting tankens individualisering, sedan den en gång är utbildad. Man kan, då man nu har föreställning om att ett visst handlingssystem »bör» genomföras, betrakta alldeles särskilda handlingar såsom hörande till detta system, såvidt det gäller en själf i en viss situation. Vid bestämmandet af dessa handlingar kunna allehanda faktorer spela in. Emellertid huru mycket än individualintressen af naturliga skäl må bli af betydelse vid bestämmandet af det rätta handlandet för mig i ett visst fall, alltid anser jag, såvidt afgörandet drager med sig en plikt känsla, att det här gäller blott kunskap, om hvilket handlingssätt är i öfverensstämmelse med det handlingssystem som »bör» genomföras. Det må så vara, att det enligt min uppfattning hör till detta system ett egenartadt handlande under den för mig föreliggande situationen. Men alltid menar jag därvid, att för en annan person med samma individuella bestämdhet och i samma situation skulle samma handlande vara det rätta. Det torde nu kunna sägas, att en sådan individualiseringstendens följer med det moraliska medvetandets utveckling.

Är den anförda förklaringen af innebörden i föreställningen om ett rätt handlande i pliktmedvetandet riktig, så är nu också föreställningen om en »rättvis» dom idé om domens korrekta utsago om de handlingar, som i föreliggande fall äro de riktiga för parterna med hänsyn tagen till det handlingssystem, som har den objektiva karaktären att »böra» genomföras.

Den här gifna förklaringens riktighet får höjd sannolikhet genom åtskilliga pliktmedvetandet berörande fakta, som därmed bli

H. melse

belysta. Vi föreställa oss vid »samvetets röst» en befällande makt i oss, som därmed bestämmer för oss den rätta handlingen. Men stode vi verkligen vid erfandet af »samvetets röst» i befällningsmottagarens position, så skulle helt enkelt inträda blott en känsla af viljeimpuls, knuten vid idéen om ett visst handlande. Däremot kunde icke erfandet däraf gifva oss idéen, om att ett visst handlande är det *objektivt* riktiga. Men just detta är fallet, såvidt »samvetet» för oss får teoretisk betydelse såsom anvisande den riktiga handlingen och därmed bestämmande för plikt-känslan. Frågan blir då: hvarifrån kommer den vilseledande föreställningen om en befällande makt i oss såsom det bestämmande för den rätta handlingen? Efter den här gifna förklaringen ger sig svaret af sig själf. Samvetet ur teoretisk synpunkt sedt är ingenting annat än den i särskilda fall uppdykande idéen om, att ett visst handlande är i enlighet med det handlingssystem, som har befällningsuttrycket till objektiv bestämdhet eller som man säger i enlighet med den moraliska lagen. Denna handling har sålunda själf detta »skall» eller »bör» till objektiv bestämdhet. Men befällningsuttrycket leder ovillkorligt tanken mot en befällande vilja. Och så råkar man nödvändigt ut för den motsägelsen, att handlingen å ena sidan har befällningsuttrycket objektivt med sig förbundet, å andra sidan har det med sig förbundet blott genom en viss viljas ingripande.

I rättsmedvetandet betrakta vi vissa handlingar såsom plikter i afseende å annan person som den berättigade. Här är då den grundläggande föreställningen, att dennes personlighet är objektiv grund till beståndet af vissa plikter. Emellertid blir det för oss naturligt att uttrycka föreliggande sakläge så, att den berättigade kan ställa vissa kraf, anspråk på den förpliktade. Här äro nu två heterogena föreställningssätt förknippade. Å ena sidan föreställer man sig, att vissa handlingar äro plikter, emedan de äro af annan person — den berättigade — på visst sätt betecknade såsom af honom önskad. Enligt lagen, d. v. s. regler, som gälla såväl den berättigade som den förpliktade, ha inom bestämda gränser af den förre såsom önskad på visst sätt betecknade handlingar af den senare den objektiva karaktären af plikter genom denna sin egenskap. Därvid är det principiellt sedt fullkomligt likgiltigt, om beteckningen af önskan har karaktären af ett anspråk eller ej. Att den berättigade är princip för förpliktelsen, betyder blott detta, att den pliktenliga

handlingen har denna sin karaktär genom sin förbindelse på angifvet sätt med den berättigade. Men när man betecknar rättigheten såsom möjligheten att ställa anspråk, tänker man sig plikten såsom gifven genom kraf från den berättigades sida. Tanken på anspråk såsom det väsentliga i rättigheten hänför sig nödvändigt till idéen om krafvet såsom det bestämmande för plikten. Äfven denna förbindelse af heterogena föreställningar låter sig enkelt förklara genom den här uppställda hypotesen. Att en handling är plikt för viss person genom sin egenskap att vara föremål för betecknad önskan från annans sida, innebär endast, att denna egenskap är den, till hvilken befallningsuttrycket refererar sig såsom objektiv bestämning hos handlingen. Men befallningsuttrycket leder tanken på en befallande vilja. Närmast måste denna förläggas till den person, hvars betecknade önskan är den objektiva grunden till handlingens pliktkaraktär. Denne anses äga förmåga att förplikta genom att framställa anspråk på handlingen.

Ett tredje faktum, som stärker tron på hypotesens riktighet, är det, som straxt skall blifva föremål för särskildt beaktande, nämligen den allmänna benägenheten att betrakta en handlingens karaktär att vara af statsmakten befalld såsom identisk med egenskapen att vara plikt. Äfven detta faktum låter sig enkelt ur hypotesen förklara, såsom sedan skall närmare utföras.

Enligt den här gjorda framställningen skulle vid hvad man kallar den moraliska normen föreställas ett med befallningsuttryck objektive förbundet handlingssystem. Nu är det ju klart, att en sådan föreställning måste vara fullkomligt utan sanningsvärde. I det man fattar befallningsuttrycket såsom en real bestämning hos en handling, bestämmer man den såsom verklig ej i »vår» värld, utan såsom led i ett helt annat verklighetssammanhang — »börats» värld. Men denna osinnliga värld får sin bestämdhet genom ett ur sinnevärlden uttaget moment af så påtagligt sinnlig karaktär som ett befallningsuttryck. Detta synes orimligt med hänsyn till den vördnad, för hvilken den moraliska normen är föremål. Skulle då en så påtagligt falsk föreställning kunna föranleda vördnad äfven hos det modernt bildade medvetandet? Och är det icke omöjligt att antaga, att man skulle vilja falla ned och tillbedja själfva *uttrycket*: »skall ske!» eller »får ej ske!» Hvad nu det första angår, bör erinras därom, att uttrycket har suggestiv viljebetydelse. Det

framkallar, emedan det är det ovillkorliga uttrycket för en viljeimpuls, vid sitt omedelbara framträdande såsom något med ett visst handlande objektive samhörigt, en impuls mot just detta handlande. Men därmed blir intresset riktadt på handlandet och hvarje störande reflexion blir hämmad. Någon som helst fråga om antagandets sanning inträder ej. Ej heller blir befallningsuttrycket, såvidt det tillskrifves handlandet, reflekteradt såsom ett blott uttryck. Visserligen väcker det föreställning om en befällande vilja och reflekteras såtillvida såsom befallningsuttryck. Men detta tillhör en annan föreställningskrets, som visserligen verkar i samma riktning som den egentliga »böra»-föreställningen, men icke är därmed adekvat, och innebär på intet sätt en reflexion öfver denna föreställning vare sig med hänsyn till dess sanning eller karaktären af dess innehåll. Därmed föras vi öfver till den andra frågan: huru kunna vi värda ett blott uttryck? Vi värda det icke *såsom* uttryck, utan vi värda det i dess omedelbara sinnliga tillvaro i bilden. Detta åter erbjuder ej oöfvervinneliga svårigheter att förstå. Att märka är, att just det ifrågakommande uttrycket verkar i oss en ofrånkomlig viljeimpuls till ett visst handlande — plikt känslan. Men denna impuls tillskrifva vi, såsom redan är berördt, på grund af att den »bör» realiseras, vårt eget sanna själf, så att vi anse oss bevara vår själfständighet, endast om vi låta den öfvergå i verklig föresats. Men genom att på detta sätt skänka oss ett verkligt »själf» och möjliggöra verklig själfbevarelse, får det med sig förknippadt samma ovillkorliga värde, som vi knyta vid vårt jag i egentlig mening. Å andra sidan väcker det hos oss en känsla af bundenhet genom viljeimpulsens värderingsfrihet. Därmed får det på en gång karaktären af något oss bindande och af ett ovillkorligt värde. Men en känsla, som knyter sig vid en sådan idékrets, är just värdenaden. Ett analogon härtill erbjuder värdesättningen af flaggan. Vi värdera den icke såsom ett stycke tyg med den eller den färgen, utan vi värdera den därför att dess bild är mäktig att väcka till lif i vårt medvetande något annat för oss värdefullt. *Detta* värde blir öfverfördt på dess symbol.

Emellertid är det så långt ifrån, att hänvisningen till den värddade moraliska normen såsom bestämmande för oss det rätta och grunden till vår förpliktelse utgör en instans mot den här gjorda framställningen, att just det faktiska antagandet af en sådan norm

kan läggas till grund för en direkt bevisning af den principiella riktigheten af den häfdade teorien. Den antagna moraliska normens tillvaro torde kunna uttryckas så, att det ges en regel för bestämmandet af, hvilka handlingar som i särskilda fall böra ske. Med denna regel menar man ej en bestämmelse af en vilja. Ty i sådant fall skulle man icke med den däri begrundade plikten förstå en bestämdhet hos handlingen själf utan *blott* att den är befalld. Dessutom skulle då normen ej fattas som gällande den bestämmande viljan själf. Men äfven om vi vid tanken på den moraliska normen skjuta in idéen om en bestämmande vilja, exempelvis en gudomlig, antaga vi ej, att denna godtyckligt stiftar lag, utan att den fordrar af oss just det moraliskt normenliga och att den har sin auktoritet genom sin egen moraliska halt. Den moraliska normen själf står sålunda för oss som en objektiv regel, må också därvid på ett osystematiskt sätt tillika tanken på en lagstiftare inskjuta sig. Detta utesluter ej, att man anser dess framträdande i sin renhet för den enskilde vara beroende af yttre förhållanden, som betinga graden af hans moraliska utveckling. Men tillvaron af en sådan objektiv regel kan betecknas så, att det ges ett handlingssystem, som ovillkorligt bör genomföras. Frågan blir nu: *hvad* blir verkligen med detta betecknad? Därvid erbjuder innebörden i det grammatiska predikatet »bör genomföras» särskilda svårigheter. Först fråga vi: ligger det här bakom satsuttrycket ett verkligt omdöme, i hvilket predikatet har en betydelse i enlighet med satspredikatets anvisning? I sådant fall skulle vi, såsom förut är utredt, bestämma en viss modifikation af »vara» — »bör-varat» — såsom real bestämning. Men detta ger enligt förut gjord utredning ingen mening.¹ Därefter fråga vi: är det då öfverhufvud icke ett omdöme, som ligger bakom uttrycket utan i stället en simultan association af medvetenhetsyttringar, som tager sig uttryck i en sats med omdömesform? I sådant fall måste med hänsyn till uttrycket »bör» det ena ledet vara en känsla. Men hurudan? Nu är det att märka, att det är just antagandet af en moralisk norm, som hos oss verkar själfva plikt-känslan. Det bestämmande för denna känsla är ju idéen om handlingens rättighet. Men plikt-känsla är, såsom förut är visadt, en värderingsfri känsla af viljeimpuls. Då kan naturligen

¹ Se ofvan sid. 67.

icke det medvetenhetsläge, som föreligger i antagandet af normen, vara en värdekänsla i förknippning med idéen om ett visst handlande. Det kan då ej vara fråga om annat än en viljekänsla, som i sin förbindelse med idéen om ett visst handlande får sitt uttryck infogadt såsom predikativt led i en sats med omdömesform. En sådan sats skulle då i sin ordning föranleda antagandet af ett visst något, som är bestämmande för uttrycket på sätt som förut är utredt. Men just detta är det utmärkande för plikt-känslan till skillnad från andra viljekänslor. Känslouttrycket »skall ske!» eller »bör ske!» eller »pliktig att» blir här och blott här ett predikat i en sats med omdömesform, hvilket åter föranleder det i plikt-känslan inväfda medvetandet om verklig plikt, såsom förut är närmare behandladt. Alltså skulle det då vara plikt-känslan, som ligger bakom normens »bör ske!». Nu är emellertid detta omöjligt, emedan, som sagdt, det är just antagandet af normen, som *verkar* plikt-känslan. Det bakom uttrycket liggande medvetandet måste sålunda vara ett verkligt omdöme. Men predikatet i detta omdöme kan, såsom förut är påpekadt, ej vara att fatta såsom ett föreställningsinnehåll, för hvilket det grammatiska predikatet vore ett uttryck. Då återstår i själfva verket blott det alternativet, att det verkliga predikatet i det bakomliggande omdömet är det grammatiska predikatet själf, detta »bör ske», sådant det är gifvet i en bild eller också något annat, som utan att ha det grammatiska predikatet till *sitt* uttryck dock föranleder detsamma. Det senare kan ej tänkas på annat sätt än så, att detta andra drager med sig bilden af det grammatiska predikatet själf och *därmed* föranleder dess användande vid satsbildningen. Det associerande kan därvid ej vara något annat än predikatsbildens förmåga att på liknande sätt fungera såsom väckare af samma slags känsla som det andra själf. Det är, väl att märka, så; att hvad än vi må fatta såsom predikat i det omdöme, som är antagande af normen, får detta uppmärksamheten riktad på sig blott genom sin förmåga att väcka en plikt-känsla. Denna dess förmåga måste då ock bli bestämmande för de föreställningar, som den drager med sig. Andra än sådana med liknande bestämningskraft kunna ej vid det moraliska normmedvetandet tilldraga sig uppmärksamhet. Men härmed är visadt, att predikatet i normomdömet måste vara antingen det grammatiska predikatet i satsuttrycket såsom innehåll i en bild eller också något, som har för-

måga att verka en viljeimpuls på samma sätt, men icke är det predikativa uttryckets verkliga betydelse. Nu kan naturligen bilden af det grammatiska predikatet i normsatsen, detta »bör ske!», blott såsom befallnings- eller viljeuttryck själf väcka en viljeimpuls. Det andra, som möjligen är predikat i normomdömet, måste då ock såsom verkande på samma sätt själf vara ett befallnings- eller viljeuttryck.

Dock kan mot den framställda teorien göras en till synes grav anmärkning. Om det är själfva befallningsuttrycket i dess individuella bildform, som i idéen om ett handlingssystem såsom »börande realiseras» tillskrifves detsamma såsom real bestämning, så medför hvarje skiftning i uttrycket, att en *annan* bestämning tillskrifves systemet. Jag kan sålunda ej identifiera den för mig gifna moraliska normen med den för en annan gifna, såvidt för denne andra befallningsuttryck på grund af exempelvis ett annat språks användande blifva naturliga. Ja, om uttrycket hos mig själf glider öfver från en ordvändning till en annan, från en auditiv till en visuell bild, från en ordbild till bilden af en befallande rörelse, blir det i hvarje fall fråga om en annan real bestämning hos handlingssystemet. Härvid är nu att märka följande. Man måste skilja mellan den verkliga förhandenvaron af omdömen med olika innehåll hos skilda subjekter eller hos samma subjekt vare sig simultant eller successivt och ett subjekts förmåga att skilja innehållen från hvarandra. Omdömesinnehållen kunna vara skilda och ändock kan det inträffa, att man af en eller annan anledning kommer att fatta dem såsom identiska. I själfva verket föreligger nu vid hvarje skiftning i befallningsuttrycket också en skiftning i omdömesinnehållet. Men detta hindrar icke, att vid betraktelsen af det skiftande innehållet man får den föreställningen, att det enda, som verkligen tillhör handlingssystemet och i hvarje särskildt omdöme verkligen tillskrifves detsamma, är något för de skiftande uttrycken gemensamt, och att det särskilda sätt, hvarpå detta gemensamma framträder, blott är en beledsagande bild. Att man kommer till idéen om ett sådant gemensamt såsom det väsentliga, är ej underligt, då det här verkligen finnes något gemensamt, som allena verkar uttryckets kraft, nämligen just dess egenskap att vara befallningsuttryck. Men väl att märka: det gemensamma, som man vid betraktande af de skiftande omdömena tillskrifver handlingssystemet och antager

vara det, som verkligen i hvarje fall tillskrifves detsamma, blir ej detta att vara befallningsuttryck. Ty att man skulle verkligen kunna fatta befallningsuttrycket, reflekteradt i denna sin egenskap såsom bestämning hos ett handlingssystem, är omöjligt. Men ej heller är det en gemensam betydelse hos de skilda uttrycken, som faller i medvetandets blickpunkt. Utan det är det gemensamma in abstracto för uttrycken. Därvid står då ingenting som helst åskådligt framför subjektet mer än dessa själfva, i hvilka man antager något gemensamt vara förhanden. På detta sätt utbildar sig idéen om en moralisk norm, som är gifven för skilda subjekter och för samma subjekt vid alla skiftningar af befallningsuttrycket. Detta är dock, måste det tilläggas, endast produkten af en efterreflexion öfver de omdömen om ett handlingssystem med konkret befallningsuttryck som objektiv bestämning, som läggas till grund vid bestämmandet af det »rätta» handlandet och som vid all skiftning hos befallningsuttrycken hos samma subjekt kunna samfällt verka en plikt känsla, knuten vid ett bestämdt handlande. Det väsentligt verkande blir dock alltid uttryckets konkreta sinnliga form.

d. Vi ha nu att närmare bestämma normföreställningens förhållande till det egentliga pliktmedvetandet. Enligt den här gifna framställningen är den förra blott idé om, att ett handlingssystem har ett visst i bild gifvet befallningsuttryck till real bestämning. Idéen om det i föreliggande fall rätta handlandet knyter sig härtill såsom idé om, att i detta fall endast ett visst handlande verkligen står i öfverensstämmelse med det antagna handlingssystemet, hvarmed då detta handlande själf blir förbundet med befallningsuttrycket. Normföreställningen själf verkar genom det däri gifna befallningsuttrycket en direkt viljeimpuls mot bedömande af särskilda handlingar i enlighet med handlingssystemet. Uppstår därvid idéen om att endast ett visst handlande i föreliggande fall är det med systemet enliga, verkar denna en direkt viljeimpuls mot just detta handlande. Denna impuls är plikt känslan. Medvetandet om verklig plikt är ett följd fenomen af plikt känslan. Det föreligger en värderingsfri känsla af viljeimpuls, direkt knuten vid idéen om en bestämd handling såsom den rätta i angifven mening. Vid det ovillkorliga uttrycket för denna förbindelse dominerar idéen om handlingens bestämdhet såsom den *rätta* och gör det särskilda känslouttrycket till grammatiskt predikat i en sats med omdömesform. Denna sats föranleder idéen om ett visst något utan åskådlig be-

tydelse, som har sitt uttryck i pliktkänslans eget uttryck. Bakom normmedvetandet själf ligger sålunda ej, såsom fallet är med pliktmedvetandet, en verklig pliktkänsla. Om jag också däri föreställer vissa handlingar in abstracto såsom »plikter», så har detta här alls icke egentlig pliktbetydelse, emedan pliktkänsla saknas. Principiellt sedt är det ett befallningsuttryck, som i normmedvetandet står bildligt framför oss. Men sedan en gång *genom* normmedvetandet pliktkänslan är utbildad, kan dess naturliga uttryck fungera såsom väckare af direkt känsla af viljeimpuls på samma sätt, som befallningsuttrycket och kan då träda i stället för ett befallningsuttryck såsom lystringsappell.

Det är nu vidare i anslutning härtil att påpeka, att det råder den skillnaden mellan idéen om det rätta handlandet och idéen om handlandet såsom plikt, att den förra såsom refererande till ett antaget handlingssystem med den objektiva bestämdheten »skall ske!», om den också bestämmer det i föreliggande fall rätta, dock gör detta endast så, att den bestämmer, hvad som *i ett sådant fall* som detta är det rätta. Men pliktidéen refererar icke till ett handlande öfverhufvud utan till ett särskildt, bestämdt i enlighet med idéen om det rätta. Såvidt pliktkänslan är en känsla af viljeimpuls, blir den nödvändigt knuten till ett bestämdt föreliggande handlande. Visserligen kan jag föresätta mig att öfverhufvud under de eller de omständigheterna handla på visst sätt. Detta synes ej vara ett bestämdt föreliggande handlande, då jag icke vet, när eller ens om omständigheterna inträda. Men om det här också närmast gäller blott ett allmänt förfarande, besluter jag icke detta förfarande utan hänsyn till ett individuellt fall, i hvilket regeln är att tillämpa. Detta individuella fall är mitt eget individuella handlingslif i framtiden, i hvilket jag beslutar att genomföra densamma. Jag kan känna mig pliktig att öfverhufvud vid anfordran betala förfallna skulder. Men om också grunden till pliktkänslan är idéen om att betalning af förfallna skulder vid anfordran öfverhufvud är det rätta, känner jag mig dock pliktig till regelns användande endast i afseende å mitt individuella framtida lif. Den ifrågakommande pliktkänslan blir då givetvis en impuls mot organismens inställning på ett sådant förfarande.

Emellertid: må det också så vara, att normmedvetandet och därmed idéen om det i föreliggande fall rätta handlandet icke involvera någon pliktkänsla. Det är dock så, att om icke den naturliga

verkan af idéen om det rätta handlandet — pliktkänslan — verkligen infinner sig, så förlorar sig idéen själf. Den blir oförmögen att hålla sig uppe i medvetandet. 1:o är att märka, att allt intresse för den rätta handlingen såsom sådan är bestämdt af pliktkänslan. Tanken på själfaktning, resp. undgående af missaktning, idéen om att jag blott genom den rätta handlingen bevarar min verkliga själfständighet, fruktan för samvetsagg: allt, som binder mitt intresse vid en sådan handling, hvilar på redan gifven pliktkänsla. Men om inga intressen knyta sig vid handlingen såsom den rätta, får jag ej heller i mitt praktiska lif något intresse af att fasthålla idéen om en handlings rätthet. 2:o är det, såsom redan är påpekadt, just pliktkänslan och därtill knutna intressen, som allena äro i stånd att hämma alla för öfvertygelsen om en handlings rätthet störande reflexioner. Därförutan skulle icke föreställningar om, att det dock här i verkligheten gäller blott åskådliga befallningsuttryck, hvilka omöjligt kunna vara reala bestämningar hos en handling, och öfverhufvud den farliga frågan, om öfvertygelsen är sann eller ej, kunna hämmas. 3:o kan det åskådliga befallningsuttrycket, fattadt som real bestämning hos handlandet, icke bibehålla sin åskådlighet, d. v. s. framträda med samma pregnans, som det har vid en verklig, maktfull befallning, om ej en omedelbar känsla af viljeimpuls följer. Därför betyder bristen på pliktkänsla vid idéen om en handlings rätthet, att denna själf blir endast en försvagad efterbild af det, som vi i den praktiskt verksamma idéen därom verkligen föreställa oss. Men nu är det så, att öfverhufvud pliktkänslans uppkomst är beroende af säregna psykologiska betingningar. Därmed blir också fasthållandet af idéen om en handlings rätthet beroende *ej blott* af logiska faktorer, den regelrätta subsumtionen af densamma under de handlingssätt, som antagas höra till det grundläggande handlingssystemet.

Antag, att redan före uppkomsten af en pliktkänsla tillräckliga motiver i ett visst fall för ett handlande, som ur abstrakt logiska synpunkter ter sig som det rätta, låt oss säga ärlighet, äro förhanden. Dessa motiver må innesluta huru mycket som helst för pliktkänslan främmande elementer, ex. tanken på att jag i föreligande fall genom ärlighet vinner vissa yttre fördelar. Huru är det under sådana förhållanden med betingningarna för uppkomsten af en pliktkänsla vid idéen om handlandets rätthet? Det bör därvid tagas i beak-

tande, att om en handling följer, utan att några hämmande motiver, knutna vid idéen om ett annat förfarande, ej heller några särskilda svårigheter vid handlingens genomförande, som väcka energikänslan, göra sig gällande, så blir icke någon i ett »detta skall jag» utpräglad viljeimpuls förhanden, allra minst en sådan, som går öfver i verklig föresats. Om jag en gång har beslutit mig för att företaga en promenad, utpräglar sig icke någon särskild viljeimpuls att taga på mig rocken. I vårt fall, då motivläget i afseende å handlandet oberoende af plikt-känslan förutsättes gifvet i riktning mot det rätta, föreligger in nuce handlingen själf genom den redan började psykofysiska inställningen på densamma. En eventuell plikt-känsla skulle då hänföra sig till inställningens bevarande. Men då alla motiver till dess upplösning redan enligt förutsättningen äro utan kraft gent emot gifna motiver till handlingen, finnas icke betingningarna för uppkomsten af en särskild känsla af viljeimpuls vid idéen om inställningens bevarande. Genom att inga motmotiver med verklig motivkraft finnas, saknas också alla svårigheter vid det inre handlandets genomförande, som skulle kunna föranleda en särskild känsla af energi.

Men antag nu omvänt, att motivläget ej redan oberoende af plikt-känslan är afgjort till förmån för ärligheten, vare sig så, att oärlighetsmotiverna väga jämt upp motmotiverna eller rent af äro i öfvervikt. Då finns verkligen möjlighet för uppkomsten af en plikt-känsla, knuten vid idéen om ärligheten såsom det rätta eller vid idéen om upplösningen af en redan inträdd inställning på oärlighet. Och visserligen ju starkare oärlighetsmotiverna verka, dess mera utpräglad kan plikt-känslan vara. Men däraf följer med hänsyn till förut påpekadt förhållande mellan idéen om det rätta och plikt-känslan, att ju starkare frestelsen till motsatt förfarande är, desto mera pregnant kan också idéen om det rätta handlandet blifva. Sin största pregnans kan den nå, då plikt-känslan *allena* blir det möjliga motivet för ett rätt handlande. Och härvid kan den bli mera utpräglad, i samma grad som frestelserna att öfvervinna äro stora. Men vidare följer häraf, att vid bedömandet af ett redan gifvet rätt handlande framträder idéen om dess rätthet allt mera utpräglad, ju mera plikt-känslan varit dominerande motiv och ju större frestelserna att öfvervinna varit. Detta har föranledt uppställande af den satsen, att det för ett rätt handlande enligt det mo-

raliska medvetandet skulle *krävas*, att blott idéen om handlandets rätthet genom pliktkänslan är handlingens motiv. Detta är emellertid orimligt. Ty i sådant fall skulle jag ej kunna ha till motiv idéen om själfva handlandets rätthet, då detta såsom sådant ju aldrig med bortseende från en redan gifven idé om dess rätthet, tänkt såsom motiv, kunde framstå som det rätta. Sakförhållandet är i stället, att det alltid är handlandet själf, som blir det rätta. Men idéen om dess rätthet blir både då man står inför handlandet och vid bedömandet af det redan skedda undanskjuten i samma grad, som pliktkänslan ej spelar eller spelat någon roll vid afgörandet. Det bör härvid tilläggas, att detta förhållande har ingenting att skaffa därmed, att ett resultat af en handling för att kunna tillräknas *mig* måste såtillvida vara af mig vid handlingens företagande afsedt, att idéen om dess inträdande därvid varit vaken. En handling blir icke under några omständigheter orätt genom en i detta hänseende icke afsedd verkan. Detta har naturligen ingenting att skaffa med frågan, om rättheten själf måste vara motiv för ett rätt handlande.

Af det anförda följer nu också, att en handlings orätthet, d. v. s. stridighet mot det för fallet rätta handlingssättet, icke gör sig pregnant gällande vare sig vid afgörandet eller vid efterföljande bedömande, om icke en pliktkänsla i motsatt riktning är förhanden omedelbart, resp. såsom efterverkan af en förut verksam (i senare fallet ångerväckande). Häremot synes strida, att en moraliskt sedt bristfällig uppmärksamhet på en handlings följder eller en handlings orätthet kan efter handlingen konstateras, fast ej vid densamma någon känsla af plikt till större uppmärksamhet gjort sig gällande. Man bör emellertid beakta, att det ges en känsla af plikt till vakenhet öfverhufvud i föreliggande afseende eller till en sådan moralisk hygien, att icke uppmärksamheten på våra handlingars följder resp. möjliga orätthet sjunker under ett visst mått. Bedömandet af en uppmärksamhetsbrist i visst fall såsom orätt torde ytterst hänföra sig till bristens karaktär att ådagalägga felaktighet i den allmänna moraliska själfdisciplinen.

På detta sätt torde nu också förklara sig, hvarför vi, benägna att bedöma lika fall lika, vid bedömandet af andras handlingar såsom rätta eller orätta, taga hänsyn ej blott till öfverensstämmelsen med, resp. stridigheten mot det i föreliggande fall objektivt rätta

utan äfven till deras utvecklingsgrad med afseende å pliktmedvetande öfverhufvud — det senare bedömdt efter måttstafven af vår egen uppfattning af, hvad den moraliska normen kräfvat. Dock verka här vissa faktorer i motsatt riktning, som blifva tydliga genom beaktande af, hvad som hos oss själfva, psykiskt sedt, föreligger, då vi betrakta andra såsom förpliktade.

e. Det kunde nu med hänsyn till det förut andragna med afseende å pliktmedvetandets beroende af plikt känslan synas, som om vi öfverhufvud icke kunde ha något medvetande om egentliga plikter för andra. På sin höjd kunde i detta »du bör!» ligga en hänvisning till det för annan person i visst fall rätta handlandet i meningen af det handlande, som för fallet står i öfverensstämmelse med det handlingssystem, som har ett åskådligt gifvet befallningsuttryck till real bestämning. Emellertid skulle enligt det föregående under sådana förhållanden ej ens idéen om en handlings rätthet kunna framträda med samma pregnans, såvidt det gäller annan person, som i fråga om mig själf, om plikt känslan allena kan hålla idéen uppe. Men att man icke med samma pregnans skulle kunna föreställa sig, att ett visst handlande är det för annan person rätta, som då det gäller en själf, är otroligt. Nu är först att framhålla, att en känsla af alldeles samma natur som hvad vi kalla plikt känsla väl kan knyta sig vid idéen om ett visst annans persons handlande, nämligen en värderingsfri känsla af viljeimpuls i afseende å annans handlande såsom det rätta. Vi ha med afseende å befallningen sökt visa, att en känsla af viljeimpuls knuten vid idéen om annan persons handlande, måste anses ligga bakom befallningsuttrycket hos den befallande. Någon principiell svårighet vid antagandet af en sådan känsla som den anförda finns sålunda ej.

Det ges nu också två fakta, som näppeligen låta sig förklara, utan antagandet af en slik känslas förhandenvaro. Det ena är den moraliska indignationen. Det må så vara, att denna åtminstone stegras i sin kraft genom allehanda känsloeffekt, som ej ha med plikt känslan att skaffa, ex. egennyttiga intressen, som blifvit kränkta genom den orätta handlingen, och medkänsla med annan person såsom föremål för en kränkning. Men det specifikt moraliska elementet, sådant det särskildt framträder vid en kränkning af rättskänslan, låter sig ej därur förklara. Här beror harmen väsentligen på föreställningen om, att en *rätt* blifvit kränkt. Icke detta att

man själf eller andra genom handlingen öfverhufvud blifvit lidande, bestämmer indignationen utan det att tillfogandet af lidandet har krakartären af en rättskränkning, sålunda ett *orätt* handlande i afseende å annan person, träder här i förgrunden. Men hvori kan intresset för detta, att annan person handlar *rätt*, vara förankradt? Observera, att det här gäller ett af alla yttre följder oberoende intresse härför, hvars kränkande kan vålla en den starkaste indignation. Det kan här ej vara fråga om sådana intressen, som framgå som följd af den egentliga plikt känslan. Ty sådana intressen hänföra sig blott till mitt eget rätta handlande och bli genom orätten från annan persons sida alls icke kränkta. Men ej heller kan det gälla intressen för den kränkande personens moraliska välfärd, för hans bevarande af sin sanna själfständighet, själfaktning eller dylikt. I sådant fall skulle ej reaktionen mot kränkningen bli harm utan sorg. Det måste sålunda gälla ett direkt intresse vid ett visst annans handlande såsom det för fallet allena med normen öfverensstämmande eller såsom det som »*skall ske*». Nu är, såvidt det gäller en själf, det direkta intresset för ett handlande såsom det, som »*skall ske*», förankradt blott i befallningsuttryckets förmåga att väcka en direkt känsla af viljeimpuls. Man kan då ej förstå, huru ett handlande såsom det, som »*skall ske*», då det gäller annan person, skulle kunna verka på annat sätt. Då i ena fallet idén om handlandets rättighet ej verkar någon direkt lust vid det samma, kan den ej heller göra det i det andra, då i båda fallen det intresseväckande är samma sak — rättheten. Öfverhufvud gäller också, att den närmaste psykiska verkan af erfandet af ett befallnings- eller *vilje*uttryck måste bli en viljeimpuls, liksom erfandet af ett omdömesuttryck framkallar det motsvarande omdömet och förnimmelsen af ett känslouttryck den motsvarande känslan såsom sin närmaste psykiska följd. Det måste då vid den moraliska indignationen föreligga en till idén om ett visst den andres handlande såsom det rätta knuten omedelbart framspringande viljeimpuls. Detta, att det verkliga handlandet sker i strid mot vår vilja, är det, som verkar olusten och därmed harmen öfver den skyldige. Och visserligen inträder här en harm, som, långt ifrån att hejdas af moraliska hänsyn, framdrives af en känsla, som vi i likhet med den egentliga plikt känslan hänskjuta på vårt sanna själf och därför göra till föremål för samma slags omvårdnad. — Samma skäl, som gälla för den moraliska in-

dignationens beroende af en viss viljekänsla, gälla också för aktningens, resp. missaktningens beroende af samma känsla, såvidt det gäller annan person. Det är klart, att missaktningen kommer att samverka med den därmed starkt befryndade moraliska indignationen — båda känslorna, understödda af samma omvårdnad som pliktkänslan själf. *Écrasez l'infâme!*

Det andra faktum, som här är af betydelse, är rättskänslan, såvidt den framträder i ett kraf på annan person att respektera egna eller andras rättigheter. Detta kraf är af annan natur än det, som ligger i framställandet af ett rättsanspråk. I senare fallet gäller det ett kraf, som det är riktigt att respektera, emedan respekten själf just är det rätta handlandet. Men i förra fallet rör det sig om ett kraf på ett handlande, hvars rätthet icke ligger i respekten för krafvet utan framstår som gällande utan all hänsyn därtill. Detta kraf är nu ej heller, såsom fallet är med framställandet af ett rättsanspråk liksom med det moraliskt indifferentia eller till och med orättmätiga krafvet, bestämdt af bakomliggande för det rätta såsom sådant främmande intressen. Utan det bestämmande är just idéen om det krädda handlandets riktighet såsom respekt för annans rätt. Nu är förut utredt, att i krafvet öfverhufvud framträder en känsla af viljeimpuls i förbindelse med idéen om ett visst annans handlande. I vårt fall är det bestämmande för denna känsla idéen om det ifrågakommande handlandets rätthet. Att nu mellan denna idé och själfva den därpå bestämda viljeimpulsen skulle vara inskjuten en direkt lust för det rätta, är med hänsyn till straxt förut framhållna skäl rörande den moraliska indignationens beroende af en värderingsfri känsla af viljeimpuls, icke antagligt.

Man kan nu härpå draga den slutsatsen, att detta »du bör!» alls icke *behöfver* innebära blott ett påpekande af hvilket handlande som för den tilltalade i ett visst fall är det normenliga utan väl kan innebära medvetande om egentlig plikt för honom att handla på visst sätt. I stället för pliktkänsla i vanlig mening kan såsom underlag för pliktmedvetandet tjäna dess analogon vid tanken på andras handlande. Det kan också i anslutning till förut gifven utredning sägas, att idéen om ett visst handlandes rätthet i afseende å annan person icke kan få behörig pregnans, om ej det ifrågakommande analogon till pliktkänsla gör sig gällande. Det må vidare påpekas, att den värderingsfria känslan af viljeimpuls i afseende å annan

persons handlande såsom det rätta måste stå under liknande psykologiska betingningar för sin uppkomst som pliktkänslan. D. v. s. den gör sig ej gällande annat än om vissa hinder för det rätta handlandets tillståndkommande hos den andra personen äro förhanden. Till största kraft blir den utbildad, när enligt vår mening orätt handlande redan föreligger, och verkar då den förut berörda moraliska indignationen. Emellertid blir också tydligt, att vid bedömandet af andras handlingar såsom rätta eller orätta blir ej pregnansen i idéen därom beroende af pliktkänslans kraft hos den, som är föremål för bedömandet. Det behöfs endast, att hos den bedömande en känsla af angifven art är förhanden. Rättskänslan kan på det skarpaste reagera mot andras handlande såsom en rättskränkning, fast ej hos föremålet någon bestämd pliktkänsla är förhanden. Dock inverkar härvid motvägande den bundenhet vid pliktkänslans kraft, som tillhör bedömandet af egna handlingar såsom rätta eller orätta, hvarom förut är nämnt.

f. Till idéen om ett visst handlandes rätthet knyter sig idéen om rättvisan af tvång till en med den uraktlätta rätta handlingen ekvivalent prestation i fall af orätt handlande eller blott uraktlätenhet att göra det rätta. Vägrar jag utlämnande af annans egendom, sedan jag blifvit upplyst om sakförhållandet, är det rättvist, att ej blott saken fräntages mig utan äfven ersättning för ägaren genom min vägran tillfogad skada utkräves. Härvid är emellertid först att märka, att *tvånget* till ekvivalent prestation icke behöfver vara den närmaste följden af orätt handlande ur rättvisans synpunkt. Det kan inträffa, att rättvisan närmast kräver, att den handlande själf ger en med det uraktlätta rätta ekvivalent prestation. Har jag i vetskap om, att en sak är annans egendom, tillägnat mig densamma, föreligger närmast som rättsföljd af den orätta handlingen ett böra för mig att utlämna densamma och ersätta skadan. Men alltid kommer som yttersta kraf af rättvisan, att den ekvivalenta prestationen framtvingas, såvidt detta öfverhufvud kan ske. På straffrättens område är den ifrågavarande ekvivalensen till och med af den naturen, att endast tvång kan komma ifråga som rättsföljd.

Vidare bör observeras, att den prestation, som *betrakts* som ekvivalent med den uraktlätta rätta handlingen, kan stå i mer eller mindre omedelbart förhållande af motsvarighet till denna. I förut nämnda exempel på egendomskränkning ligger den rätta handling,

som uraktlåtes, i utlämnandet af saken och undvikande af skadegörelse med hänsyn till ägarens intresse vid saken, resp. nedsläendet af impulsen till tillägnande af annans egendom och därmed eventuellt följande kränkning af hans vid egendomen knutna intressen. I sådana fall är, om ägaren betraktas som den berättigade, hvars rättsanspråk är att respektera, den ekvivalenta prestationens rättighet bestämd genom tillämpning af samma norm, som konstituerar den uraktlåtna handlingens rättighet, på den genom uraktlåtelsen uppkomna situationen. Annorlunda ter sig saken exempelvis i det fall, då det orätta ligger blott i brist på uppmärksamhet på en möjligen med ett visst förfarande förknippad skadegörelse på annans egendom, då denne betraktas som den, hvars rättsanspråk är att respektera. Om härvid skadeersättning, i fall skada skett och den kränkte gör anspråk därpå, framstår som en ekvivalent prestation, framgår detta ej omedelbart ur tillämpningen af den för den uraktlåtna rätta handlingen bestämmande normen. Enligt denna var blott en viss grad af uppmärksamhet det, som borde vara förhållande såsom respekterande af ägarens rättsanspråk, icke nedsläendet af en tendens att skada, som här icke fanns. — Än mera framstår bristen på omedelbart samband med den uraktlåtna rätta handlingen, då denna ligger i ett visst respekterande af det allmännas rätt och den ekvivalenta prestationen blir straff. Om det orätta ligger i afsiktligt dödande och det uraktlåtna rätta i nedsläendet af tendensen därtill såsom ett respekterande af det allmännas rätt, kan, synes det, genom tillämpning af den grundläggande normen på föreliggande fall såsom ekvivalent prestation blott härledas — ett återuppväckande af den döde, icke straff. Det må så vara, att straffet i vissa afseenden kan betraktas som en godtgörelse för skadande af vissa sociala intressen — genom exemplets makt, nedsättning af lagarnas anseende, af den allmänna trygghetskänslan etc. Men i allmänhet har brottslingen icke sin uppmärksamhet riktad på den skada, han i detta afseende kan åstadkomma. Det uraktlåtna rätta, i förhållande till hvilket straffet skulle vara ekvivalent prestation, skulle då vara uppmärksamhet på handlingens skadliga följder för samhället. I sådant fall måste straffet såsom ekvivalent prestation bestå i ett tvång, som föranleder uppmärksamhet för framtiden. Den största effekten skulle väl i detta afseende nås genom tvångslärokurser rörande den sociala skadligheten af vissa handlingar. Men

ett sådant tvång skulle alls icke af rättsmedvetandet betraktas som ekvivalent prestation. Först om vetskapen om den sociala skada, som blir följd af handlingen, bevisligen finns vid brottets begående, skulle godtgörelse af densamma genom ett straff i vanlig mening te sig som ekvivalent prestation, om denna bestämmes genom tillämpning af den grundläggande normen på genom uraktlåtenheten af det rätta uppkommen situation. — Allra mest framträder bristen på omedelbar samhörighet mellan den uraktlåtna rätta handlingen och straffet såsom ekvivalent tvång, då som sker i vedergällningsidéen ekvivalensen förlägges i ett mot det åstadkomna lidandet svärande lidande för brottslingen. Detta lidande gagnar såsom sådant på sin höjd den enskildes eller samhällets hämndlust att triumfera öfver fienden, men på intet sätt erbjuder det en ersättning för den skada, som brottslingen hade bort undvika att åstadkomma. Den bestulne får icke sin egendom tillbaka därigenom, samhället får icke den sociala skadan godtgjord.

Det är nödvändigt att i sådana fall för forståelse af uppkomsten af idéen om den ekvivalenta prestationen söka sig tillbaka till de sociala intressen, som framkalla de kraf, hvarur idéen om den grundläggande normen stammar. Man betraktar en viss grad af uppmärksamhet på ett handlandes eventuella skadliga följder med afseende å annan persons egendom såsom ett respekterande af dennes rätt och därmed såsom det handlande, som »bör ske». Detta härleder sig ur ett socialt intresse, vare sig allmänt eller klassintresse, som föranledt, att lagar, gudar, omgifning uppträda som makter, befallande uppmärksamheten i fråga. Det bestämmande är härvid det gemensamma intresset för den enskildes trygghet för egendoms-skada genom andras åtgöranden. Det blir emellertid ej tillgodosedt, blott genom att ett »du skall vara uppmärksam», fullständigadt med ett »du skall, om du har vetskap om en handlings karaktär att vålla skada å annans egendom, nedslå impulsen därtill» ljuder i den enskildes öron. Det behöfs också därför, att befallningens kraft stärkes genom medvetandet om nödvändigheten af skadeersättning vid uppmärksamhetsbrist och skadans inträdande och att verkligen tvånget därtill inträder i brist på godvillig prestation. Det gemensamma intresset föranleder därför i samband med utbildningen af idéen om uppmärksamheten befallande makter dels ett imperativiskt »du skall ersätta den skadliga följden af din uppmärksamhets-

brist», dels en allmän riktning mot tvångets verkliga inträdande. Men genom detta intressesamband blir till idéen om att man bör vara uppmärksam såsom ett respekterande af annans rätt ansluten dels idéen om skyldighet att lämna skadeersättning i fall af normkränkning med skadlig följd och anspråk på skadeersättning, dels idéen om ett i fall af brist på godvillighet inträdande tvång såsom en följd af, att ersättning *skall* lämnas, men ej godvilligt sker. Därmed får tvånget själfvt karaktären af något, som *skall* äga rum, såsom med det ursprungligen uraktlåtna rätta handlandet ekvivalent prestation i sista hand. Härvid kvarstår den ursprungligt berättigade, såsom den, hvars rättsanspråk skall tillfredsställas, hvarför uteblifvandet af dess framställande upphäfver tvångskrafvet. Att härvid endast en viss grad af uppmärksamhet betraktas som det rätta med nämnda följder vid brist därpå, beror naturligen på motvikten från andra sociala intressens sida, exempelvis det gemensamma intresset för sådan rörelsefrihet, som är nödig för den enskildes känsla af välbefinnande och för en den allmänna välmågan befordrande samfärdsel. — På liknande sätt blir i samband med utbildningen af idéen om makter, som befalla vissa handlingar, genom ett socialt intresse — allmänt eller klassintresse — att hämma sådana handlingstendenser, som betraktas som för samhället eller klassen mer eller mindre farliga, utbildad en allmän riktning på ett tvångssystem i anknytning till de befallda handlingarnas underlåtelse, bestämdt af hänsyn till tendensernas grad af farlighet. Därigenom kommer att till idéen om vissa handlingar såsom »börande ske» med hänsyn till det allmännas eller klassens intresse anknytas idéen om vissa tvångsreaktioner, »straff», såsom följder af sådana handlingars uraktlåtande. Därmed får också tvånget karaktären af en ekvivalent prestation till det allmänna eller klassen, som »skall ske», är »rättvis». Äfven här motväges ifrågavarande intresse af andra gemensamma intressen, exempelvis det för inskränkande af den enskildes lidande till minsta möjliga mått. — Då enligt vederläggningssidén ett lidande, svarande mot det tillfogade, »skall» tillfogas brottslingen eller är rättvist, är det förmedlande en social hämndkänsla, utgående från kränkningen af samma intresse, som föranledt idéen om, att vissa handlingar äro befallda.

Men hvad som nu här är att särskildt observera, är att tvångets rättvisa ej primärt innebär, att någon viss person eller personkom-

plex har att realisera detsamma. Det som skall ske är primärt själfva tvånget och visserligen skall det ske såsom ekvivalens för den ursprungligen underlåtna rätta handlingen. Tvångets rättvisa betyder blott detta, att det sker *objektet* rätt enligt normen för hvad som »skall ske». Först sekundärt ansluter sig härtill idéen om, att en person eller personkomplex »skall» realisera tvånget. Den reaktiva rättvisan är blott motsidan till det uraktlåtna handlandets rätthet. Därför måste idéen därom anses verka på motsvarande sätt, d. v. s. verka en värderingsfri känsla af viljeimpuls, anknyttande sig till idéen själf. Den särskilda omvårdnad, som en sådan viljeimpuls blir föremål för såsom uttryck af vårt sanna jag, är då förklaringsgrunden till den absoluta värderingen af rättvisans realisation liksom också till den alldeles särskilda intensiteten i krafvet därpå. Af denna viljekänsla är också föreställningen om tvånget såsom en objektets *skuld* att utkräfvat härledbar. På samma sätt som idéen om egen plikt hvilat på simultan association af en värderingsfri känsla af viljeimpuls och idéen om ett visst mitt eget handlande såsom det rätta och idéen om annans plikt på en liknande känsla i förbindelse med idéen om ett visst annan persons handlande såsom det rätta, så hvilat idéen om skyldighet till en tvångsunderkastelse på liknande känsla i förbindelse med idéen om tvånget såsom det rätta.

g. Emellertid är att märka, att idéen om tvångets rättvisa faktiskt utbildar sig äfven direkt, d. v. s. utan hänsyn till idéen om ett uraktlåtet rätt. När hos Homerus Nestor berättar, att Epeierna hade en skuld (*χρῆσις*) att betala till Pytierna på grund af föregående anfall¹, en skuld, hvars betalande kunde ske blott genom ett plundringståg från de senares sida, finns här icke en antydning om, att det ursprungligt angripande folket hade begått något orätt. Dock äro de skyldiga att betala för det onda de gjort i den meningen, att det var rättvist, att de underkastades lidande genom ett plundringståg. Tvångets rättvisa knöts till det förhållandet, att Epeierna hade plundrat hos Pytierna, utan att någon grund angafs, hvarför det skulle vara rättvist. Alldeles samma karaktär har Achilles' utrop, att Hektor eller Trojanerna skulle få betala Patroklos' död.²

¹ Il. XI, 686 ff. Liknande uttryckssätt om skälet till ett föregifvet plundringståg af Odyssevs Od. XXI, 16.

² Il. XVIII, 93, och XXI, 133.

Icke hade Hektor genom att döda Patroklos i försvaret af fäderne-
staden enligt Achilles' mening begått någon vanhedrande gärning.
Men helt annan karaktär har Odyssevs' ord, att han ej skulle sluta,
förrän Penelopes friare fått betala försina öfverträdelser (ὕπερβασίην).¹
I detta fall anges en verklig grund till betalningsskyldigheten, alias
tvångets rättvisa, nämligen att det handlande, till hvilket rättvisan
anknöts, innebar ett orätt, ett utgående öfver det riktiga måttet.
Tvånget tedde sig då som en med ett uraktlåtet rätt ekvivalent
prestation, som såsom sådan är rättvis. — I Aeschylus' Evmeni-
derna ställes mot erinyernas blinda hämndbegär, äfven det klädt i
rättens dräkt — δίκη själf kräfd modernördaren Orestes' utläm-
nande — krafvet på skuldens närmare pröfvande genom upptagande
af frågan om den ursprungliga handlingen var orätt under förelig-
gande situation. Detta skulle ske genom en förundersökning, vid
hvilken inför särskildt rättskunniga personer — gudarne — parterna
— erinyerna, åklagare, och Orestes, anklagad — hade att framställa
skäl och motskäl. Krafvet i fråga var från erinyernas synpunkt ett
intrång i deras rättsförfarande från »de unga gudarnes» sida. Här fram-
ställes uppenbarligen den fortgång i moralisk reflexion, som hör
tillsammans med öfvergången från blodshämndens rättsstadium till
ordnandet af individernas eller släkternas mellanhafvanden genom
rättskraftig dom. Äfven blodshämnden har sin rättsåskådning.
Utkräfvandet af hämnd är ingenting annat än realiserandet af rätt-
visan i afseende å det subjekt, som ursprungligen tillfogat lidandet.
Och underlåtelsen däraf från den enskilde kränktes eller släktens
sida, som i en af sina medlemmar blifvit kränkt, betyder därför ett
orätt, som nedsätter den personliga värdigheten. Ty rättvisan skall
realiseras. Men i blodshämndens cirkelgång framträder, att den
handling, till hvilken rättvisan af ett lidande för den handlande an-
knytes, icke reflekteras som orätt. Är det rättvist, att omvänt
hämnd utkräfvades af den som tagit hämnd för det tillfogade lidandet,
trots att den senare endast fyllt sin plikt, så är också tvångets rätt-
visa oberoende af, om den ursprungliga handlingen är rätt eller orätt.
Men med dämpandet af blodshämnden genom fredsbehovet, som
kräver en öfver de stridande parterna stående maktfull rättsord-
ning, och den sociala känslan, följer den reflexionen, att tvånget

¹ Od. XXII, 60 ff. Jfr användningen i liknande position af uttrycken
ἀτάσθαλον ὕβριον, Od. XXIV, 352, βίην ἀνδρῶν ὑπεργυρόεντων, Od. XXIII, 31.

låter sig rättfärdiga endast såsom ekvivalens för ett rätt handlande, hvori objektet brustit. Men med en sådan reflexion följa andra i släptåg. Det bör undersökas, om subjektet öfverhufvud och särskildt i det föregifna orättas ögonblick, kan betraktas som sig själf bestämmade, såsom ett verkligt praktiskt jag, till hvilket ett skeende kan hänföras som dess verkan. I annat fall kan uraktlåtenheten att handla på visst sätt icke anses bero af subjektet såsom verkligt handlingssubjekt, hvartill hör, att dess inre själf verkligen är bestämmade för dess förhållande i praktiskt afseende. Men under förutsättning af imputabilitet bör det vidare undersökas, ej blott om utan äfven på hvad sätt en uraktlåtenhet att handla rätt föreligger, om afsiktsfel föreligger eller blott uppmärksamhetsbrist. Detta influerar gifvetvis på det rättvisa tvångets natur, såvidt det skall vara ekvivalent med det uraktlåtne rätta. Observera, att redan i de ålderdomliga Athenska blodsdömmestolarna — Aeschylus' drama framställer areopagens nybildning — gjordes denna åtskillnad. Alla sådana reflexioner äro främmande för erinyrättvisan, där det enda betydelsefulla är, att ett lidande föreligger, förorsakadt genom någons åtgörande.

Men viktigare än allt är, att först utvecklingen från idéen om tvångets rättvisa utan hänförande på ett föregående orätt till idéen om rättvisan såsom liggande i med ett uraktlåtet rätt ekvivalent prestation gifver ett mått för det rättvisa tvånget. Det är uppenbart, att i den primitiva idéen om rättvisan af att man får själf lida för tillfogandet af lidande, vare sig det sker med rätt eller orätt, är det hämndekänslan, som verkar. Men hämnden är till sin natur måttlös. Dess devis är visst icke öga för öga, tand för tand utan hufvud för öga, hufvud för tand. Därför är den primitiva rättvisan utan mått. Detta att göra sina fiender så mycket ondt *som möjligt* är enligt den grekiska moral, mot hvilken den Platonske Sokrates kämpar, det rätta. Men nu inträder det egendomliga förhållandet, att enligt vedergällningsidéen, som ännu i dag verkar i straffrätten, skall trots vedergällningens uppenbara släktskap med hämndutkräfvande det lidande, som det är rätt, att den kränkande får erfara, vara lika stort som den kränktes men ej större. Ingen kan misstaga sig på, att denna dämpning af hämndkänslan härleder sig från tanken på straffet såsom börande vara ekvivalent med brottet eller rättare såsom en restitution af just det rätta, som brottet

har satt åsido men dock alltjämt bör realiseras. Hämndkänslan fortverkar här visserligen i två afseenden. Å ena sidan framträder i ansvarigheten för resultatet af en handling oafsedt afsikten, att tanken på den orätta handlingen såsom grunden och måttet för straffets rättvisa icke har gjort sig tillräckligt gällande gent emot den primitiva idén om rättvisa och att sålunda hämndkänslan verkar. Å andra sidan låter sig den såsom ekvivalent betraktade prestationen i dess karaktär att vara blott ett motsvarande lidande icke förklara annat än ur hämndkänslans verkningar. Hvarken kan den anses som följande ur direkt tillämpning af den grundläggande normen eller som en yttring af samhällets intresse att tillvarata sina värden. Men motkraften får här icke förbises. Emellertid för hänsynen till den ursprungliga orätten såsom måttet för reaktionens rättvisa med sig krafter, som undantränga hämndkänslans betydelse vid bestämmandet af den ekvivalenta prestationen. I och med att den ursprungliga handlingen reflekteras som ett orätt, kommer tanken på den kränktes rätt i förgrunden. Det är denna, som skall genom reaktionen uppehållas. Men därmed bryta sig de intressen fram, som äro bestämmande för den rätten reglerande normen. Då reaktionen för att vara rättvis måste inskränka sig till att upprätthålla den kränktes rätt, kan, om ej en direkt tillämpning af den rätten reglerande normen på fallet för dess öfverträdande är möjlig, endast hänsynen till det intresse, som ligger bakom rätten, komma i fråga vid bestämmandet af ekvivalensen. Därmed går å ena sidan privatstraffet öfver i skadeersättning.¹ Då den rätt, som kränkes genom skadandet, blott ligger i rätten till ett undvikande af afsiktligt skadande handlingar från andras sida eller äfven till ett aktgifvande på följderna af ett negativt eller positivt förhållande i detta afseende — allt inom bestämda gränser — kan den rättvisa reaktionen mot rättskränkning ligga blott i tvång till skadeersättning. Därmed blir det för rätten grundläggande intresset tillgodosedt. Å andra sidan blir straffet bibehållet såsom den rättvisa reaktionen mot ett kränkande af samhällets eller en klass' rätt till ett visst förhållande från den enskildes sida, och blir därmed reglerat ej ur hämndesynpunkter utan ur synpunkten af de intressen, som bestämma den rätten grundläggande normen. Hvad som behöfves för

¹ Jfr IHERING, Geist des römischen Rechts, II, sidd. 113 ff., SCHLOSSMANN, Der Vertrag, sid. 315 n. 1, och REGELSBERGER, Pand. I, sid. 222.

dessas intressens tillgodoseende och intet annat, blir bestämmande för det rättvisa straffet.¹

¹ THYRÉN, Straffrättens allmänna grunder (1907) sidd. 47 ff., jfr Principerna för en strafflagsreform I (1910) sidd. 33 ff., behandlar föreställningen om skuld i betydelse af förtjänthet af straff såsom specifikt utmärkande för vedergällningstanken, men ej för preventionsidéen, hvilka idéer han synes betrakta som de enda möjliga att taga hänsyn till vid bestämmande af straffets grund och mått. Detta är knappt riktigt. Den skarpa skillnad, som göres mellan dolus och culpa vid bestämmandet af straffets mått, har ingen hemortsrätt i den vid resultatet häftande vedergällningstanken och hänför sig endast till tanken på de i handlingen framträdande tendensernas farlighetsgrad. Och dock är det väl intet tvifvel underkastadt, att det allmänna rättsmedvetandet betraktar dolus såsom i och för sig mera förtjänt af straff än culpa och skarpt reagerar mot orättvisan af deras likställande i straffrättsligt afseende. Tanken är här den, att straffet endast då är rättvist, om det tilltages i öfverensstämmelse med hvad samhällets eller en samhällsklass' rätt kräver vid kränkning af densamma. Men hvad denna rätt i sådant fall kräver, bestämmes genom samma intressen, som ligga till grund för fastställandet af vissa negativa eller positiva handlingar såsom skyldigheter mot samhället eller klassen. Genom att dessa intressen gå ut på hämmandet af farliga handlingstendenser, blir det straff rättvist, som behöfves därför — vare sig som följd af ett i detta afseende verksamt straffhot eller som motvikt mot redan framträdade handlingstendenser eller som botandet af den skada, som deras framträdande för med sig. Må straffets motiver vara den sociala hygien och alls icke någon hämndkänsla; i förbindelse med idéen om skuld med hänsyn till samhällets rätt kommer det dock i rättsmedvetandet. På intet rättsområde reageras så kraftigt mot »orättvisa» som på det straffrättsliga. — THYRÉN synes härvid särskildt vara bestämd af den betraktelsen, att idéen om skuld förutsätter antagandet af viljans frihet. Med ett sådant antagande skulle uppfattningen af straffets betydelse såsom ett preventivt medel vara, logiskt sedt, oförenlig, då den fria viljan såsom fri icke kan anses möjlig att påverka, se ex. Principerna etc. I, sid. 37. Därmed blir dock sakläget väl mycket förenkladt. I:o. Man kan förutsätta viljans frihet såsom betingning för skuld i den meningen, att det praktiska förhållandet såsom innebärande skuld måste vara betingadt af en uraktlåtenhet att taga hänsyn till det rätta, fast man har möjlighet att fritt bestämma sig därefter. Dock blir därmed icke tron på en viljans påverkbarhet i *hvarje* afseende logiskt utesluten. Därmed är ju blott den *moraliska* friheten antagen som betingning för skuld. Men den står på intet sätt i strid med viljans nödvändiga bestämdhet af det starkaste motivet, sålunda också påverkbarhet, *såvidt* hon med undanskjutande af moraliska motiver rör sig inom den utom-moraliska sfären och inom denna har att afgöra sig för ett visst motiv. Brottlingen kan ju antagas ha varit fri i afseende å sitt brottsliga förhållande på det sättet, att hans val af det orätta, såvidt det innebär ett undanskjutande af de moraliska motiven, varit fritt. Dock kan det vara mening i att på det sättet önska påverka honom, att han, om

Det föreligger nu till uppgift att förklara idéen om den af föregående orätt oberoende rättvisan af tvång eller skyldigheten till

han i framtiden ej skulle låta sig bestämmas af moraliska motiver, får den utom-moraliska sfären af sina motiver så beskaffad, att de från i yttre afseende orätt handlande afhållande motiverna inom denna sfär bli de starkaste. Det är på sin höjd tron på möjligheten af *moralisk* förbättring genom påverkan, som på det sättet blir logiskt utesluten med antagandet af viljans frihet såsom betingning för skuld. 2:o. Det är i högsta grad att ifrågasätta, om man med krafvet på viljefrihet såsom betingning för skuld icke väsentligen har i tankarna blott detta, att det praktiska förhållandet för att innebära skuld måste bero af det praktiska jagets omoraliska karaktär, en moraliskt dålig vilja. När man fattar barndom, idioti eller själssjukdom såsom uteslutande viljefriheten och därmed skulden, är det väl i grunden blott fråga om, att det praktiska förhållandet i sådana fall, om också i det yttre rättsvidrigt, likvisst ej beror af en omoralisk karaktär hos själfva personligheten. Vid ex. den moraliska idiotien bli aldrig moraliska motiver undanskjutna, emedan sådana saknas. Tanken på orsakslöshet eller tillfällighet vid sig-bestämmandet i en viss riktning är under alla omständigheter i idéen om friheten motvägd af tanken på orsaklighet eller nödvändighet. Ty alltid fattar man i frihetsidéen inriktningen på den eller den handlingen såsom ägande sin *grund* i viljan själf, alltså såsom med nödvändighet framgående ur hennes beskaffenhet. Och vid tanken på skuld spelar *denna* sida af frihetsidéen eller idéen om viljan som orsak en dominerande roll. 3:o. Frihetsidéen är genom den ologiska förbindelse af idéen om orsakslöshet och idéen om orsaklighet i afseende å handlingsvalet, som därtill hör, en hybrid idé, från hvilken man likaväl kan komma till viljans påverkbarhet som till uteslutningen häraf.— Att idéen om straffets rättvisa icke i det moderna rättsmedvetandet hänför sig till vedergällningen utan till samhällets rätt, framhäfdt särskildt af HEMBERGER i skriften, *Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht* (1903).

MAKAREWICZ visar i sin skissering af straffrättens utveckling i skriften *Einführung in die Philosophie des Strafrechts* afsaknad af hvarje blick för det här föreliggande idésammanhanget. Detta framträder principiellt i hans definition på förbrytelsen, sidd. 79—80. Den skall vara att bestämma som den handling, företagen af en medlem i en social grupp, som af gruppens öfriga medlemmar betraktas som så skadlig eller röjande en sådan grad af antisocial sinnesbeskaffenhet, att de reagera offentligt, på yttre sätt samfällt, i det de söka beröfva honom något af hans värdeförråd, »Güter». Detta skall vara det korrekta definitionssättet, ty därmed blir det väsentliga sambandet mellan förbrytelsen i modern mening och beslätade mer primitiva fenomen fasthållet. Frågan är här den: Är verkligen alltid vid hvad förf. själf betraktar som förbrytelse reaktionen bestämd af gruppens uppfattning om handlingens allmänna skadlighet eller den däri framträdande antisociala sinnesbeskaffenheten? Han talar själf om, att straffet ofta bestämmes af *rättsöfvertygelse* (sid. 87). Är nu denna öfvertygelse, som efter förf. kan referera till antagen gudomlig rätt och som väl utpräglar sig allt starkare med förhöjd moralisk

tvång. Att tvångsskyldigheten såsom sådan här betyder detsamma som den i ett uraktlåtet rätt begrundade, är uppenbart redan af det

kultur, verkligen detsamma som ett betraktande af handlingen såsom i högre grad allmänskadlig eller röjande en högre grad av antisocial sinnesbeskaffenhet? Detta att det sker personen rätt, att rättvisans fordringar fyllas med straffet, har icke såsom sådant något att skaffa med tillskrifvandet af en sådan karaktär till handlingen, om också just handlingar med den karaktären skulle anses rättvisligen kräfva straff. Ej heller behöfver tanken därpå vara vaken vid den af rättfärdighetskraf bestämda sociala reaktionen. Så när föreställningen om straffets rättfärdighet bestämmes af moralisk indignation öfver handlings-sättet såsom kränkande gamla »heliga» seder. Om också samhällsreaktionens underlåtelse betraktas som farlig för samhället, emedan den för med sig gudarnas vrede, är det dock den gudomliga rätten själf, som betraktas som kränkt och detta som rättvisligen att straffa. Så också, då staten reglerar och upprätthåller »privatstraffet» (af förf. sid. 251 behandladt som verkligt straff). Här är ju den bestämmande föreställningen den, att det är rättvist, att förbrytaren får lida till satisfaktion åt den kränkta individen. Tanken på allmänskadlighet eller antisocialitet i förhållande till gruppen står här gifvet i bakgrunden. Det är så långt ifrån, att i sådana fall den enskilde kränkte, då han enligt rättsregler har att under vissa omständigheter själf taga hämnd, anses träda i stället för staten (så förf.), att då staten subsidiärt inträder direkt som hämndeöfware, betraktas han som företrädare för den kränkte. Se de af förf. själf sid. 257 midten anförda uppgifterna. Men i synnerligen skarp form framträder skillnaden mellan de för den sociala reaktionen bestämmande betraktelsesätten, då såsom »förbrytelse» i första hand betraktas kränkning af den enskilde eller det fåtal, som innehar högsta makten. Förf. reflekterar själf sidd. 136 ff. öfver detta förhållande men anser det bero därpå, att hvad som skadar dessa mäktiga, anses skada alla. Man behöfver ju endast tänka på, huru litet en man ur hopen verkligen gäller enligt exempelvis den Homeriska åskådningen i förhållande till furstarna för att förstå, att icke var det skadandet af alla sådana, som gjorde den de mäktiga kränkande handlingen till förbrytelse. Idéen om de mäktigas gudomliga rätt såsom under sådana förhållanden dominerande hela rättslifvet och bestämmande för »förbrytelsens» begrepp är ju här på ett egendomligt sätt lämnad åsido. Då förf. i detta sammanhang för att försvara sin dogmatiska teori använder en så vulgär fras som den, att ett folk alltid har »eine solche Regierungsweise, welche die Mehrheit haben will», sid. 239, förbises tvångsverksamheten af mer eller mindre öppet vidskepliga rättsföreställningar hos folk på lägre kulturstadium.

Det torde nu också kunna sättas i fråga, om det af förf. häfdade förbrytelsebegreppet låter sig genomföra annat än i fråga om två poler, nämligen i afseende å de kulturens lägsta tillstånd, där folket tager omedelbart hämnd för särskildt allmänskadliga eller antisocial sinnesbeskaffenhet utvisande handlingar och de moderna tendenserna att ställa den statliga reaktionen mot s. k. brott under synpunkten af den *medvetna* utöfningen af social hälsovård. Här saknar verkligen det med begreppen rätt och plikt sig rörande rättsmed-

förhållandet, att den senare så småningom utvecklar sig ur den förra. Vidare framgår det ur den omständigheten, att i båda fallen är det fråga om rättvisan af tvånget såsom grund till skyldigheten, om också rättvisan själf i ena fallet framstår som oberoende af föregående orätt, i andra fallet begrundas just däri. Men skyldigheten till tvångsunderkastelse på grund af föregående orätt är motsvarigheten på lidandets område till skyldigheten att handla på visst sätt. Äfven den här afhandlade skyldighetsidéen är då att förstå såsom parallell till pliktidéen i egentlig mening. D. v. s. den utgår från ett analogon till plikt känsla: här en värderingsfri känsla af viljeimpuls, associerad med idéen om en annans eller eget lidande såsom rättvist. Observera nu också, att man fattar lidandeskyldigheten såsom en skuld att betala alldeles som om det gällde ett verkligt handlande, hvar till man är pliktig. (Ett grekiskt uttryck för detta att vara föremål för annans hämnd är *δίκην δίδόναι* = gifva [den hämnande] hans rätt.) Rättvisan af tvånget är nu också i detta fall att betrakta som parallellen till det rätta i ett visst handlande. Den betyder då också, att i ett visst fall är ett lidande det rätta med hänsyn till hvad som »skall» eller »bör ske» eller är förbundet med ett åskådligt gifvet befallningsuttryck, alldeles som ett handlandes rätthet betyder, att det i ett visst fall »skall» eller »bör ske». Men frågan blir här den: huru kommer här ett befallningsuttryck att betraktas som objektive förbundet med ett visst lidande oberoende af ett föregående orätt, i stället för hvilket det skulle träda?

Vi ha förut förklarat idéen om befallningsuttryckets objektiva förbindelse med ett visst handlande ur inflytandet från befallningsmakter, reala eller fiktiva, och från seden. Båda dessa faktorer äro här ur stånd att fungera som förklaringsgrunder, då både befallning och sed hänföra sig blott till handlingar. Det gäller att finna en tredje faktor, som kan framkalla idéen om ett befallningsuttryck såsom förbundet med ett lidande. Då befallningsuttrycket såsom

medvetandet verklig betydelse. Men hur är det med sådana handlingar, som under öfvergångsstadiet — i själfva verket identiskt med civilisationens hittillsvarande utvecklingsskede — varit belagda med straff? Men härtill kommer, att man kan vara tvifvelaktig om, huruvida uttrycket Verbrechen, crimen etc. icke just under detta stadium har fått sin betydelse under inflytande från det straff kräfvande rättsmedvetandet och man därför icke genom en sådan definition som den af förf. gifna alldeles förfelar uttryckets betydelse i det vanliga medvetandet.

sådant är uttryck för en värderingsfri känsla af viljeimpuls och verkar såsom sådant, måste det här gälla en faktor, som är förmögen att framkalla en sådan känsla vid tanken på en persons lidande. Det, som då här ligger närmast att tänka på, är hämndkänslan, som ju onekligen är bestämmande för den här föreliggande primitiva idéen om rättvisa.

I det rena vredesutbrottet är handlingen omedelbart sedt af samma natur som andra ovillkorligt inträdande affektsymptomer. Dess släktskap med reflexkandlingen är påtaglig.¹ Primärt är vredesutbrottet utan bestämd riktningspunkt. Barnet går utan åtskillnad löst på sin omgivning. Emellertid är det naturligt, att i samma grad som orsaken till vreden, det erfarna lidandet, blir bestämdt associeradt med något visst såsom dess upphof, riktar sig också utbrottet mot just detta. Är nu föremålet en animalisk organism, så innefattar reaktionen ett nedslående af vitaliteten, hvar till hör tillfogande af lidande, under förhöjande af den egna lifskänslan. Den är såsom sådan ett moment i den reagerande organismens själfbevarelseprocess och tjänar denna i sin riktning *mot* det angripande till förmån för den angripne. Men med själfva reagerandet följer hos dess subjekt, såvidt det härvid röner motstånd, en känsla af viljeimpuls eller drift, som associerar sig med idéen om att nedslå den angripande organismens vitalitet och därmed tillfoga den lidande under förhöjande af den egna lifskänslan: »Han skall få dyrt betala mig för sin gärning!» Först därmed har vreden blifvit hämndkänsla. Denna känsla är nu som den psykiska sidan af den reflexartade innervationen i sig själf oberoende af hvarje värdering. Jag knyter icke handen i vredesmod på grund af någon särskild lust för en sådan handling utan det sker ovillkorligt. Lika ovillkorlig måste då den motsvarande känslan af impuls att slå ned motståndaren vara. Men en följd af dess förhandenvaro blir lusten att slå till. »So wie die Erfüllung jedes Begehrens mit Vergnügen verbunden ist, erzeugt auch die Erfüllung des mit dem Groll verknüpften Begehrens eine eigene Lustempfindung.»² Det är af vikt att skarpt fixera den principiella skillnaden mellan den af *syftet* till själfbevarelse bestämda reaktionshandlingen och den ur vreden

¹ Jfr WESTERMARCK, Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe I, sid. 18, och WINDELBAND, Über die Willensfreiheit (1904) sid. 204.

² WESTERMARCK, p. a. st., sid. 33.

framgående reaktionen. I förra fallet är det grundläggande själs-tillståndet lusten vid själfbevarelse. Härur framgår önskan att slå ned motståndaren såsom ett medel för själfbevarelse. Och så följer ur denna önskan beslutet och med detta handlingen. Men i senare fallet är handlingen i riktning mot nedsläendet af det angripande och häfdande af sig själf det primära. Däraf följer vid motstånd viljan därtill och med denna lusten att triumfera öfver fienden. Därför är också i förra fallet lusten vid nedsläendet ingalunda måttlös. Den har sitt mått i nyttan. Möjligen är det för själfbevarelsen nyttigt, att fienden nedslås endast inom vissa gränser och ett utgående däröfver skadligt. Den besegrade kan i sitt bestånd vara nyttig exempelvis som slaf. Förödmjukandet af fienden kan vara skadligt på grund af därigenom uppstående hämndkänslor, blott han därförutan kan göras oskadlig. Men i senare fallet saknas hvarje ur situationen själf framgående dämpare. Då reaktionshandling, icke lusten vid själfbevarelse, här är det primära, kommer själfbevarelsen i fråga icke i sin konkreta totalitet utan blott som en själfhäfdelse *gent emot fienden*. Denna abstrakta själfbevarelse blir naturligen bäst uppnådd genom det fullkomliga undertryckandet af honom. Af de båda själfbevarelsen tjänande reaktionssätten är det senare vid all underlägsenhet för öfrigt såtillvida det förra öfverlägset, att det ej lider af »eftertankens kranka blekhet» — hvilket vid handlande kan ha sin afgjorda fördel. — Det bör härtill endast läggas en reflexion öfver, hvarför hämnden gent emot den personlige fienden får med sig en särskildt framträdande lust att tillfoga honom lidande. Man nöjer sig ej med att beröfva honom lifvet, hvilket synes vara det egentligt effektiva ur själfbevarelsesynpunkt, utan man vill göra det på det sättet, att han därvid erfar det största möjliga lidande. Den primitiva människan kastar fiendens lik åt hundarna för att förhindra den fördel han kan ha af rituell begrafning. Man kunde tro, att grunden härtill är grymheten såsom abnorm lust vid annans lidande. Men i verkligheten är känsloläget vid hämnden af helt annan natur. Man bör observera, att ju mera en animalisk organism är befryndad med mig själf, desto lättare har jag att försätta mig in i dess känsloläge. Men nu är lidandet såsom sådant ett uttryck för nedsatt vitalitet. Hvad jag har lust vid i hämndkänslan är att känna den egna vitaliteten förhöjas på angriparens bekostnad — att vara den öfverlägsne. Genom förbindelsen mellan lidandet

och lifskraftens nedsättning blir den senare allt eklatantare, ju större lidandet är. Gäller det nu ett personligt väsen, i hvars känslotillstånd jag kan lätt försätta mig, måste hämndlusten bli lust att triumfera öfver honom genom att se honom lida. Äfven huggormen kan man slå i hämnd, men intresset blir här mera direkt riktadt mot förintandet, därför att hans lidande ej kan få samma betydelse såsom indicium på lifsnedsättning och därmed såsom förhöjande af den egna lifskänslan. Men den personliga fienden vill man vid hämnden andligt eller fysiskt rådbråka blott för att se honom i stoftet framför sig.

Emellertid bör det nu härvid observeras, att den idé, hvarmed den ovillkorliga viljeimpuls i hämndkänslan mot ett personligt föremål blir förknippad, är mindre idéen om den reaktiva handlingens företagande än om det som utgör riktningpunkten för densamma. Då den ursprungliga handlingen såsom ett led i själfbevarelseprocessen, såvidt det erfarna lidandet blir associeradt med föreställningen om ett visst personligt föremål såsom dess orsak, måste gå i riktning mot nedsättande af dess vitalitet, särskildt tillfogande af lidande, under förhöjande af den egna angripna, blir det nödvändigt att hålla idéen om denna dess verkan vaken. Utan att idéen ifråga verkar såsom riktningpunkt, förlorar handlingen sin själfbevarande kraft. Den följer därför likaså ovillkorligt som handlingen själf. Den uppstående vid innervationen omedelbart sig knytande känslan af viljeimpuls blir därför icke så mycket associerad med idéen om själfva handlingen som fastmer vid idéen om dess verkan, hvilken idé i handlingsögonblicket dominerar. Därför blir nu också uttrycket för den samma: Han skall få lida för sin gärning, mig till satisfaktion. D. v. s. uttrycket blir ett verkligt befallningsuttryck eller uttryck för en värderingsfri känsla af viljeimpuls, men ändock väsentligen knutet vid idéen om en annans lidande, ej om eget eller annans handlande.

Men antag nu, att medlemmarna af en släkt eller en större samhällsgrupp samfällt få hämndkänslor på grund af från viss person eller personkomplex utgående lidande. Hvar och en eggas då den andre med framträdande hämnduttryck, må dessa uttryck vara ord, hotande rörelser eller andra lika ovillkorliga uttryck. I det att den enskilde hos sig själf och de öfriga förnimmer sådana uttryck, associeras de med idéen om angriparens eller angriparnes lidande. Då han

nu hos alla andra också finner idéen om detta lidande associeradt med det åskådligt gifna uttrycket, blir ingenting naturligare än att han antager ett sakligt sammanhang vara för handen mellan lidandet i fråga och hämnduttrycket. Men därmed blir det något, som under föreliggande situation har den karaktären, att det »skall ske». Men i och med detsamma är en norm gifven: den, som öfverhufvud är i samma situation som den här angripande, vare sig med hänsyn till situationens allmänna karaktär eller äfven dess speciella, han »skall» såsom sådan få lida till höjande af den kränktes själfkänsla och därmed är det i afseende å normen rätt, att denne eller dessa få lida. Därmed äro slussarna öppna. Idéen om lidandet såsom ägande befallningsuttrycket till objektiv bestämning eller såsom det rätta verkar i denna sin karaktär en känsla af viljeimpuls, som i sin association med idéen föranleder på förut beskrifvet sätt medvetandet om den eller de angripandes skyldighet att betala med ett lidande. Nu är lidelsen för rättvisans genomförande gifven. I sin släktskap med plikt känslan är den föremål för samma omvårdnad som denna. Den synes oss höra till vårt *sanna* själf och måste med risk af dess förlorande odlas.

6. Genom den i (4) och (5) framlagda undersökningen af å ena sidan befallningens psykologiska innebörd, å andra sidan pliktidéens och därmed i inre samband stående föreställningars natur bör det vara klarlagt såväl släktskapen som den bestämda åtskillnaden mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och det vid pliktidéen föreliggande. I båda fallen föreligger en värderingsfri känsla af viljeimpuls, associerad med idéen om ett visst personens eget handlande. I båda fallen verkas denna känsla genom inflytandet från ett befallningsuttryck. Slutligen uppstår i båda fallen en känsla af tvång, som refereras till befallningsuttrycket såsom det bindande. Men därmed slutar också likheten. Vid befallningen verkar befallningsuttrycket genom mottagarens säregna relation till den befallande. Men vid pliktidéen verkar detsamma i sin åskådliga gestaltning själfständigt. Det uppträder som en objektiv bestämning hos det handlande, med hvares föreställning känslan af viljeimpuls blir associerad. Detta hänskjutes på en norm: idéen om ett handlingssystem såsom i sig själf hörande tillsammans med befallningsuttrycket och framstår såsom det ur

denna synpunkt rätta. Därigenom kommer att med plikt-känslan vara förbundet ett medvetande om skyldighet till handlandet, som är för befallningsmottagaren såsom sådan främmande. Då det bestämmande för känslan af viljeimpuls — befallningsuttrycket — här betraktas som objektiv bestämning hos handlandet, kan vid uttrycket, som associationen mellan föreställningen om handlandet såsom det rätta och känslan tager sig, känslouttrycket icke bibehålla sin självständighet utan ingår själf som predikativt led i en sats med omdömesform. »Handlingen är såsom den rätta min plikt.» På denna bas uppstår medvetandet om ett obestämbart något såsom ägande sitt uttryck i plikt eller liknande. — Men i det befallningsuttrycket blir antaget som real bestämning hos ett handlingssystem, blir idéen om ett visst handlande såsom det för annan person i ett föreliggande fall rätta möjlig, och befallningsuttrycket verkar vid idéens inträdande en viljeimpuls äfven i afseende å annan persons handlande, framträdande i sådant som den moraliska indignationen och rättskänslans kraf och gifvande ett medvetande om skyldigheten för annan person att så handla. För befallningsmottagaren såsom sådan betyder detta, att samma befallning möjligen utgår äfven till andra personer, något som i och för sig är utan all viljebetydelse. Hans riktning på eller mot andras följande af befallningen eller likgiltigheten härför blir beroende af hans särskilda intressen. — Vidare för pliktidéen med sig, att underkastelsen under ett tvång, som framstår som ekvivalent prestation till ett uraktlåtet rätt handlande, kännes såsom något, hvartill man är skyldig, vare sig det gäller en själf eller andra. Är en gång, såsom fallet är vid pliktidéen, befallningsuttrycket vordet en real bestämning hos ett handlingssystem, öfverföres det på det tvång, som fattas som ekvivalent med det uraktlåtna handlandet i enlighet därmed. Då verkar också i ett föreliggande fall idéen om tvångets rättighet en viljeimpuls mot detsamma — en känsla af skyldighet i afseende å detsamma och därmed också föreställning om real skyldighet. För befallningsmottagaren såsom sådan står det med befallningen i fall af olydnad förbundna tvånget blott som ett faktum, hvars verkningar i afseende å honom själf han söker komma undan så mycket som möjligt. I afseende å andra blir tvånget för honom af betydelse endast genom särskilda intressen, positiva eller nega-

tiva. — Så bör slutligen anmärkas, att den till pliktidéen hörande känslan af viljeimpuls såsom den som »bör» råda i själen liksom därmed samhöriga viljekänslor få en särskild helgd, i det att de tillskrifvas mitt egentliga själf, så att jag synes mig vid bristfällighet i deras genomförande förlora min själfständighet, som för mig har det högsta känslovärde. Normen själf verkar genom sådana förhållanden och genom sin förmåga att ovillkorligt binda vördnad eller aktning och till det rätta handlandet knyter sig aktning, till det orätta missaktning. Denna så betydelsefulla känslovärld är för befallningsmottagaren såsom sådan främmande.

Tänka vi oss nu en social grupp, inom hvilken samstämmigt fiktiva eller reala befallningsmakter verka, så lider befallningskraften nödvändigt af vissa brister, såvidt icke befallningsuttrycket i medlemmarnas medvetande går öfver till en real bestämning hos ett identiskt handlingssystem. Att de befallande makterna verkligen i hvarje situation fasthålla vid sina befallningar, synes ej medlemmarna säkert. Deras suggestiva förmåga blir också ej under alla omständigheter förhanden. Huruvida den enskilde blir positivt eller negativt intresserad eller likgiltig för befallningarnas allmänna genomförande, blir beroende af för själfva befallningskraften yttre förhållanden. Är det ett förtryckande fåtal, som härskar, så må hvar och en för sig påverkas af till honom riktade befallningar, men i det hela gå hans intressen mot systemets genomförande. Det tvång, hvarmed hotas vid olydnad, blir, om det träffar den enskilde, endast ett ondt, i afseende å hvilket han blott är negativt intresserad. Och hatar han såsom hörande till den förtryckta klassen hela systemet, blir han negativt intresserad i afseende å ifrågavarande tvångsutöfning öfverhufvud. Men får befallningsuttrycket förmåga att verka på egen hand såsom en tänkt real bestämning hos ett identiskt handlingssystem, så falla dessa brister bort. Nu spelar föreställningen om en möjlig brist på fasthet i de befallande makternas vilja ingen roll, liksom ej heller den olika graden af suggestiv förmåga i olika förhållanden. Med att i ett visst fall en handling framstår som den enligt normen rätta, verkar befallningsuttrycket ofrånkomligt med en känsla af viljeimpuls, till hvilken en mäktig känslovärld af angifven natur knyter sig förhöjande dess potens. Nu blir intresset för det handlande, hvartill i ett visst fall befallningsuttrycket knyter sig, ovillkorligt förhanden — likaväl i afseende å andra

som när det gäller en själf — ett intresse, som verkar understödt af den nämnda känslövärlden. Nu blir tvånget, hvarmed hotas vid olydnad, ett rättfärdigt tvång, i afseende å hvilket man känner sig och andra skyldiga i fall af olydnad. Det är klart, att den sociala grupp, i hvilken sådana makter blifva verksamma, vinner i konsistens och därmed också i själfbevarelseförmåga. Dock har saken sin afvigsida. Antag att hos olika grupper eller hos olika klasser inom samma grupp handlingssystemet, som har med sig befallningsuttrycket förbundet som real bestämning, genom skiljaktiga intressen får en motsatt karaktär, så att hvad som för den ena gruppen eller klassen är rätt, blir för den andra orätt. I sådant fall kan en inträdande fiendskap antaga en alldeles särskildt förbittrad karaktär. Hvar och en tror sig i sitt betvingande af den andre realisera det objektivt rättas kraf.

Emellertid är det vid detta med hänsyn till förut gifven utredning klart, att befallningsmottagarens medvetenhetsläge trots den principiella åtskillnaden under vissa omständigheter lätt slår öfver i det vid pliktidéen föreliggande och tvärtom det senare drager med sig det förra. Det behöfs endast, att fiktiva eller reala befallningsmakter göra sig på ett effektivt och samstämmigt sätt gällande i ett samhälle, för att befallningsuttrycket skall öfvergå i en föreställd real bestämning hos ett handlingssystem och pliktidéen inträda. Och är en gång den abstrakta idéen om att det ges en ovillkorligt bindande norm förhanden, så är också tendensen gifven att sätta befallningsmakter, som göra sig effektivt och konsekvent gällande, i förbindelse därmed genom att fatta det från dem utgående befallningsuttrycket såsom normativt. Särskildt gäller naturligtvis detta, om den eller de befallande förstå att relativt lämpa sig efter redan gifna normminnehåll. Den förståndigt till gällande rättsåskådning hänsyntagande tyrannens bestämmelser bli synnerligen lätt för folket auktoritativa fastställelser af reala plikter. Att man omvänt i pliktmedvetandet har benägenhet att tänka på en befallande vilja, är redan visadt.¹ Men därmed är också benägenheten att vid reflexion förväxla befallningsmottagarens medvetenhetsläge med pliktmedvetande förklarad.²

¹ Se ofvan sidd. 85 ff.

² Ett flagrant exempel erbjuder v. KIRCHMANNNS behandling af det ovillkorliga börat i skriften Grundbegriffe des Rechts und der Moral. Efter hans

Härmed blir nu också den i rättsvetenskapen förhandenvarande benägenheten att fatta rättssatserna såsom utsagor om hvad som bör ske, *trots* att de tillika fattas som imperativer, begriplig. Här är det fråga om föreställda imperativer, som tyckas utgå från en makt eller från ett system af makter och som på ett effektivt och samstämmigt sätt göra sig gällande i samhället, hvarför befallningsuttrycket lätt i folkets medvetande går öfver i objektiv bestämning hos ett handlingssystem. Att systemet i fråga anses gälla blott för

framställning är börat gifvet i en känsla af aktning för en bjudande »öfverstor» fysisk makt, som fattas som oändlig. I förhållande till denna framstår den enskilde som vanmäktig. Samma aktningkänsla skall vara förhanden i känslan för det majestätiska, upphöjda hos vissa naturföreteelser, sidd. 51, 53 och 57. Här förbises, att börat i pliktmedvetandet knytes till själfva handlingen såsom real bestämning. Gäller det förhållandet till en befällande makt såsom sådan, knytes börat vid lydningen, som såsom är påpekadt ej i själfva befällningen kan vara befalld. Men börat behöfver alls icke vara knutet vid en befällande makt. Den i »sedelagen» såsom den rätta bestämda handlingen kan fattas äga denna karaktär utan all hänsyn till en sådan makt. Förf. talar själf härom sid. 56 (jfr sid. 125) men fattar detta som involverande glömska af den ursprungligt bjudande makten. Men därmed har naturligtvis aktningen, i hvilken börat skulle vara gifvet, fått en helt annan karaktär än den enligt förf. denna känsla utmärkande. Ofta kan väl också börat knyta sig på en gång till den formella lydningen och till det bjudna handlandet, om nämligen den befällande makten framstår som ej blott bjudande in abstracto och därtill berättigad utan som bjudande just det *rätta* handlandet. Otvifvelaktigt föreligger en sådan dubbelhet i barnets känsla af aktning för sina föräldrars bud och i högre religioner i »Ehrfurcht» för den gudomliga viljans bud. — Men v. Kirchmann förbiser äfven alldeles värderingsmomentet i aktningen och därmed i det därtill hörande pliktmedvetandet. Aktningen träffar dock endast det som anses *värddt* att akta. D. v. s. föreställningen om ett eget inre värde hos föremålet hör väsentligen till aktningen. En befällande makt, om också oändlig, blir ej aktad blott såsom sådan. Endast om den framstår som berättigad, d. v. s. förmögen att genom beteckning af sina önskningar bestämma plikter för andra och därmed framställande den vördnadsvärda normen själf, blir den aktad. Den högsta aktningen på det personliga området äga vi onekligen, om personen, vare sig befällande eller ej, genom sitt lif framstår som den förkroppsligade sedenormen själf. Det är också orimligt, att vi skulle kunna akta rena naturföreteelser blott och bart på grund af deras mäktighet. — Gifvetvis är det egentligen befallningsmottagarens medvetenhetssläge gent emot den imponerande och därvid med sitt »du skall» suggererande öfvermakten, som v. Kirchmann skildrar i sin behandling af aktningen såsom böra-känsla. Men på grund af att detta och det vid pliktmedvetandet förhandenvarande så lätt leda öfver till hvarandra, har en förväxling skett.

medlemmarna i det ifrågakommande samhället och blott så länge som de auktoritativt systemet bestämmande myndigheterna fasthålla därvid, upphäver ej, att det betraktas som led i det absoluta normsystemet. Detta synes på ett individualiserande sätt af de auktoritativt bestämmande myndigheterna blifva med hänsyn till föreliggande situation fastställt i afseende å sitt innehåll för ett bestämdt samhälle. Att innehållet förändras, betyder då blott, att situationens förändring för med sig, att myndigheterna bestämma ett annat innehåll såsom det som »bör förverkligas». Omvänt slår föreställningen om ett sådant system med »bör förverkligas» som objektiv bestämning lätt öfver i föreställning om imperativer. Ingenting är då naturligare, än att betraktaren får benägenhet att fatta rättssatsen på en gång som ett effektivt imperativ och som en af samhällets medlemmar såsom auktoritativ fattad utsago, om hvilka handlingar som »böra företagas».¹

¹ BIERLING bestämmer Jur. Prinzipienlehre I (1894) sid. 17 rättssatsen såsom ett visst imperativ och sid. 43 »erkännandet» af detsamma såsom dess habitueella respekterande. Men två sidor efteråt heter det, att i hvarje sådant erkännande, erkännes å ena sidan ett anspråk, å andra sidan en plikt. Detta säges utan hvarje begrundande, alldeles som om ett imperativ såsom sådant innebure en utsago om plikt för den, som befallas, begrundad i själfva befallningens faktum, och sålunda äfven en utsago om den befallande såsom berättigad. Denna utsago skall i och med påverkan af imperativet erkännas vara riktig. — Enligt DERNBURG, Pandekten, 4 Aufl. I, sid. 44, är den objektiva rätten »die durch den allgemeinen Willen aufrecht erhaltene Ordnung der Lebensverhältnisse». Alltså: en rättsnorm, synes det, kan vara endast en utsago om den ordning i lifsförhållandena, som i ett visst fall den allmänna viljan vill upprätthålla. Men enligt sid. 88 är subjektiv rätt »der Antheil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt». Rättsordningen endast »gewährleistet und modelt» den subjektiva rätten, men är ej dess skapare. Alltså är en rättighetsfastställande rättsnorm en utsago om den andel i »Lebensgüter», som verkligen tillkommer den enskilde i ett visst fall, resp. ur pliktens synpunkt det handlande till annans förmån, som i ett visst fall verkligen bör ske. — RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphilosophie, sid. 161, säger, att innehållet i ett imperativ ej kan anges annat med orden: »dies soll sein». Därför gör rättsvetenskapen, som endast har att anfäva imperativernas innehåll, alldeles rätt i »dem Begriff der Pflicht Aufnahme zu gewähren», sid. 162, jfr sid. 186. Alldeles som om imperativets »du skall» vore det samma som pliktens »detta är det, som du i detta fall bör göra». — SALOMON, Das Problem der Rechtsbegriffe, sid. 47, tager sin utgångspunkt från en fullkomligt obevisad sats af LIPPS, att »upplefvandet» af en främmande vilja vinner »einen besonderen Gefühlscharakter der 'Objektivität',

Motsidan till den behandlade förväxlingstendensen utgör den så vanliga benägenheten att fatta den sociala hämndkänslan som det väsentliga i pliktkänslan.¹ Liksom den sociala makten underkastade befallningsmottagarens medvetenhetsläge så lätt slår öfver i pliktföreställningen och idéen om befallningarna i tanken på auktoritativ utsago om hvad som bör ske, slår också den sociala hämndkänslan lätt öfver i en af idéen om lidandets rättmätighet bestämd riktning mot detsamma. Det behöfs endast, såsom förut är framställt, att hämndens »han skall få lida för sina gärningar!» allmänt ljuder i samhällsmedlemmarnas öron, associeradt med idéen om lidandet, för att föreställningen om ett inre sammanhang mellan lidandet och hämnduttrycket skall inträda. Därmed blir också föreställningen om en norm i afseende å hvad som »skall ske» med den som tillfogar andra lidande gifven och i det särskilda fallet framstår det såsom rättmätigt enligt normen, att den kränkande får lida. Därmed har också ur den sociala hämndkänslan framgått en af idéen om lidandets rättmätighet bestämd känsla af viljeimpuls mot att ett lidande träffar föremålet för hämndkänslan. Men denna känsla kommer under kontroll af idéen om att ett genom

das heisst, einen Charakter des Sollens» och sluter därpå, att upptagandet af ett främmande viljeinnehåll i rätten för med sig idéen om ett objektivt böra. — BINDER bestämmer rättssatserna som hypotetiska imperativer till statsorganen, se ex. Rechtsbegriff und Rechtsidee, sid. 259. Såsom exempel på ett sådant imperativ anföres sammastädes: »Hat jemand einem anderen Geld übereignet und dieser die Rückzahlung versprochen (Darlehen), so soll ihn der Richter zu Zurückzahlung verurteilen (B.G.B. § 607)». Här blir den befallande tänkt såsom utsägende ett visst sammanhang, såsom objektive förhånden, i hvilket sammanhang börat af en viss handling blir ett led. — I MERKEL's Juristische Enzyklopädie heter det § 3, att domarens utlåtande, som här skall åskådliggöra rättssatsens natur, innehåller ett »Ihr sollt die . . . von mir festgestellten Grenzen achten. Ihr seid hierzu verpflichtet». I detta afseende, heter det vidare, framställer sig uttalandet som »ein Befehl». Af satserna i fråga är endast den första möjlig att betrakta som befallning. Men äfven den andra, som betraktas som ägande samma innebörd som den första, behandlas som en befallning. Samma förväxling hos HELLWIG, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft (1889). Enligt sid. 1 äro »fastställelседомар» auktoritativa förklaringar öfver parternas rättsförhållande, d. v. s. respektiva rättigheter och skyldigheter. Enligt sid. 5 är fällande dom vid käromål rörande motpartens prestation en »Befehl an den Schuldner die Leistung zu bewirken», som likställes med »die Feststellung der Leistungspflicht».

¹ Exempel: Adam Smith, John Stuart Mill och Westermarck.

tvång tillfogadt lidande är rättmätigt endast såsom ekvivalent prestation i förhållande till ett uraktlåtet pliktenligt handlande. Och så blir det ett behof i och för hämndens ostörda funktionering att fatta föremålet som en moraliskt dålig individ. Men därmed glider den sociala hämndkänslan öfver i å ena sidan krafvet på den skyldiges bestraffning genom tillfogande af ett lidande, som kan anses ekvivalent med det uraktlåtna rätta, å andra sidan i moralisk indignation, en hämndkänsla, bestämd af det förhållandet, att den moraliska impulsen mot eller krafvet på rätt handlande från annan persons sida — pliktkänslans motsvarighet med afseende å andra — gör sig gällande. Att detta kraf lämnas otillfredsställt, vållar en olust, som hänskjutes på den skyldige, och framkallar hämndkänsla. Såväl krafvet på rättfärdigt straff som den moraliska indignationen kan emellertid vid opartiskt bedömande af egna handlingar rikta sig inåt mot mig själf och blir då en reaktion mot pliktkänslans kränkning. Då nu härvid gränslinjen mellan å ena sidan den omedelbara sociala hämndkänslan och å andra sidan de nyssnämnda moraliska reaktionskänslorna blir vag, ligger det nära att fatta de senare såsom blotta former af den förra. Men då pliktkänslans analogon i afseende å andra personer, resp. pliktkänslan själf just i dessa reaktionskänslor göra sig mest märkbara, blir benägenheten gifven att betrakta äfven denna såsom i det väsentliga ett med den sociala hämndkänslan.

7. Men antag nu, att betraktaren af rättssatserna ej blott finner dem vara faktiska imperativer utan äfven vid sitt betraktande själf känner sig som befallningsmottagare, »erkänner» desamma. Följden blir då ej blott en benägenhet att utan differentiering från deras imperativiska karaktär fatta dem som för folket faktiskt auktoritativa utsagor om de handlingar, som »böra ske», utan äfven en tendens att eo ipso själf fatta dem som verkligt auktoritativa i detta afseende. Men då blir detta, att en handling är befalld af statsmakten, detsamma som att den är verklig plikt. Därmed blir den objektiva rätten fattad på en gång som en faktisk verklighet och som ett system af auktoritativt fastställda plikter och rättsvetenskapen som på en gång rent teoretisk och praktisk vetenskap.

Men därmed är också trots imperativteorien vägen öppnad för att bestämma den objektiva rätten enligt grundsatser, som gifva

sig ur det egna rättsmedvetandet. Efter detta har jag plikter ej blott i afseende å det statliga samhället som berättigadt subjekt utan äfven i afseende å enskilda personer eller personkomplexer. D. v. s. det, till hvilket handlingens plikt-karaktär hänför sig, är dess egen-skap att vara innehållen i en på visst sätt betecknad önskan, ett »anspråk», från antingen det statliga samhällets eller enskilda per-soners eller personkomplexers sida eller framstå som befordrande dessas intressen. Så för man då in i den objektiva rätten skillnaden mellan privaträtt och offentlig rätt såsom principiell, fast alla rätts-satser å andra sidan såsom sådana skola vara imperativer, utgående från det offentliga samhället. Är den befallda handlingen eo ipso en auktoritativt fastställd plikt och är det som befallles ett hän-syntagande inom bestämda gränser till på visst sätt betecknade önsknin-gar, »anspråk», från enskilda personers eller personkomplexers sida eller är det att betrakta som ett tillgodoseende af dessas intressen, så har den också sin plikt-karaktär begrundad just i förhandenvaron af sådana önsknin-gar eller vissa en sådan hand-ling kräfvande intressen hos dessa personer, ej däri att den är befalld af det statliga samhället — fast detta tillika skall vara just dess plikt-karaktär. Och den ifrågakommande rättssatsen hör till privaträtten. Framträder åter i befallningen icke något kraf på efterrättelse efter enskilda personers eller personkomplexers önsk-nin-gar eller intressen, blir handlingens egenskap att vara af det stat-liga samhället befalld reflekterad såsom grunden till dess pliktka-raktär och rättssatsen hör till den offentliga rätten. — Enligt rätts-medvetandet är det reaktiva tvånget berättigadt blott såsom ekvi-valent prestation för ett uraktlåtet rätt handlande. Men såsom så-dant blir det också något, hvartill den felande gjort sig skyldig. Rättssatser, som röra tvånget, bli då också, där den omtalade för-växlingen föreligger, trots sin imperativiska natur fattade ej blott som uttryckande plikter för statsorganen utan äfven såsom be-stämmande det tvång, som såsom ekvivalent prestation till urakt-låtet rätt handlande är en skyldighet för de rättsunderkastade. Det ifrågakommande tvånget får återigen privaträttslig eller of-fentligt rättslig karaktär, allt efter som dess inträdande bestäm-mes bero af enskilda personers eller personkomplexers på visst sätt betecknade önsknin-gar, resp. intressen eller ej. I ena fallet blir det en ekvivalent prestation, hvartill man gjort sig skyldig genom

kränkning af enskilda personers eller personkomplexers rätt, i andra fallet hänför det sig till en förutgående olydnad mot statlig befallning, betraktad som en rätt. — Enligt rättsmedvetandet har statsmakten gent emot det offentliga intresset liksom också mot enskilda personer eller personkomplexer skyldighet att tillerkänna sig och enskilda de rättigheter, som objektive sedt gifva sig ur förhållandena, liksom också att skydda, om så behöfves, genom tvång redan tillerkända sådana. Därvid komma äfven rättsanspråk från enskildas sida gent emot staten i fråga. Man kan då till och med, om en gång den omtalade förväxlingen föreligger, antaga från statsmakten utgående imperativiska rättssatser, i hvilka dess egna skyldigheter mot det allmänna eller enskilda bestämmas. Särskildt ligger sådant nära till hands, då statsorganen synas befallda att inom bestämda gränser taga hänsyn till på visst sätt betecknade önsknings från enskildas sida, ex. på civilprocessens område.

Märk nu också, att genom ett sådant betraktelsesätt blir den alltför öppet liggande svårigheten hos imperativteorien, att man ej kan veta, om den befallande makten verkligen fasthåller vid sin ursprungliga vilja i det eller det särskilda fallet, hvarmed rättstillämpning blir omöjlig¹, öfverhöjd. Har den befallda handlingen såsom sådan karaktären af plikt, så blir också dess egenskap att vara befalld en från den befallandes vilja lösgjord hos handlingen själf inhererande bestämdhet. D. v. s. under de förhållanden, till hvilka den ursprungliga befallningen hänför sig, är *i hvarje fall* handlingen befalld, emedan befallningen att handla på visst sätt under dessa förhållanden är en i handlingen immanent bestämdhet = plikt. — Äfvenledes blir den imperativteorien vidhäftande interpretationssvårigheten — det synes omöjligt åtminstone under moderna konstitutionella förhållanden att med trovärdighet bestämma lagstiftarens verkliga mening om, huru en rättssats i det eller det fallet är att tillämpa² — till synes undanröjd. Är rättssatsen det auktoritativa uttrycket för hvad som under de eller de förhållandena är plikt, så måste ock vid uttryckets tolkning den förutsatta direkta kunskapen om plikt, d. v. s. i verkligheten det egna rättsmedvetandet vara att använda. Man har att inom uttryckets ram välja den tolkning, som kan anses leda till, att verklig rättvisa blir

¹ Se ofvan sidd. 42 ff.

² Se ofvan sidd. 16 ff.

genomförd, dock alltid i öfverensstämmelse med de grundsatser, som i det hela komma till användning på rättsområdet i fråga, hvilka grundsatser alltid få högsta auktoritet. Lagstiftarens syfte är nu gifvet. Det *måste* enligt förutsättningen gå ut på, att det handlings-system blir betraktadt som normativt, som med hänsyn till för samhället i fråga egendomliga förhållanden verkligen är det. Med tolkning efter den förutsatta direkta kunskapen om plikt måste man sålunda anse sig träffa just lagstiftarens vilja, blott man dels håller sig inom uttryckets ram, dels kommer i öfverensstämmelse med i det hela på rättsområdet framträdande grundsatser. — Nu synes ej heller, trots imperativteorien, något stå i vägen för att vid rättstillämpningen utfylla luckor i rätten genom analogi, »sakens natur», rättvisa och billighet. Hvad särskildt angår analogien, synes härmed en norm vara vunnin för dess riktiga tillämpning. Är en viss bestämmelse att betrakta som uttryck för, hvad som verkligen är plikt, blott om den anses som en ren tillämpning af en allmännare rättsgrundsats, så är också, utan hänsyn till om lagstiftaren haft denna i tankarna eller ej, densamma att använda på andra icke uttryckligen reglerade fall, i hvilka dock rättsligt afgörande måste ske, såvidt icke andra konkurrerande rättsgrundsater kunna komma i fråga. Vid bestämmandet af, huruvida en viss rättsats kan betecknas som en ren tillämpning af en allmännare rättsgrundsats för att kunna anses gifva uttryck åt plikt, måste naturligen det egna rättsmedvetandet i förbindelse med en undersökning af de allmänna principerna för det ifrågakommande rättsområdets reglering, blifva det afgörande.

Men märk nu vidare, att det antagna fallet, att betraktaren vid undersökningen af rätten känner sig själf påverkad af de föreställda rättsimperativerna och att de därmed liksom för folket i det hela för honom vid betraktandet få auktoritativ karaktär såsom utsagor om verkliga plikter, alls icke är en tom möjlighet. I själfva verket får rättsvetenskapen såsom sådan ett bestämdt praktiskt syfte, nämligen att vara ett hjälpmedel för bestående rätts genomförande. Dess idkare komma därmed att känna sig stå i rättens tjänst just såsom dess utforskare. För dem blir det därmed naturligt att »erkänna» de föreställda rättsimperativerna, hvarmed benägenheten att betrakta dem som giltiga fastställelser af hvad som bör ske, ger sig af sig själf. Denna benägenhet måste stiga

genom den möjlighet, ett sådant betraktelsesätt erbjuder till öfverkommande af de svårigheter, hvarmed den rena imperativteorien är behäftad. Härtill kommer, såsom skall i afd. 9 utföras, att imperativteorien själf beror på influenser från ett i det faktiska rättslifvet verksamt föreställningssätt om rätten, som emellertid där utan åtskillnad är förbundet med idéen om rättssatserna såsom auktoritativa bestämmelser om det rätta i egentlig mening.

Emellertid kunde man trots allt tänka, att en sådan confusio idearum, som ligger i betraktelsen af en handlings befalldhet såsom en till den samma hörande plikt-karaktär, dock skulle af logiska grunder vara omöjlig. Men lifvets kraf äro starkare än logikens. Det skall visa sig, att den ifrågakommande förväxlingen i själfva verket allmänt vidhäftar imperativteoriens förfäktare inom rättsvetenskapen. Ja, i detta afseende råder knappt någon åtskillnad mellan denna teoris anhängare och dem, som häfda den andra möjliga formen af viljeteori — rätten såsom ett system af deklarationer om, hvad statsmakten beslutat skola ske. Praktiskt sedt betyder det ingenting, om rättssatserna framträda, som imperativer eller som sådana viljedeklarationer. De föreställda viljedeklarationerna, som synas utgå från en öfvermäktig vilja, verka såsom befallningar dels direkt på statsorganen, genom hvilka allena viljans realisation skall kunna ske, dels indirekt på alla statsmakten underkastade, i det att de handlingar eller underlåtelser, som förklaras skola gifva anledning till tvångsreaktioner från statsmaktens sida, framträda som förbudna. Därför blir förväxlingen i fråga lika naturlig för förfäktarna af denna form af viljeteorien inom rättsvetenskapen som för imperativteoretikerna. Naturligtvis kommer den här att framträda på det sättet, att innehållet i statsmaktens beslut framställer sig som det, som bör ske från statens sida, resp. den kontradiktoriska motsatsen till den handling eller underlåtelse, mot hvilken statsmakten beslutat reagera, såsom ett böra för de statsmakten underkastade och det beslutade tvånget såsom skyldig kompensation.

8. Vid efterföljande undersökning af den moderna de juridisk-principerna behandlande litteraturens ställning i ifrågavarande afseende måste vi inskränka oss till andragande af dominerande tankegångar hos mera betydande författare, som hylla endera af de båda formerna af viljeteori.

a. Redan det ständigt återkommande talet om plikt såsom tillhörande någondera parten i ett rättsförhållande hos dem, som betrakta rättssatserna som imperativer eller viljedeklarationer, ger anledning antaga, att man förväxlat en handlings egenskap att vara af statsmakten fordrad, omedelbart eller medelbart (genom viljedeklarationens verksamhetssätt) med pliktkaraktären. Är rättsatsen ett imperativ eller en viljedeklaration, kan man på berättigadt sätt tala om plikt endast i den meningen, att en handling är i afseende å viss person fordrad, omedelbart eller medelbart. Men något sådant har icke med plikt i ordets vanliga mening att skaffa. Tvärtom: är den med rättssatsen hos subjektet, som den gäller, gifna bestämdheten ett förpliktadt vara i ordets vanliga mening, så är rättsatsen själf icke ett imperativ eller en viljedeklaration utan en auktoritativ förklaring af, att man är förpliktad att handla så eller så, låt vara att den handling, hvartill man säges vara förpliktad, möjligen hänför sig till följandet af en gifven fordran. Ofta försvarar man ordets användande med att förpliktelse här visserligen betyder något helt annat än på det moraliska området och icke får med moralisk förpliktelse förväxlas, men att det föreligger en gemensam bestämdhet, nämligen en handlings egenskap att vara bjuden af en öfvermäktig vilja. Men äfven om det så är, att jag i medvetandet om moralisk förpliktelse känner mig vara föremål för ett bud från en öfver mig stående vilja, täcker detta dock icke innebörden i denna förpliktelse. Ty hvad som under alla omständigheter utmärker medvetandet om moralisk förpliktelse, är det, att man finner »budet» i jämförelse med andra bud auktoritativt¹, så att just det framför alla andra *bör* följas eller helt enkelt: att följa detta bud är allena *det rätta*. Om någon aldrig så mäktig vilja befäller mig att röfva och plundra, står icke saken så, att det moraliska »budet» för mig blott är ett annat därmed stridande, som kämpar om inflytandet, utan det är beklädt med en särskild helgd genom att framstå som det bud, som *bör* följas. Men om nu med moralisk förpliktelse är att förstå, att man *bör* handla på visst sätt, så finnes intet som helst genus för denna slags förpliktelse och den, som betecknas som juridisk och som skulle bestå blott i att man är föremål för en viss yttre makts befallning. Det senare betecknar nämligen ett faktiskt för-

¹ Så J. BUTTLER, jfr WUNDT's sätt att skilja mellan impulsiva och imperativiska motiver.

hållande, det förra ett »bör ske». Men för det faktiska och »börat» finnes intet genus. Med »bör ske» som bestämning hänföres en handling på ett helt annat verklighetssammanhang än det faktiska. Att en handling »bör ske», anses vara något, som gäller, aldeles utan hänsyn till, om den faktiskt sker eller ej. Men för genus- och speciesbetraktelse fordras uppenbarligen, att jämförelseleden tillhöra ett sammanhang. När man nu ändock tror sig kunna efter vanligt språkbruk använda uttrycket rättsplikt och därvid röra sig med ett species af plikt i allmänhet, är det antagligt, att man vid plikt på det juridiska området har i tankarna ett verkligt analogon till moralisk plikt, nämligen detta att det från statsmakten emanerande budet *bör* följas. Om man nu likvisst låter rättssatsen, hvarmed plikten skall vara gifven, vara ett imperativ eller en viljedeklaration, förväxlar man det att vara föremål för fordran, omedelbar eller medelbar, med plikt att följa budet.¹ — Ofta framställer man för-

¹ HOLD V. FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, I, sid. 75, söker visa, att plikt öfverhufvud, inklusive moralisk och rättslig plikt, betyder, att en handling är befalld af en social makt, som befaller på det sättet, att den genom påföljderna af underlåtelse öfvar social-psykiskt tvång (sid. 80). Under sådana förhållanden är det plikt att följa modernas växlingar eller foga sig efter brutal makt i samhället, exempelvis en tyranniserande röfvarhop. Men hvad har en sådan »plikt» att skaffa med hvad vi mena med plikt? Det är dock tydligt, att då HOLD V. FERNECK parallelliserat rättsplikt med moralisk plikt, har han i tankarna något med den moraliska plikten verkligen besläktadt. Men då rättssatsen dock skall vara ett imperativ, utgående från statsmakten, kommer han till ett fullständigt orimligt bestämmande af, hvad som ligger i pliktens begrepp. — HOLLAND, *Jurisprudence*, sid. 81, betecknar det som »a legal duty», då det aktiva eller passiva befordrandet från annans sida af den berättigade partens önsksningar »will be enforced by the power of the State». Hvad har nu en sådan deklaration från statens sida, att den tänker tvinga en person till handlande eller underlåtelse med en förpliktelse för personen att skaffa? Det är endast den så ytliga definitionen på moralisk plikt: »When such furtherance is merely expected by the public opinion of the society, in which they live, it is their moral duty» (kritik häraf hos GRAY, *The nature and sources of the law*, sidd. 11 ff.), som kan föranleda tron, att något sådant kan betecknas som verklig plikt. Naturligtvis har förf. något helt annat i tankarna vid »den moraliska plikten», fast han oriktigt bestämmer sin egen tankes innebörd, och då väl också vid »den legala plikten» såsom en parallell till den moraliska. Men detta andra blir här förväxladt med, att ett visst tvång är deklareradt. Det förmedlande måste enligt förut gifven utredning vara en sådan deklara-tions förmåga att verka som ett kraf på handlingen, då öfverhufvud tanken på plikt lätt slår öfver i idéen om ett kraf och omvänt. —

hållandet mellan rättsplikten och befallningen så, att statsmakten genom sin befallning begrundar förpliktelse för de densamma underordnade i betydelse af en skyldighet till lydnad. Här är det gifvet, att man har en känning af skillnaden mellan detta, att en handling är befalld, och att den är plikt. Men tillika blir plikten något med den blotta befallningen gifvet.¹ Motsidan härtill erbjuder

GRAY, p. a. st., sid. 14, betonar riktigt, att den moraliska »duty» innesluter ett »ought». Trots detta behandlar han »legal duties», som skola vara »the acts and forbearances, which an organized society will compel», s. s., såsom en samart med moralisk »duty», sid. 13. Hvad genus »duty» i allmänhet skulle vara, underlåter förf. att omtala. Samma slags oklarhet hos REGELSBERGER, Paud. I, sidd. 59 och 60: Rätten består af vissa föreskrifter, dock innehåller den ett böra, samordnad med det moraliska.

Hos KOHLER, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4 Aufl. (1901) sid. 63, heter det: »Heutzutage aber wird weder der Schuldner zum Sklaven, noch trägt die Schuld den Keim der Sklaverei in sich, sondern der Schuldner ist nur verpflichtet; das will heissen: das Recht gebietet ihm etwas. Die Rechtsordnung hat sich hierbei eines Begriffs bedient, der zur Konstitution der Moral unentbehrlich ist: denn die Moral ist Pflichtenlehre; nur dass die Moralpflichten, weil sie keine Rechtspflichten sind, auch nicht rechtlich erzwungen werden können». Rättsplikt-betyder, att något befalles någon af rätten. Och ändock är den enda skillnaden mellan dessa plikter och de moraliska att de senare ej kunna på rättslig väg framtingas. — Hos HEERWAGEN, Die Pflichten als Grundlagen des Rechts, (1912) sid. 64, heter det: »Rechtspflicht nennen wir einen solchen Zustand eines Verbandsmitgliedes, in welchem von Seiten der höchsten Autorität des betreffenden Verbandes ihm befohlen wird, auf eine gewisse Art zu handeln». Att det här är fråga om ett verkligt analogon till moralisk förpliktelse, framgår däraf, att rättsplikten i staten framställes som en skyldighet »den Anweisungen der Staatsgewalt zu gehorchen», sid. 149. Detta har naturligen intet att skaffa med det blotta faktum, att man är föremål för en befallning.

¹ Förbrytelsen är enligt Graf ZU DOHNA, Rechtswidrigkeit, sid. 70, ur individens synpunkt »pflichtwidrig», emedan han »die durch jenen Gesetzesbefehl auferlegte Verpflichtung unbeachtet gelassen». Att den »pålagda» förpliktelsen är att taga i egentlig mening framgår otvetydigt af sid. 14. — ZITELMANN, Irrthum und Rechtsgeschäft, sid. 222, polemiserar mot den teorien, att rättssatserna skulle vara imperativer. Ty imperativet innehåller, såsom SIGWART visat, ett individuellt oöfverförbart moment. Men rättssatsen afser att gälla allmänt och måste anses som ett omdöme. Men så heter det sid. 223, att detta omdöme har den egendomligheten, »dass die Synthese der Begriffe in ihm bloss deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will, der Gesetzgeber hatte die Macht durch seinen Willen dem Subjekt (Du) ein Prädicat (Verpflichtetsein) beizulegen, das dem Subjekt vorher nicht zukam; in dem

framställningen af plikten såsom uppstående i och med subjektets faktiska påverkan af rättsimperativet, utan att den dock blir identisk med denna påverkan.¹

Aussprechen der Norm vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Thatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht». Det är nu 1:a tydligt, att detta »Verpflichtetsein», som blir till i och med uttalandet af dess förhandenvaro genom lagstiftarens vilja, ej kan vara identiskt med detta, att lagstiftaren vill, att en viss handling sker. Viljan är ju här riktad på uppkomsten af detta »predikat» hos subjektet. Men 2:a kan det ej heller betyda blott detta, att lagstiftaren befaller en person en viss handling. Dels kan väl knappast befallandet betraktas som ett predikat hos subjektet, som mottager befallningen, dels kan befallandet här komma i fråga blott som den verksamhet, hvarigenom lagstiftarens vilja begrundar »Verpflichtetsein». Huru skall lagstiftaren i och med sitt uttalande kunna med något sken af rimlighet anses skapa en sådan bestämdhet hos subjektet, såvidt den har något att skaffa med, hvad som annars betecknas som plikt, om ej genom ett åläggande af handlingen? Den blotta utsagan kan väl ej en sådan verkan åstadkomma. Jfr SELIGMANN, Staatsgesetz und Staatsvertrag, sid. 34. Det synes sålunda, som om ZITELMANN vid lagstiftarens uttalande af rättsdommet tänkte en befallning vara förhanden från hans sida, hvarmed hos mottagaren skapades ett »Verpflichtetsein». Detta blir då på en gång något från befallningens faktum skilldt och i och med detta gifvet. — I liknande mening talas hos HÖLDER, Objektives und subjektives Recht, (1893) sid. 10, om befallningen i rätten såsom grundande förpliktelse.

¹ Hos BIERLING, Jur. Prinzipienlehre I, sidd. 40 och 47, förklaras, att analysen af detta, att vissa imperativer erkännas såsom regler för det yttre samlifvet inom en bestämd krets af människor, så att härvid »Genossen» såsom erkännande fordringsmottagare stå gent emot »Genossen» såsom fordrande, är detsamma som en analys af begreppet »rättslig giltighet». Då »erkännandet» af imperativerna intet annat är än deras habituella respekterande (se ofvan s. 120 not), betyder detta, att deras »rättsliga giltighet» är detsamma som att de såsom fordringar konstant påverka det helas medlemmar. Detta blir dock ingalunda fasthållet. Identiteten förutsätter, att verklig giltighet betyder verkligt erkännande. Nu är det emellertid så, att enligt BIERLING äro endast imperativer af första ordningen, ex. de konstitutionella lagarna i en stat, föremål för direkt erkännande. Det ges också ett indirekt, som är »den fullständigt nödvändiga konsekvensen af det andra», nämligen i afseende å imperativer af andra ordningen, ex. lagar, som hvila på de konstitutionella lagarnas kraft, sid. 46. Naturligtvis är det då ej fråga om ett verkligt erkännande, då »logisk konsekvens» alls icke kan förutsättas alltid vara förhanden. Dock skall äfven detta icke alltid verkliga erkännande betyda *verklig* rättslig giltighet. Man har då redan däraf anledning antaga, att BIERLING med »rättslig giltighet» trots allt menar något annat än detta, att imperativer blifva erkända på angifvet sätt. Redan sid. 128 talas det nu också om erkännandet såsom »der Grund der

b. På ett eklatant sätt framträder förväxlingen, då man betraktar rättssatsen såsom statligt imperativ eller statlig viljedeklaration och sålunda rättsplikten som en handlings egenskap att vara

Geltung». I andra delar af arbetet användas ofta liknande uttryckssätt, se ex: II, sid. 319. »Kraft direkter Anerkennung» och »Kraft indirekter Anerkennung» »gälla» vissa imperativer. Därmed är klart, att »rättslig giltighet» för BIERLING har en annan betydelse än det blotta erkännandet. Den är blott däri *begrundad*. Då nu det enda faktiska i rätten såsom sådan är just det verkliga (direkta) erkännandet af grundläggande imperativer, föres man till det antagandet, att »rättslig giltighet» ej betyder något till rätten hörande faktisk förhållande. Man föres då ovillkorligt till den föreställningen, att BIERLING trots yttranden i motsatt riktning har i tankarna, hvad som oftast menas med rättens gällande kraft, nämligen att imperativerna *böra* följas (jfr RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphil. sid. 169). Vi behöfva emellertid ej alls lämnas i tvifvelsmål. Det heter vid behandlingen af »den rättsliga giltigheten» i andra delen sid. 318: »Wo diese Hauptthatsache (erkännandet) vorhanden, da ist hiemit der rechtliche Bestand und die verpflichtende Kraft der betreffenden Ordnung ausser Frage» och sid. 139: »Aber so geiss aus der eigenen Rechtsanerkennung die Pflicht zur Beobachtung der anerkannten Rechtsnorm folgt...». Detta sammantaget med det förhållandet, att BIERLING passim talar om rättigheter och plikter såsom objektive förhanden och att han likställer det blotta erkännandet af imperativer, d. v. s. den konstanta påverkan däraf med erkännandet af den fordrandes rätt, resp. egen plikt, ställer det utom allt tvifvel, att BIERLING använder ordet »rättslig giltighet» under tanke på den förpliktande kraften af ett imperativ eller på dess »bör följas». Detta böra blir emellertid gifvet i och med den faktiska påverkan af imperativet. — BIERLING följer principiellt GRUEBER, Einführung in die Rechtswissenschaft i BIRKMEYERS Encycl. des Rechts, sid. 14. Samma egendomliga dubbeltydighet med afseende å begreppet rättens »giltighet» framträder. »Das Recht», underförstått »das geltende», definieras som »Inbegriff der Normen, welche innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft von den Mitgliedern derselben für ihr Verhalten in der Gemeinschaft, den Zwecken derselben entsprechend, als verbindlich anerkannt werden». Erkäntblifvandet, hvilket här som hos BIERLING både betyder normens faktiska kraft att verka som fordran och öfvertygelsen om dess förpliktande karaktär blir på detta sätt rättens »giltighet». Men straxt därpå heter det: »Die Normen gelten, weil (obs!) sich die Mitglieder gebunden fühlen». »Giltigheten» både *är* och *beror* af normens befallningskraft hos mottagaren. Att därvid den samma är menad som ett böra, visar sig tydligt af sid. 16. Äfven de lagar, som äro gifna mot samhällets rättsöfvertygelse äro verkligt rätt, såvidt de erkännas som bindande normer. »Insoweit wird also der Richter nur dieses autoritativ gesetzte Recht seinen Entscheidungen zu Grunde legen dürfen» (obs!). Alltså: i och med normens befallningskraft hos mottagaren skall ett böra i afseende å den samma vara gifvet. — Det bör till slut anmärkas, att den egentliga teologiska pliktläran, som utgår

befalld eller stå i öfverensstämmelse med hvad statsviljan beslutat, men ändock antager, att den själf är rättsligt förpliktad. Naturligtvis måste man vid idéen om denna sistnämnda förpliktelse ha i tankarna något annat än en statlig befallning eller viljedeklaration, då det här gäller en förpliktelse, som står öfver den befallande eller sin vilja deklarerande staten själf. Detta andra måste vara ett verkligt böra. Då rättslig förpliktelse här skall betyda detsamma som när det gäller de statsmakten underordnade, måste äfven i detta fall vara tänkt på ett verkligt böra. Denna idé blir emellertid konfundrad med den andra. Man försöker här hjälpa sig med den satsen, att staten kan befalla sig själf. Men att detta blott är ett palliativ för att öfverhölja tankekonfusionen är uppenbart. Visserligen är icke idéen om en befallning till sig själf såsom sådan orimlig, såtillvida att man genom föresatsens kraftiga »detta skall jag» kan verka tillbaka på densamma, förstärkande dess kraft (se ofvan sidd. 58 f.). Men alltid hvilat en möjlig själfbefallning på en föresats till den befallda handlingen hos samma subjekt, som är föremål för befallningen. Vid förpliktelsen i fråga gäller det emellertid just plikt till en *viss* föresats, sålunda också en plikt till en *viss* själfbefallning. Den står därför öfver den sig själf befallande personen och kan då icke vara identisk med detta, att en handling är af densamma befalld.¹

från en befallande gudomlig vilja såsom begrändande all plikt, såväl moralisk som rättslig, beror på samma förväxling. Se ex: v. HERTLING, *Recht, Staat und Gesellschaft* (1906) sid. 30: »Und so lautet die letzte Lösung (af pliktfrågan) dass der Mensch soll, weil Gott will».

¹ Jfr SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, sid. 86. Hos IHERING, *Der Zweck im Rechte* I, 3 Aufl. (1893) sid. 320, definieras rätten som »der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen». Normen är »*abstracter Imperativ für das menschliche Handeln*», sid. 331. Men ett imperativ har, såges det, mening blott i dens mun, som har makt att pålägga en främmande vilja denna inskränkning, »es ist der stärkere Wille, der dem schwächeren Willen die Richtschnur des Handelns vorzeichnet», sidd. 330—331. Det skiljer sig från maximen genom att vara »bindender Art». Den juridiska bundenheten betyder här ingenting annat än egenskapen att vara föremål för en statlig tvångsnorm. Icke dess mindre talas emellertid sid. 357 om »die zweiseitig verbindende Kraft der Norm» såsom utmärkande det verkliga rättstillståndet. Härmed förstås, att den rättsliga normen binder ej blott de statsmakten underkastade utan äfven denna själf. Det behöfves för ett verkligt rättstillstånd, att statsmakten »ihnen» (rättsnormerna) »so lange sie bestehen, die im Prinzip beigelegte allgemeine Geltung auch thatsächlich zugestehen», s. s. Den ifrågavarande bundenheten är själf af rättslig

c. Skarpt gör sig nu också förväxlingen mellan detta att vara förpliktad i meningen af föremål för viss befallning och i betydelse af att man bör handla på visst sätt gällande, då man å ena sidan låter

natur, sid. 366. Hvar och en, alltså äfven statsmakten själf, som ej handlar i öfverensstämmelse med rättsnormerna, begår ett »Unrecht», sid. 358. Äfven monarken har i den monarkiska författningen rättsplikter, sid. 329. — Det är klart, att den statsmakten träffande bundenheten intet har att skaffa med det primära begreppet om rättslig bundenhet, som skulle vara blott egenskapen att vara föremål för ett statligt imperativ, riktadt till »en svagare vilja» än staten själf. Uppenbarligen äro två idéer om bundenhet, af hvilka den ena innefattar tanken på ett verkligt böra, med hvarandra konfunderade. — Till samma konfusion gör sig STAMMLER skyldig, då han å ena sidan fattar rättsregeln såsom ett tvångsbud, som »will über den einzelnen in Geltung stehen», *Wirtschaft und Recht* (1896) sid. 129, men å andra sidan skiljer den från godtyckligt tvångsbud på det sättet, att den, som gifvit den, själf vill vara bunden däraf, sid. 497; jfr *Theorie der Rechtswissenschaft*, sid. 170. »Geltung» eller bundenhet har här gifvetvis dubbelbetydelse. — HOLLAND, *Jurisprudence*, sid. 81, definierar den legala plikten såsom det handlande, som »will be enforced by the power of the state», men säger sid. 124, att det väl går för sig, att staten har legala plikter, »though it has the physical power to disregard. . . them». Om legal plikt betyder det förstnämnda, kan den ej träffa staten själf, då den ej kan framtvinga en handling af sig själf. Något helt annat, som måste vara ett verkligt böra, är vid idén om statsmaktens legala plikter tänkt. Häremot står visserligen, att enligt sidd. 349 f. den suveräna makten själf aldrig kan handla inkonstitutionellt eller olagligt. Men detta är blott ett uttryck för den inkonsekventa ståndpunkten, som särskildt skarpt framträder däri, att han trots allt i samma sammanhang talar om en »constitutional law», som bestämmer den suveräna maktens »component parts» och deras respektive maktsferer, sid. 350. — Äfven må anföras som typiskt exempel på den här berörda begreppsförvirringen G. JELLINEK's behandling af begreppet bundenhet på det juridiska området. Å ena sidan talas det om, att statsorganen bindas af statsviljan, därigenom att den i lagen befäller de henne tjänande personerna att gestalta sin organvilja enligt lagen, *Allgemeine Staatslehre*, sid. 478. Å andra sidan är just denna organernas bundenhet en statsviljans bundenhet genom sig själf, emedan den senare finnes i organviljan, p. a. st. Den ifrågakommande statsviljans själfbindning hänföres nu å ena sidan på den Kantiska avtonomien såsom grundande förpliktelse, *System des subjektiven öffentlichen Rechte* (1892) sid. 185, och *Allg. Staatsl.*, sid. 480. Å andra sidan ställes den i analogi med själfbindning genom löfte utan löftesaccept i privaträtten, *System p. a. st. och Allg. Staatsl.*, sid. 370. Här är lätt att söndra ut ej mindre än tre olika betydelse, i hvilka »statsviljans bundenhet» tages. 1. Såvidt den är till i och med statsviljans befallningar till sina organer, betyder den blott, att vissa personer i staten äro föremål för vissa befallningar. 2. Såvidt dock därvid verkli-

statsmaktens befallningar begrunda den rättsliga förpliktelsen, å andra sidan betraktar den som korresponderande med annan persons rätt. Redan införandet af tanken på den genom befallningen pliktgrundande statsmaktens rätt att kräfva lydnad för befallningen såsom betingning för plikten ådagalägger förväxlingen. Statsmaktens förmåga att befalla, hvarpå ju allt borde komma an, om plikten är till i och med befallningen, kan ju ej bero af dess rätt härtill. En annan tanke måste sålunda här vara utan differentiering upptagen. Nu har idéen om statens rätt att kräfva lydnad för sin befallning ingen mening, om ej förutsättes en motsvarande plikt till lydnad. Men en sådan plikt, såvidt den skall vara identisk med att lydningen är befalld, förutsätter en annan befallning, i hvilken lydningen för den ifrågakommande befallningen själf befallas. Om nu denna befallnings förmåga att begrunda plikt hvilar på en rätt att kräfva lyd-

tillika tänkes på statsviljan själf såsom bunden och detta förklaras genom hänvisning på avtonomien i Kantisk bemärkelse, som här fattas som ett statsviljans befällande af sig själf, betyder bundenheten verklig förpliktelse, men konfunderad med den skenbara förpliktelse, som ligger däri att vara föremål för befallning. Dels visar hänvisningen på KANT, att ett verkligt böra är föreställt, dels följer af förbindelsen med själfbefallningen, att tillika något annat än detta att vara föremål för befallning måste vara tänkt. Just till *den* föresats, hvarpå själfbefallningen hvilar, skulle statsviljan vara förpliktad. Förpliktelsen kan då icke bero af själfbefallningens faktum (Se texten!). 3. Såvidt bundenheten ställes i analogi med löftesgifvarens bundenhet vid det afgifna löftet, är den rent fattad som förpliktelse i egentlig mening. Sätillvida hvilar den ju ej alls på statens befallning utan på en öfver staten stående regel, som binder vid löftet. Denna regel måste, då statsmakten själf fattas som den enda i rätten befällande och därmed plikt begrundande makten, vara tänkt som en objektiv norm i naturrättens mening. Kuriöst nog ser det ut, som om förf. på anförda ställen ville gifva sitt upptagande af den naturrättsliga regeln större pondus genom hänvisning till, att densamma verkliga gäller i den *positiva privaträtten*. Den är »von Alters her anerkannt!» Såsom jurist stöder man sig naturligen på *positiv rätt!* Jfr KRABBE, Die Lehre der Rechtssouveränität, sid. 8. — Dessa tre betydelse framträda nu hvar för sig vid olika yttranden, men utan att förf. tyckes ha förstälse för, att det är fråga om skilda idéer. — Jämte JELLINEK böra nämnas som företrädare af den konfysa teorien, om staten såsom förpliktande sig genom själfbefallning: THON, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) sid. 142, WACH, Der Feststellungsanspruch (1889) sidd. 28 ff., TEZNER, Grünhuts Zeitschrift, Bd. XXI, sid. 164 (blott en »Hilfsvorstellung»), STARK, Die Analyse des Rechts, sidd. 176 ff. (förväxlar begärstrid med själfbefallning) och BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, I, 2 Aufl. (1890) sid. 63. Mot BINDING SELIGMANN, p. a. st. sidd. 96 ff.

nad därför, förutsättes en plikt till lydnad för densamma, som under samma betingning kräver en tredje befallning att lyda den och så in infinitum. Naturligtvis kräves, såvidt öfverhufvud en statsmaktens rätt till lydnad är betingning för en befallnings kraft att förplikta, ytterst en plikt att lyda den, som själf ej beror af befallning. Hvad kan den då vara om ej ett objektivt böra?¹

Men i än skarpare dager framträder förväxlingen, om man vid proklamerandet af rättsplikten såsom en af statsmakten befalld handling låter plikten korrespondera med annan persons än statsmakten rätt, vara en plikt i afseende å denna person som berättigad. Under den angifna förutsättningen står man inom det rättsliga området i pliktförhållande endast till den befallande statsmakten själf, från hvilken man röner påverkan genom befallningen och som allena är grund till plikten genom sin vilja att bringa de densamma underkastade till visst handlande. Om nu också denna makt skulle befalla respekterande af tredje persons på visst sätt betecknade önskningar inom vissa gränser eller sådana handlingar, som kunna betraktas som ett tillgodoseende af hans intressen, så kommer man dock icke därmed i pliktförhållande till denne. Hvarken öfvar han genom betecknandet af sina önskningar någon befallningsmakt af någon som helst rättslig betydelse, som skulle påverka den förpliktade och konstituera hans plikt. Ej heller är han genom sin vilja eller sina intressen grund till plikten. Endast den befallande statsmaktens vilja att tillgodose hans önskningar eller intressen är sådan grund. D. v. s. hela teorien om privata personers subjektiva rättigheter såsom korresponderande med annans plikt eller om plikter såsom gällande mot privata personer såsom berättigade och därmed det principiella skiljandet mellan privaträtt och offentlig rätt är med imperativteorien inadekvat. Man kunde häremot invända, att med korrespondensen i fråga ej är att förstå något annat, än att statsmaktens afsikt vid befallningen är i sista hand riktad på tillgodoseende af den enskilde »berättigades» önskningar eller intressen, så att detta tillgodoseende ej tjänar öfver den enskilde stående ända-

¹ Ett typiskt exempel på förväxlingen i detta afseende erbjuder BINDING, p. a. st., sidd. 96—97, och Handbuch des Strafrechts I, sidd. 183 f. Jfr kritiska anmärkningar härtill i min skrift Stat och Rätt (1904) sid. 27, och dessutom CATHREIN, Recht, Naturrecht und positiver Recht, sid. 137, och LOENING, Über Wurzel und Wesen des Rechts, sid. 16.

mål. Men 1:o blir en sådan mening icke alls adekvat med de använda uttryckssätten, som visa hän på en helt annan tanke såsom liggande bakom. Enligt dessa är plikten ifråga en plikt gent emot den privata personen själf såsom berättigad och pliktvidrigheten en kränkning af *hans* rätt. 2:o kan det alls icke påstås, att den rättsättande sociala makten verkligen i de åsyftade fallen har uteslutande till yttersta afsikt att tillgodose den enskildes önskningar eller intressen. Man brukar särskildt tala om privata personers subjektiva rättigheter, då det lämnas åt den enskilde att vid kränkning af hans önskningar eller intressen genom hänvändelse till domstolen söra för deras respekterande. Men att i sådant fall den sociala makten skulle lämna intressena för den egna — klassens eller det allmännas — fördelar åsido och att det icke skulle åtminstone delvis ytterst vara med hänsyn till dessa, som sådana rättsregler ha kraft, låter sig ej påstå.¹ För öfrigt skulle det med en sådan princip användande likaväl kunna talas om subjektiva rättigheter för djur, såvidt rättsregler kunna vara gifna likaväl i sådanas intressen som i enskilda personers.² Men sådant kommer ej i fråga.

Märk nu, att om vi se saken ur rättsmedvetandets synpunkt, får betraktelsesättet sin behöriga belysning. Ur dettas synpunkt blir den enskilde berättigad, såvidt detta att handlingen är innehåll i hans på visst sätt betecknade önskan eller kan betraktas som hörande tillsammans med hans intressens tillgodoseende är grunden till att den är plikt. Man går då ut från en objektiv norm, till hvilken anses höra som själfständigt moment, att en privat persons på visst sätt betecknade önskningar inom vissa gränser eller hans intressen, såvidt de kunna anses förknippade med bestämda handlingar från andras sida, inom vissa gränser böra tillgodoses. Om en viss handlingens rätthet låter sig ur detta norminnehåll härleda, bör den ske på grund af en privat persons rätt och är såtillvida en plikt mot honom. Icke den rättsättande maktens på ena eller andra sättet bestämda afsikt begrundar plikten utan personen själf såsom enligt den grundläggande normen på angifvet sätt förbunden med ett »bör respekteras». *Denna* tanke är nu i teorien om privata personers subjektiva rättigheter och därmed vid det principiella skiljandet mellan

¹ Se THON, p. a. st., sid. 110.

² THON, p. a. st., sidd. 177 och 247, och GRAY, *The Nature and sources of the law*, sid. 42.

privaträtt och offentlig rätt hos dem som häfda rättssatserna som imperativer konfunderad med idéen om plikt såsom befalld handling. Och den befällande statsmakten är på ett konfyst sätt tänkt såsom i och med sin befällning auktoritativt fastställande den objektiva normens innehåll.¹

¹ Hos BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, sid. 1, heter det: »Dass dem Rechte des einen die Rechtspflicht des anderen gegenüberstehe, wird von der modernen Rechtswissenschaft wohl als selbstverständlich betrachtet. Man denkt sich dabei die Rechtspflicht als die nächste Konsequenz der Rechtsnorm als eines von der souveränen Gewalt an die unterworfenen gerichteten Befehls, aus der sich erst mittelbar das Recht dessen ergibt, dem gegenüber die durch die Rechtsnorm bedingte Rechtspflicht besteht». Är detta riktigt, så hvilat »den modärna rättsvetenskapen» på en betänklig konfusion. — WINDSCHEID, Pandekten, I, sid. 87, söker på följande sätt från befällningsteoriens synpunkt häfda begreppet om en privat persons subjektiva rätt såsom något mot annans förpliktelse svarande: »Die Rechtsordnung . . . hat auf Grund eines concreten Thatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegeben. Sie überlässt es ihm, ob er von dem Befehl Gebrauch machen, und im Besondern ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will, oder nicht . . . Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassenen Befehls zu seinem Gunsten entäussert, sie hat ihren Befehl zu seinem Befehl gemacht. Das Recht ist *sein* Recht geworden». En privatpersons subjektiva rätt såsom något mot annans plikt svarande blir på det sättet »eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft». Ljknande hos GRAY, p. a. st., sid. 19, KIERULFF, Theorie des gemeinen Civilrechts, sid. 154, och NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, sid. 11. Den här omtalade afyttringen af »rättsordningens» befällningsmakt låter sig tänka, endast om den privata personen kan sägas vid häfdandet af sina rättigheter öfva verklig befällningsmakt af rättslig betydelse. Men om jag som husägare »förbjuder» annan person tillträde till mitt hus, har endast förbudsuttrycket rättslig betydelse. Det framkallar en sådan situation som den, vid hvilken »rättsordningen» förbjuder tillträdet till ägarens bostad. Och detta förbud är det enda i afseende å personens plikt ur imperativteoriens synpunkt rättsligt relevanta. I själfva verket behöfver ej heller förbudsuttrycket hos den person, till hvilken det hänvändes, verka på annat sätt än så, att han därmed vet den situation ha inträdt, vid hvilken »rättsordningen» knyter sitt förbud, och dock är enligt föreliggande teori otvifvelaktigt äfven i sådant fall plikten att ej beträda huset förhanden. Än mindre kan det sägas, att den »berättigade» personens frihet att efter behag använda processuella medel för tillvaratagandet af sin rätt gent emot den motsträfvige betecknar en öfverlåtelse af »rättsordningens» befällningsmakt. Ej ens formellt kan den processuella aktionen betecknas som ett befällande af motparten. — Mot

d. Vidare framträder förväxlingen mellan plikt i betydelse af befalld handling och af verkligt böra i behandlingen af det exekutiva tvånget på förmögenhetsrättens område. Närmast taga vi därvid

detta Windscheids försök att på imperativteoriens bas konstruera plikter mot enskilda liknande anmärkningar hos HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen* (1905) sid. 110. — Af samma skäl är THON's försök, p. a. st., sid. 133, att på samma teoris bas konstruera rättigheter för privata personer inom privaträtten genom att lägga hufvudvikten på den »berättigades» förmåga att disponera öfver medlen för reaktion mot normvidrighet misslyckat. Jfr PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der mat. Rechtskraft* (1904) sidd. 2 ff., och REGELSBERGER, p. a. st., sid. 76. Någon verklig befallningsmakt af rättslig betydelse får ej den enskilde därmed. Men blott en sådan befallningsmakt kan ur synpunkten af denna teori rättfärdiga talet om privatpersons rättigheter såsom korreponderande med annans plikt. (Att THON tänker på en sådan korrespondens, framgår af antitesen, som han uppställer mellan privatåtalet i straffrätten och »Privatanspruch» i privaträtten, sid. 137. I förra fallet, betonas det, är den kränkande »dem Verletzten überhaupt nicht verpflichtet». Han skulle sålunda vara det gent emot den, som framställer anspråk på skadeersättning eller uppfyllelse af uraktlåten plikt.) DUNCKER, *Die Besitzklage und der Besitz* (anförd WINDSCHEID, p. a. st., sid. 89 n. 3) kan med rätta från befallningsteoriens synpunkt häfda, att de Thonska privata rättigheterna ej äro några sådana i ordets vanliga mening och att det rättsligt sedt ges endast plikter. — Liknande är att säga om JELLINEK's konstruktion af »den subjektiva offentliga rätten» genom »die Fähigkeit Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen», *System der subj. öffentl. Rechte*, sid. 48, eller rättare genom de anspråk, som framgå ur ett sådant »Können» såsom en kvalifikation hos själfva rättspersonligheten, sid. 49. Skickligheten i fråga, som konstituerar personligheten i rättslig mening, är en den enskilde i kraft af hans ställning som medlem af staten tillerkänd makt att i eget intresse sätta statsmakten i verksamhet och grundar därmed anspråk på denna, sid. 53, jfrd med sidd. 77 och 81, och *Allg. Staatslehre*, sidd. 418 ff. I första hand gäller det här skickligheten att verksamt anropa statens rättsskydd, *System*, sid. 77. Såvidt nu i det subjektiva-offentliga anspråket den enskilde är berättigad gent emot staten i den meningen, att han är bestämmande för dess plikt, och å andra sidan all rättslig plikt enligt JELLINEK hvilar på statligt kraf, så måste anspråket innebära en utöfning af från staten öfverförd makt att i eget intresse kräfva något af staten själf. Men om nu en enskild person ex. inför staten som domstol gör gällande ett s. k. rättsskyddsanspråk, är det verkligen ställandet af detta anspråk såsom ett maktfullt kraf, som påverkar statsmakten till realiserande af detsamma? Ingalunda. Endast det förhållandet, att *processlagen* i förbindelse med *materiell rätt* vid vissa *processuella handlingar* under förutsättning af vissa i materiell rätt bestämda fakta fogar vissa rättsföljder, är här det för densamma bestämmande. Den enskilde kan gifvetvis använda sig af denna lagens be-

hänsyn till dess behandling på imperativteoretisk bas. Man utgår i allmänhet därifrån, att tvånget ifråga förutsätter, att dess föremål på något sätt har kränkt en rättens fordran. Endast såsom den rättsliga följderna af en kränkning af sådan fordran är tvånget att förstå. Nu är först att märka, att om man ser saken in abstracto, så föreligger ingen nödvändighet från imperativteoriens synpunkt, att staten skulle af sina organer fordra exekutivt tvång gent emot vissa privata personer till förmån för andra, endast under förutsättning att föremålet för tvånget verkligen har kränkt en till detsamma riktad fordran. Däremot måste man komma till en sådan nödvändighet, om man gör de begrepp, hvarmed det naturliga rättsmedvetandet rör sig, rättighet och plikt såsom hos skilda subjekt korresponderande, till grundstommen i förmögenhetsrätten, så att det intresse, som staten skyddar genom rättstvånget, blir en rättighet med sin korresponderande skyldighet, och om man därvid förväxlar plikt i rättsmedvetandets mening med detta att en handling är befalld af staten. Den enes rättighet sträcker sig blott så långt som den andres korresponderande förpliktelse och kan sålunda kränkas

stämningkraft. Men han kan alls icke öfva någon påverkan på staten genom ett kraf, som finge effektivitet genom denna förmåga att använda sig af lagen. Den enskilde kan på liknande sätt använda sig af naturkrafterna. Men icke skänker den därmed gifna makten någon förmåga att effektivt kräva något af dem. Han kan också genom brottslig handling sätta staten i verksamhet såsom straffande utan att därmed någon förmåga att effektivt kräva aktion uppstår. »Rättsskyddsanspråket» och öfriga subjektiva offentligt rättsliga »anspråk» äro sålunda alls icke rättigheter genom en öfverföring af en statens makt att effektivt fordra. Deras betecknande som rättigheter är helt och hållet bestämdt af idéen om den därtill hörande lagen såsom sann utsago om rättigheter och skyldigheter i rättsmedvetandets mening. — Det stundom förekommande antagandet af en särskild »Gewährung» till den »berättigade» såsom korresponderande med en »Befehl» till den »förpliktade» (se ex. MERKEL, Jur. Encycl. §§ 16, 71—73, och SELIGMANN, p. a. st., sid. 29) förändrar ingenting i situationen. Denna »Gewährung» kan ej rimligtvis fattas på annat sätt än som en jämsides med befallningen till den närmast »förpliktade» i den »berättigades» intresse och till statsorganen att i fall af kränkning af befallningen vid af den »berättigade» framställt anspråk framtvinga en ekvivalent prestation till denne gående förklaring från statsmaktens sida af viljan att på detta sätt skydda den berättigade. Med en sådan förklaring blir endast den omedelbara eller medelbara afsikten att tillgodose den »berättigades» intressen bestämd som grunden till befallningarnas utgående. Men på intet sätt framstår därmed den »berättigade» själf såsom grunden till desamma och då ej plikten såsom handlingens befalld-vara såsom gällande gent emot denne.

blott genom pliktvidrighet från dennes sida. Därför kan icke exekutivt tvång till uppehållande af den förres rätt ske annat än under förutsättning af pliktvidrighet från den senares sida. Men ett tvång, som sker en person till annans fördel, är enligt rättsmedvetandet rättfärdigadt, blott om det gäller uppehållet af dennes rätt.¹ Om man därvid betraktar rättslig förpliktelse såsom gifven i och med fordringar af staten, blir konsekvensen, att exekutivt tvång i förmögenhetsrätten förutsätter kränkning af statlig fordran. Naturligtvis följer däraf icke, att när man sätter exekutivt tvång inom förmögenhetsrätten i samband med föregående kränkning af statlig fordran, detta *måste* bero på förväxling mellan detta, att en handling är fordrad af staten och att den är plikt i rättsmedvetandets mening. Det kunde vara så, att det positiva rättsstoffet själf är af den beskaffenheten, att man med utgångspunkt från rättsatserna som statliga fordringar måste på grund däraf komma till den åskådningen, att det exekutiva tvånget på förmögenhetsrättens område förutsätter föregående kränkning af en statlig fordran. Men skulle det tvärtom visa sig, att det positiva rättsstoffet är sådant, att vid det ifrågavarande tvånget under vissa omständigheter ingen som helst hänsyn tages till huruvida en kränkning af gifna imperativer föreligger eller icke, då har man största anledning antaga, att man betraktat rättsmedvetandets begrepp om rätt och plikt såsom korresponderande som det bestämmande inom förmögenhetsrätten och därvid förväxlat »plikt» med en handlings karaktär att vara af staten fordrad. Detta blir under sådana förhållanden den enda möjliga förklaringsgrunden till upptagandet af en sådan grundsats, som den att exekutivt tvång inom förmögenhetsrätten förutsätter föregående kränkning af en statlig fordran, *i strid med* den positiva rättens faktiska karaktär.

Se vi nu efter, huru det i detta afseende förhåller sig med det positiva rättsstoffet, kan intet tvifvel blifva rådande, om att det svär mot teorien i fråga. Antag att en person, medan han ännu var förmögen af rättshandlingar, accepterat en växel, men vid förfallotiden har förlorat denna förmåga genom iråkad själssjukdom, utan att förmyndare hunnit tillsättas. Det kan hända, att skulden utmätes, trots att ingen får anses ha kränkt någon rättens fordran. Men antag vidare, att i ett sådant fall förmyndare är tillsatt, men

¹ Resonemanget i all sin enkelhet hos SALMOND, Jurisprudence, sid. 71.

försummar att inbetala skulden. Indrifning sker — ur myndlingens förmögenhet. Den som här kan betraktas som kränkande en rättslig fordran är ej myndlingen, som kanske ej kan uppfatta själfva fordran, till hvilken den därför ej med någon mening kan anses ställd och som ej genom sin antagna oförmåga af rättshandlingar kan realisera densamma, utan förmyndaren. Dock är det ej den senares förmögenhet, som blir föremålet för tvångsexekutionen. Visserligen kan han bli ersättningskyldig genom förlust, som åsamkats myndlingen på grund af hans försummelse. Men den här omtalade exekutionen träffar ej honom utan myndlingen. Naturligtvis låter sig detta sista resonemang utvidga till alla de fall, då tvångsexekution sker mot förmögenhet, tillhörig person, som ej är skicklig af rättshandlingar.¹ — Men vidare: en affärsman kommer på grund af utom honom liggande förhållanden, som ej af honom kunnat förutses, i det läget, att han är oförmögen att tillfredsställa sina borgenärer. Han sättes under konkurs och tvångsexekution sker, fast det omöjligt kan sägas, att han kränkt någon rättens fordran. I själfva imperativet ligger ju alltid, såvidt det är en hänvändelse till objektets vilja, den förutsättningen innesluten, att föremålet verkligen förmår att realisera det fordrade. Där denna förmåga förutsattes vara borta, hänför sig ej heller imperativet till personen.² För öfrigt borde, om i det positiva rättsstoffet sammanhang mellan exekutiv tvång och föregående kränkning af en fordran föreläge, före hvarje exekution undersökas, om verkligen den obligerade varit förmögen att fullgöra sitt prestandum. D. v. s. det borde alltid undersökas, om åtminstone culpa föreligger. Äfvenledes borde graden af tvångsreaktion på något sätt vara beroende af om dolus eller blott culpa är förhanden. Men åtminstone såvidt det gäller realisationen af faststående penningfordringar, är hvarje sådan undersökning i allmänhet för rätten främmande.³

¹ Jfr härtill THONS invändningar mot ZITELMANN'S och HOLD V. FERNECKS försök att i fallet af icke rättsskickliga personer föra förpliktelsen, som kränkes, öfver till förmyndaren i IHERING'S Jahrbücher, Bd. 50, Der Normenaddressat, och FISCHER'S anmärkningar härtill, Die Rechtswidrigkeit (1911) sid. 28.

² »Unlogisch wäre es den Schuldner zu einer Leistung zu verpflichten, zu der er nicht imstande ist», BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, sid. 39.

³ Jfr BEKKER, Grundbegriffe des Rechts, sid. 271. — Här anförda förhållanden lämnade utan allt afseende af SCHLOSSMANN, Der Vertrag, sidd. 346

Under sådana förhållanden kan teorien ifråga häfdas, endast om man godtyckligt lämnar sådana fakta åsido eller också förvanskar begreppet fordran, så att det förlorar all gemenskap med, hvad man därvid i vanligt medvetande tänker, för att icke säga förlorar all betydelse, så att blott ordet står kvar.¹

ff., vid hans försök att häfda skuld såsom betingning för tvångsaktion på grund af icke-uppfyllelse af löfte. — Goos, Foreläsningar till den almindelige Retslære, I, sid. 94, drager däremot ur sådana förhållanden den slutsatsen, att rätts-satsen ej till sitt väsen kan vara en befallning.

¹ Enligt MERKEL, Jur. Encycl., § 272, innesluter hvarje »Rechtsverletzung», som här behandlas som förutsättning för äfven civilrättsligt exekutiv tvång, såsom sådan ett moment af »Ungehorsam» mot rättsens fordringar. Alltså kan en sådan »Ungehorsam» föreligga äfven hos ett dibarn, eftersom dess förmögenhet kan vara föremål för exekutiv tvång o. s. v. Likaså förfäktar BINDING i första upplagan af sin skrift, Die Normen und ihre Über-tretung, I (1872) sidd. 135—141, att »orätten», som betraktas som förut-sättning för tvång äfven på förmögenhetsrättsens område, är skyldig normvid-rihet (norm = imperativ). Emellertid gör BINDING därvid den anmärknin-gen, att den, som förut befinner sig i oskyldig villfarelse, kan genom upplys-ning, framför allt laga dom, sättas i skuld, om han nämligen trots upplysning om sina lagliga skyldigheter icke fullgör desamma. Men först med denna skuld inträder möjligheten af exekutiv tvång. Huru skall den otillräknelige, gent emot hvars förmögenhet dock exekution kan inträda, kunna försättas i »skuld»? — IHERING, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1879) sidd. 5 och 6, talar om ett »objektivt orätt» i betydelse af skuldlös kränkning af rättsnormerna (norm = imperativ) såsom möjlig grund för användande af exekutiv tvång på det civilrättsliga området (Honom följa i det hela HÄLSCH-NER, Gerichtssaal 1869 och 1876, och WACH, Gerichtssaal 1873, och flera andra betydande forskare, se härom FISCHER, p. a. st., sidd. 122 ff.). Om en i rättsens mening handlingsskicklig person genom villfarelse eller andra skuldupphäf-vande omständigheter kommit i läget att inkräkta på en annans rättssfär, så är dock hans *vilja* med i spelet i afseende å den handling, hvarmed inkräk-tningen sker. Han vill alltid just denna handling. Därmed kan det talas om, att en verklig kränkning af en rättsens norm förelegat och ej blott en persons intresse skadande händelse att jämställa med ex. hagelskada. Och därmed kan gent emot en person i sådant läge exekutiv tvång komma i fråga. Men huru kan en person anses kränka ett rättskraf blott därmed, att han vill en viss yttre handling? Uppfattar han ej rättsens fordran såsom gällande denna hand-ling, så träffar den honom ej heller med hänsyn därtill. En fordran på en person förutsätter naturligen för att äga någon som helst betydelse, att han upptager dess innehåll i sitt medvetande. Jag citerar i detta sammanhang den THON och BIERLING närastående FISCHER, p. a. st. sid. 119. Frågan gäller ett käromål mot annan person, som besitter en sak i god tro, men frändömes den till kärandens förmån, hvarvid svaranden får bära kost-

Men om man trots allt likvisst hårdnackadt fasthåller teorien i fråga, så finns ej, som sagdt, någon annan möjlig förklaringsgrund än den, att man gjort rättsmedvetandets begrepp om rätt och plikt

naderna. »Daran darf der zum Teil sehr zweifelhafte Ausgang eines Prozesses nicht irre machen. Mag das eingeklagte Recht noch so zweifelhaft sein: im Augenblick der richterlichen Feststellung kann die Rechtsordnung den Beklagten den Vorwurf, dass er dem Klagebegehren nicht bereits im Augenblick der Rechtshängigkeit nachgekommen ist, nicht ersparen». Är »die Rechtsordnung» förryckt, då den »förebrår» en person kränkningen af en rättsfordran, som på grund af subjektiva förhållanden icke blifvit ställd på honom? För öfrigt är det klart, att den Iheringska skuldlösa orätten ej täcker alla de fall, då exekutivt tvång inom civilrätten kan föreligga utan föregående skuld. Detta gäller äfven i afseende å handlingsskickliga personer. Det är omöjligt att påstå, att den utan skuld insolvente affärsmanen skulle vilja sin egen insolvens. Men i fråga om icke handlingsskickliga personer blir uppenbarligen hela föreställningssättet oanvändbart. — Af hänsyn till det förhållandet, att äfven otillräkneliga kunna på det förmögenhetsrättsliga området bli föremål för exekutivt tvång, anser sig THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, sid. 92, böra antaga, »dass die Rechtsordnung Verpflichtungen der Unzurechnungsfähigen kennt». Därmed är saken ställd på sin spets och oöfverensstämmelsen mellan den positiva rätten och förutsättningen, att förmögenhetsrättsligt exekutivt tvång förutsätter ett verkligt brytande af rättsnormer, öfverhöjld genom en absurditet. Hvad betyder det, att statsmakten ställer fordringar på dibarn eller personer med paralysie générale? Icke blir saken bättre, om man med BIERLING, Jur. Prinzipienlehre III (1905) sid. 176, söker stödja positionen med ett sådant resonemang, som att man undervisar barnen (äfven de diande?) om rättsens fordringar, hvilket man ej skulle göra, om ej dessa gällde äfven dem. Onekligen gäller NAGLER's påstående, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (1911) sid. 66: »Die formale Logik steht ihnen (THON och BIERLING) allerdings nicht zur Seite, konsekvent ist von ihren Prämissen aus nur die Merkelsche Lehre» (att för rättsvidrighet fordras tillräknelighet). — BELING, Die Lehre vom Verbrechen (1906) sid. 140, söker rädsla idéen om den objektiva eller skuldlösa normvidrigheten (norm = imperativ) genom att till den grad förtunna begreppet om fordran, att man knappt får något kvar af ordets ursprungliga betydelse. Objektiv normvidrighet är möjlig, emedan »normvidrig» blott betyder »nicht so handeln, wie es die Rechtsordnung wollte». Här betyder »wollte» icke »fordrade», utan »önskade». Dock får önskan i afseende å ett handlande här fungera som fordran. Konsekvens: »rättsordningen» kan ju uppenbarligen med vissa bestämmelser ex. handelslagar ha till syfte samfärdsels befordrande. Den vid rättsbestämmelsernas gifvande föreliggande samfärdseln är sålunda i viss grad i strid med rättsordningens önskan. »Rättsordningen» vill ju ha den bättre. Nu består samfärdseln i vissa människornas handlingar, som därmed äro i strid med rättsordningens önskan. Den är sålunda i det antagna fallet normvidrig. —

i korrespondens med varandra till de förmögenhetsrättsliga grundbegreppen och därvid förväxlat plikt med en handlingens egenskap att vara af staten kräfd.

Ett appendix härtill utgör teorien, att en fällande dom till prestation på det förmögenhetsrättsliga området förutsätter föregående kränkning af en statlig befallning, »normvidrighet». Då detta visar sig stridande mot de faktiska förhållandena, tager man, liksom då det gäller det exekutiva tvånget, sin tillflykt till idén om en objektiv normvidrighet, hvarmed ofvan framställd orimlighet inträder. Exempel: Den som i god tro besitter annans egendom men frändömes den till den andres förmån befann sig före domen i objektiv strid mot ett rättskraf, som dock ej med någon mening kan anses varit riktadt till honom. Förklaringen till åskådningen, som vanligen föres tillsammans med den angifna teorien om det exekutiva tvångets rättsliga förutsättning, måste vara den, att fällande dom framträder som tvångsöfning från statens sida gent emot den enskilde. Såsom sådan låter den sig ej rättfärdiga annat än som tvång till prestation, ekvivalent med uraktlåten plikt gent emot andra parten som berättigad. Men plikt är på rättens område det samma som, att en handling är af staten befalld.

Alldeles detsamma gäller om stundom förekommande konstruktioner af skadeståndsskyldigheten på imperativteoriens bas. Denna skall såsom en rättslig reaktion mot föregående skadande af annan person vara att konstruera ur en föregående kränkning af en rättslig fordran eller ur en rättsstridig handling. Däraf blir den nödvändiga följden, att åtminstone culpa måste ha förelegat hos den skadande. Då nu detta strider mot det positiva rättsstoffet (ex. skadeståndsskyldighet för af otilräknelig tillfogad skada, järnvägsbolags skadeståndsskyldighet i vissa fall, trots frånvaron af skuld) tager man sin tillflykt till den orimliga idén om objektiv »normvidrighet».

Det är just de absurda konsekvenserna af teorien om kränkning

Till samma orimlighet synes KARL ADLER, *Unverschuldetes Unrecht* (1910) sid. 17, göra sig skyldig, då han mot THON häfdar, att rättsföreskrifter ej kunna hänföra sig till otilräkneliga, fast de intressen, som häfdas däri, tillvaratagas äfven gent emot dem, men därvid anför som exempel på »unverschuldetes Unrecht» en af otilräknelig vållad skada. Här blir ju ett handlande, som blott strider mot önsknningar, som föranleda rättsföreskrifter till tillräkneliga, själfvt betraktadt som stridigt mot rätten.

af en rättslig fordran som förutsättning för förmögenhetsrättsligt exekutivt tvång liksom för fällande dom och skadeståndsskyldighet, som föranledt den åskådningen, att på det förmögenhetsrättsliga området rättssatserna ej äro imperativer utan »primärt berättigande» eller rättighetsdeklarerande. Staten förklarar, att ett på vissa fakta stödt intresse skall af den skyddas i förhållande till andra personer. Därvid spelar icke för det eventuella inskridandet mot annan persons förmögenhet frågan, om kränkning af rättslig fordran från dennes sida föreligger eller ej, någon roll. Endast det blir af betydelse, om annan person erhåller fördelar på bekostnad af det ifrågasvarande intresset eller han kan anses som orsakande skada i afseende å detsamma.

Emellertid visar sig på ett egendomligt sätt, hurusom denna fullt berättigade reaktion mot en sådan åskådning med afseende å det förmögenhetsrättsliga tvånget som den inom imperativteorien vanliga själf är inficerad af det väsentliga i de föreställningssätt den kritiserar. Man uttrycker sakläget så, att med fastställandet af den subjektiva rätten, h. e. det intresse, som skall skyddas i förhållande till andra personer som följd af vissa densamma begrundande rättsfakta, är också gifvet, att den berättigade »bör få rätt, d. v. s. få den nyttighet, som den objektiva rätten vill tilldela honom».¹ Det exekutiva tvånget är nu ingenting annat än en statens reaktion mot ett tillstånd, som betecknar oemotsvarighet mellan faktum och rätt såsom det fordrade tillståndet.² Om nu meningen härmed vore den, att »den objektiva rätten» önskar, att en person må verkligen få njuta af en viss »nyttighet», såvidt vissa fakta föreligga, och på grund af denna sin önskan reagerar mot brist härutinnan, om annan person får fördel på grund däraf eller är orsak därtill, så vore ingenting att anmärka. Men det är visst icke meningen. I stället för en rättsviljans önskan såsom grund till reaktion inför man tanken på ett rättsligt böra, som återigen, om rätten öfverhufvud är vilja, för med sig tanken på ett kraf från dess sida. Den subjektiva rätten själf betyder icke blott detta, att njutandet af en viss nyttighet garanteras i förhållande till andra personer, utan den betyder, att personen skall öfverhufvud få njuta däraf. Att nyttigheten är garanterad i förstnämnda afseende är blott en följd af, att personen har

¹ SJÖGREN, Rättsstridighetens former (1894) sid. 106.

² P. a. st., sid. 107.

den som subjektiv rätt i sistnämnda afseendet. Och det exekutiva tvånget förutsätter en kränkning af denna rätt. Nu är det emellertid klart, att om möjligheten att njuta af nyttigheten öfverhufvud är något, som rättsligt sedt *bör* vara förhanden eller kräfvat och sålunda är personens subjektiva rätt, så bör också rättsligt sedt *hvarje* inskränkning i denna möjlighet upphävas. Detta blir ett nödvändigt rättsligt kraf såsom följd af det ursprungliga. Men det är gifvet, att en inskränkning i möjligheten i fråga — en oemotsvarighet mellan faktum och rätt — kan inträda genom yttre omständigheter, som ej ha med förhållandet till andra personer att skaffa. Om min häst stakar sig på en gärdsgårdsstör och dör, så är min subjektiva rätt kränkt. Ett orätt har inträdt.¹ Därmed gör sig också det rättsliga krafvet på ersättning nödvändigt gällande. Men nu är det icke så, att ett sådant kraf icke kan göras gällande på grund af naturliga hinder för dess realisation, utan det är principiellt främmande för förmögenhetsrätten. Därmed blir hela positionen upprifven.² Grundfelet ligger däri, att man inför tanken på ett rättsligt böra såsom knutet ej vid mänskligt handlande utan vid tillvaron öfverhufvud af något, som ej beror blott af mänskligt handlande. Om den objektiva rätten fattas som vilja, blir det rättsliga börat ett kraf. Därmed kommer då ett kraf att fattas som riktadt ej till mänsklig vilja utan på själfva tillvaron in abstracto, hvilket är orimligt.

Det kan nu ej råda något tvifvel om grunden till denna teori, som användes ej blott för förklaring af det förmögenhetsrättsliga exekutiva tvånget i inskränkt mening utan äfven för förklaringen af möjligheten af fällande dom på samma område utan föregående skuld liksom af skadeståndsskyldighet utan ens culpa. Man utgår från att rättsligt tvång eller rättslig reaktion öfverhufvud ej på förmögenhetsrättens område kan äga rum utan att en *rättskränkning* föreligger. Men en rättskränkning kan ej fattas annat än som kränkning af ett rättsligt kraf. Om man nu ser det oriktiga i, att ett till den person, som blir föremål för reaktionen riktadt kraf, måste vara kränkt på det förmögenhetsrättsliga området, tager man sin tillflykt till det abstrakta, personlig riktningsspunkt saknande krafvet,

¹ Jfr BINDING's fullt allvarligt menade beteckning af stormens sönderslående af min segelbåt såsom ett »Unrecht», Die Normen und ihre Übertretung, 2 uppl., sid. 301.

² Jfr min skrift Stat och Rätt, sid. 95.

att man öfverhufvud får njuta af en nyttighet, såvidt behöriga rättsfakta föreligga. Med detta abstrakta kraf s otillfredsställdhet sammanhänger fördel för annan person, eller är han orsak därtill. Därmed har han visst icke kränkt något till honom riktadt kraf. Men rätten är dock kränkt. Och den person, som har fördelen eller är orsak, måste blifva medlet för återställande af motsvarigheten mellan faktum och rätt. Men själfva förutsättningen, att en rättskränkning och därmed från viljeteoriens synpunkt en kränkning af rättsligt kraf måste föreligga som betingning för förmögenhetsrättslig reaktion, går tillbaka till rättsmedvetandets fordran på, att en rättighet med sin korresponderande förpliktelse måste vara kränkt, för att förmögenhetsrättslig reaktion skall vara *rättfärdigad* och till förväxlingen af egentlig plikt på det rättsliga området med detta att en handling är kräfd. Här har blott denna förpliktelse, resp. fordran på grund af det positiva rättsstoffets motspänstighet blifvit på ett egendomligt sätt objektiverad till en rättighetens innehåll vidhängande egenskap utan hänsyn till någon person, som skulle vara förpliktad, resp. föremål för fordran.¹

Emellertid visar sig också viljedeklarationsteorien med afseende å förmögenhetsrätten stundom vara så inficerad af det inom imperativteorien vanliga beroendet af rättsmedvetanets ifrågavarande kraf och förväxlingen af plikt i egentlig mening på det rättsliga området med en handlings egenskap att vara rättsligt fordrad, att den omärkligt slår öfver i imperativteori. Primärt häfdar man, att rättssatsen på ifrågavarande område är en deklaration af ett tvång såsom under vissa omständigheter skolande inträda. Men vid detta anser man, att förutsättningen för tvångets inträdande är föregående kränkning af en personlig plikt. Då nu rättsplikt måste på grund af själfva viljeteorien vara bestämd genom rättsviljan, men ordet ej här kan betyda blott detta, att uraktlåtenheten

¹ I öppen dag ligger teoriens ursprung i följande ord af NAGLER, som principiellt intager samma ståndpunkt som SJÖGREN och BINDING med afseende å det objektivt rättsvidriga tillståndet såsom grundval för exekutiv tvång i förmögenhetsrätten: »Weiter wurzelt der Erfüllungszwang in der rechtswidrigen Situation: mag die private Selbsthilfe freigegeben oder mögen die Organe zur Verwirklichung eines Anspruchs berufen sein, immer muss einer primären Rechtspflicht (obs!) zuwidergehandelt und dadurch der rechtswidrige Zustand der Nichtbefriedigung eingetreten sein», Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, sid. 71.

af en viss handling för med sig tvång till en motsvarande prestation, då ju plikten här är betingning för tvånget, måste rättsviljans grundande af rättsplikten vara tänkt såsom en ursprunglig fordran af handlingen. Denna fordran är det som måste vara kränkt, för att tvånget skall inträda. Men under sådana förhållanden ha de tvångsförklarande rättssatserna sin bakgrund i rättssatser, som äro imperativer, och imperativteorien har trädtt fram som den grundläggande. Därmed göra sig ock dess svårigheter med afseende å det positiva rättsstoffet gällande, såvidt tvånget skall bero af kränkning af personligt riktad fordran. Anledningen till detta förhållande kan ej vara något annat än beroendet af rättsmedvetandets kraf med afseende å tvång mot den enes förmögenhet till förmån för den andre jämte förväxlingen af plikt i egentlig mening och en handlings egenskap att vara befalld på det rättsliga området.¹

¹ Hos HOLLAND, Jurisprudence, sid. 80, betyder juridisk rättighet ingenting annat än ett af statsmakten deklareradt skydd af vissa önsknigar, liksom den korresponderande skyldigheten »duty» ingenting annat är än deklareradt tvingande till befordrande af andras önsknigar inom vissa gränser, sid. 81. Men trots detta indelar HOLLAND alla rättigheter i »antecedent rights», som gå före »wrongfull act or omission» och »remedial rights», som följa på en sådan handling eller underlåtelse. I motsvarighet därtill bör då skiljas mellan »antecedent» och »remedial duties». Enligt sid. 157 existerar en »antecedent right» utan hänsyn till om någon orätt handling eller underlåtelse blifvit begången. Inträdandet af »remedial rights» är enligt sid. 310 alltid betingadt af föregående kränkning af »antecedent rights». Enligt sid. 307 inträder med kränkningen en ny rätt från den kränktes sida, resp. en ny plikt från den kränkandes, jfr sid. 164. Det anföres i detta sammanhang det romerska: ante litis contestationem debitorem dare oportere, post condemnationem judicatum facere. Den nu nämnda indelningen af rättigheter, resp. skyldigheter är till och med hufvudindelningen af desamma, sid. 159. Här är nu meningen, att exempelvis ägaren har en före hvarje kränkning gående rätt att få behålla saken okränkt gent emot hvar och en och hvar och en har motsvarande skyldighet att afhålla sig från att utan ägarens samtycke tillägna sig eller skada saken. Men om kränkning af denna rätt, resp. plikt skett, vinner ägaren en särskild ny rätt gent emot den kränkande, nämligen att få saken restituerad eller skadan ersatt och denne får en ny motsvarande skyldighet. Men nu inträder här det egendomliga förhållandet, att ingen »antecedent right» eller »duty» förklaras skola skyddas, resp. framtvingas. Det är klart, att om öfverhufvud vid kränkning af »antecedent right» eller »duty» endast en ny »remedial right», resp. »duty» förklaras skola skyddas, resp. framtvingas, så kommer aldrig den förra att bli föremål för skydd, resp. framtvingande. Och dock hör detta till rättighetens eller skyldighetens begrepp enligt HOLLAND. Hvad

e. Slutligen är att taga i betraktande det sätt, hvarpå ofta straffets rättsliga natur behandlas, såsom belysande i afseende å den omtalade förväxlingstendensen. Vi fästa oss därvid vid den Bindingska teorien, som öfvat stort inflytande i Tyskland.¹ Enligt

betyder då rättighet med korresponderande skyldighet, såvidt den kan be-tecknas som antecedent? Då HOLLAND starkt betonar, att statens *vilja* är bestämmande på det rättsliga området och den här endast kan yttra sig som fordrande, måste tanken på fordran af ett visst handlande eller viss under-låtelse till annan persons förmån ligga under. Därmed upprullar sig den i texten framställda situationen. — Det af GOOS häfdade sättet att skilja mellan primära och sekundära rättigheter står HOLLAND's teori om »antecedent» och »remedial rights», resp. »duties» synnerligen nära. Den primära rättigheten är ett »Gode», som motsvaras hos andra af ett »Baand på Handlefriheten», hvilket band ej alls behöfver vara plikt i egentlig mening utan kan vara en rent objektiv inskränkning i densamma. Så inom privaträtten. Den sekun-dära rättigheten är en maktutöfning, hvars motsvarighet hos annan person är ett »Indgreb i Goder». Den inträder vid kränkning af den primära, Fore-läsningar over den almindelige Retslære I, sidd. 151 ff. Man frågar sig här ovillkorligt: hvaruti består det objektiva »band på handlingsfriheten», till hvars slitande staten refererar sitt tvångsmässiga »Indgreb i Goder», och som därför ej kan vara konstitueradt af den omständigheten, att vid ett visst för-hållande anknytes ett tvångsmässigt »Indgreb i Goder»? Då äfven Goos be-traktar statsmaktens vilja som rättsbestämmande, kan ej heller här någon annan tanke än den på statlig fordran af ett visst förhållande i praktiskt af-seende gifva mening åt teorien. — I öppen dag ligger det i texten omtalade beroendet af rättsmedvetandet jämte förväxlingen af verkligt böra och en handlings egenskap att vara fordrad på det rättsliga området i KEISEN's viljedeklarationsteori med afseende å det exekutiva tvånget. Det heter: »Das auf Grund der Rechtsordnung richtige Urteil, dass der Staat unter den Bedingungen eines bestimmten Verhaltens einer Person an ihr Strafe oder Exe-kution üben wolle, zwingt zu dem Urteile, dass für diese Person die Rechts-pflicht zu einem Verhalten gilt, das im kontradiktorischen Gegensatze zu den Bedingungen des staatlichen Willens steht», Hauptprobleme der Staatsrechts-lehre (1911) sid. 207. Hvadan detta tvång? Då det hos KEISEN otvifvel-aktigt är fråga om ett böra i egentlig mening vid rättsplikten (se min skrift: Är gällande rätt uttryck af vilja? sid. 207) kan förklaringen ej ligga i något annat än den tanken, att om så ej vore, skulle ej straffet, resp. exe-kutionen vara att *rättfärdiga*. Men å andra sidan är hos KEISEN idéen om börat icke bestämdt skild från idéen om en statens vilja (se anförd skrift, p. a. st.). Det sätt, hvarpå denna vilja gör sig gällande vid ett sådant böra, hvars öfverträdande är betingning för straff eller exekution, kan ej vara något annat än fordran på ett visst praktiskt förhållande.

¹ I svensk doktrin gillas den principiellt af HAGSTRÖMER, Strafrättens allmänna del, sid. 97.

denna teori är statens rätt att straffa betingad af öfverträdelse af en rättsnorm, antingen en sådan, som är implicite gifven i den straffrättsliga bestämmelsen, eller en i annan rätt gifven norm, till hvilken straffbestämmelsen hänvisar. Rättsnorm = statligt imperativ. Ex.: i straffbestämmelserna rörande mord och dråp ingår det statliga imperativet: I skolen icke (med undantag af särskildt reglerade fall) döda ett mänskligt väsen! Straffets inträdande är rättsligt betingadt af öfverträdelse af denna norm.¹ Därvid hvilar statens rätt att straffa på dess rätt till lydnad för gifven befallning.²

Hvarpå kan ett sådant påstående grundas? Ej på »sakens natur», därpå att straff förutsatte skuld för att rättfärdigas. Ty ur rättsmedvetandets synpunkt hindrade ingenting, att hvarje sådan kränkning af samhällliga intressen, som är förbunden med medvetande om denna handlingens karaktär eller åtminstone med det moraliskt sedt erforderliga måttet af uppmärksamhet skulle varit därmed förbunden, vore belagd med straff. Möjligen kunde härtill läggas, att därvid moraliskt skuldmedvetande måste vara förhanden eller dess saknad bero på en klandervärd brist i uppmärksamhet.³

Men ej heller kan påståendet begrundas i den positiva straffrättens natur. Först är det klart, att om utlänningar straffas för gärning, företagen på utländskt territorium, kan »brottet» omöjligt ha bestått i öfverträdelse af den *straffande* statens befallningar, då dessa ej vid tillfället för gärningen haft någon som helst giltighet för gärningsmannen. Men här är en gärning bestämd som straffbar genom egenskapen att innebära kränkning af den straffande statens rätt till lydnad för sina befallningar. — Vidare: Verklig olydnad mot befallning förutsätter verklig kunskap om densamma. Upptages den icke i befallningsmottagarens medvetande, kan den icke heller betraktas som honom meddelad eller som verkligt utförd i sin riktning mot honom. Det må så vara, att en gärning kan innebära verklig olydnad mot befallning, trots att gärningsmannen *vid dess begående* ej haft detta »du skall» eller »du får icke» aktuellt. Men detta kan sägas blott, om gärningen kan anses som betingad af

¹ Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl., sidd. 42 ff.

² P. a. st., sidd. 96—97.

³ Så MAYER, Kulturnormen und Rechtsnormen (1903) sidd. 78 ff., och KOHLRAUSCH (1903) Irrthum und Schuldbegriff, sidd. 33 ff.

eller ett uttryck för föregående brist på respekt för verkligt mottagen befallning. Han har ej, såsom han skulle ha gjort, om han varit den mottagna befallningen följaktig, åstadkommit behörig inriktning af uppmärksamheten vare sig på sina handlingars följder eller på befallningens innehåll. Endast såsom betingad af eller uttryck för sådan verklig föregående olydnad kan gärningen betecknas som själf innebärande olydnad. Då måste ock graden af olydnad, skuld, bestämmas ej blott med hänsyn till den brist på följaktighet, som blifvit ådagalagd vid verklig kunskap om befallningen, utan äfven med hänsyn till den grad af verklig kunskap, som varit förhanden i det ursprungliga olydnadsmomentet. Detta betyder, om rättsnormen, som kommer i fråga, finns blott implicite i straffbestämmelsen, att dels för verklig skuld tarvas verklig kunskap, om hvilket förhållande i praktiskt afseende som är belagdt med straff, dels graden af skuld, andra omständigheter lika, måste bedömas efter graden af sådan kunskap i själfva olydnadsmomentet.¹ Men nu är det så, att graden af kunskap om *strafflagen* i allmänhet icke spelar någon som helst straffrättslig roll.²

Nu framhåller emellertid Binding, att kunskap om ifrågavarande rättsnormer äfven på det sättet skulle vara möjlig, att man genom praktisk erfarenhet vet, »wie zahlreiche Handlungen mit den Interessen unseres Rechtslebens unvereinbar sind», så sålunda kunskap därom alltid kan förutsättas hos öfverhufvud tillräkneliga personer.³ Men den vägen är ej gångbar, såsom omedel-

¹ Jfr KOHLRAUSCH, p. a. st., sidd. 46 och 58.

² Enligt KOHLRAUSCH, p. a. st., sid. 41, är detta den »härskande» åskådningen. MAKAREWICZ, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, sidd. 403 ff. betecknar den motsatta åskådningen som tillhörande ett lägre kulturstadium, likaså BEROLZHEIMER, System der Rechtsphilosophie, V (1907) sid. 94. — BELING, p. a. st., sidd. 180 ff., häfdar, därtill drifven af den principiellt accepterade Bindingska normteorien, att medvetande om handlingens *juridiska* normvidrighet är erforderlig vid dolus. Men 1:a står han därmed knappt i öfverensstämmelse med gällande rättstillämpningsregler. 2:a kommer han i den besynnerligaste motsägelse med sig själf, då han sid. 183 antager medvetandet, »dass irgend eine Rechtsordnung seinem Verhalten entgegenstehe», såsom tillräckligt. Något sådant behöfver ju alls ej vara medvetande om för personen i fråga gällande rätt och innesluter ej nödvändigt medvetande om, att just *hans* handling är rättsvidrig. Jfr dessutom STARK, Die Analyse des Rechts, sid. 143.

³ Sidd. 44 ff. Liknande resonemang hos HAGSTRÖMER, p. a. st., sid. 152.

bart framgår däraf, att visst icke i hvarje fall handlingar, som synas oförenliga med »rättslivets intressen» och som ej i någon utom strafflagen befintlig rättsnorm äro förbjudna, äro förbjudna genom i denna implicate gifven rättsnorm. Det må anföras som exempel försäljning af denaturerad sprit under vetskap om, att den kommer till fördärlig användning. Den enskilde kan därför veta, att en handling är oförenlig med rättslivets intressen, men ändock på grund af bristfällig kännedom om strafflagen vara öfvertygad om, att handlingen ej kränker något statligt imperativ. Vidare är detta begrepp: »rättslivets intressen» alltför syäfvande, för att det med säkerhet skall kunna af hvar och en afgöras, huruvida en handling kränker sådana intressen. Var det utan vidare klart för hvar och en vid tiden för införande af straff i Sverige för husbehofsbränning, att sådant förfarande stred mot rättslivets intressen? Endast strafflagen själf kan med säkerhet läggas till grund, såvidt det gäller afgörandet af, huruvida en handling strider mot en rättsnorm, som finnes blott implicerad däri.¹

Ur den af Binding² andagna omständigheten, att åtskilliga straffbestämmelser hänvisa till själfständiga rättsregleringar af utom strafflagen liggande områden, följer ej, att straffbarheten skulle vara betingad af kränkning af dessa, betraktade som verkliga rättsimperativer. De ifrågavarande regleringarna behöfva ju endast vara förklaringar af statsmakten med afseende på den ordning, som den kommer att eller önskar att upprätthålla. Naturligtvis refererar straffrätten i vissa momenter till förmögenhetsrättsliga regler. Men sådana äro enligt Binding själf blott slika deklARATIONER. Straffbestämmelserna behöfva ju då ej betyda något annat än deklARATIONER, att den med skuld förbundna kränkningen af denna ordning under vissa omständigheter är belagd med straff. Att för skuld kunskap om denna ordning och föreliggande rättsfakta i allmänhet

¹ Jfr KELSEN, p. a. st., sid. 281. — HAGSTRÖMER'S hänvisning till rättsmedvetandet såsom i föreliggande afseende tillräcklig betingning för straffbarhet vid alla under strafflagen fallande handlingar, där detsamma säger den enskilde, att han handlat orätt (ur den moraliska rättens synpunkt) är otillfredsställande, såvidt det skall krävas kunskap om, att en handling strider mot verkligt rättsimperativ. Man kan väl vara öfvertygad om, att en handling kränker den moraliska rätten, men ändock felaktigt förutsätta, att den icke strider mot *positiv* rätt.

² Sidd. 70 ff.

är nödig, såvidt ej okunnighet beror af vårdslöshet, att man exempelvis ej straffas, om man för öfrigt på tillåtligt sätt tager annans egendom i besittning på grund af icke vårdslös okunnighet i nyinförd lag eller i föreliggande rättsfakta, behöfver ju ej bero af annat än att i sådant fall förfarandet ej synes klandervärdt.¹

Emellertid ger sig förklaringen af åskådningssättet af sig själf, om man antager följande betraktelse ligga till grund. Straff förutsätter för att kunna rättfärdigas kränkning af verklig personlig plikt i rättsmedvetandets mening, ej blott ett objektivi böra såsom vid förmögenhetsrättsligt tvång. Men på det rättsliga området är statsviljan det allena bestämmande. Personlig plikt kan då ej på detta område antagas i annan mening än den, att en handling är af statsmakten befalld. Och så förväxlas personlig plikt i rättsmedvetandets mening med en handlingens egenskap att vara befalld af statsmakten. Alltså förutsättes för straff, rättsligt sedt, öfverträdelse af verklig rättsnorm. Hvar finnes denna? Antingen implicite i strafflagen eller i regleringar, till hvilka den hänvisar. Skuldens nödvändighet för straff blir så omedelbart klar, då verklig olydnad för befallning nödvändigt förutsätter en brist på öfverensstämmelse därmed i *viljan*. Riktigheten af denna förklaring bekräftar sig där-af, att Binding² i afseende å det grundläggande imperativet betraktar staten såsom på en gång bestämmande för den personliga plikten och såsom ägande *rätt* till lydnad, hvarmed förväxlingen i fråga öppet visar sig.³

¹ MAVER, p. a. st., sid. 85, n. 12.

² Se ofvan sid. 150.

³ Se ofvan sid. 135, not. — Kanske framträder förväxlingen ifråga klarast såsom den straffrättsliga normteoriens grund hos BELING, som principiellt sedt är anhängare af densamma. P. a. st., sid. 117, heter det: »Soweit Töten rechtswidrig ist, soll man eben nicht toten; oder umgekehrt: die Norm »Du sollst nicht töten« lehrt, dass Töten rechtswidrig ist». Sid. 115 sätts »Norm» och »Imperativ» som identiska. Sidd. 117 och 128 förklaras »rechtswidrig» och »normwidrig» vara detsamma. Sålunda: detta att man icke rättsligt sedt får döda, innesluter, att dödande strider mot ett rättsligt imperativ, att det är rättsligt förbjudet och omvänt. Naturligtvis är detta: »soll man nicht töten» såsom ett påstående af straffrättsläraren icke själf ett imperativ. Han befäller ingenting därvid utan endast utsäger »soll» såsom objektiv betämhet hos nedsläendet af tendenser att döda. Därmed är förväxlingen mellan en handlingens egenskap att vara befalld och börat i egentlig mening öppet förhanden. Huruom denna förväxling ligger till grund för den straff-

f. Det är nu också den här föreliggande förväxlingen, som allena förklarar det egendomliga sätt, hvarpå man på positivistisk bas kommer öfver interpretationssvårigheterna, såvidt det gäller fastställa den verkliga lagstiftarens vilja i och för en riktig dom, liksom också de härvid framträdande luckorna. Jämsides med utforskningen af den historiske lagstiftarens mening går konstateringen af den mening, som en efter den bedömandes uppfattning *förständig* lagstiftare måste ha haft med det gifna uttrycket — en lagstiftare, som både är alltigenom konsekvent och har blick för de typiska fall, på hvilka regeln är att använda. Blir ändock icke det gifna regelsystemet utan luckor, så äro dessa att utfylla genom lag-

rättsliga normteorien, framträder slående i grundläggningen af densamma. Det heter sid. 116: »Ein wunderbarer Heiliger von Gesetzgeber. der den Menschen nicht sagte, ob sie etwas tun dürfen, sondern sich begnügte, die Folge (die Strafe) zu nennen, ohne die Ursache der Folge anzugeben!» Jfr OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte, sid. 27: »Wie kann der Duellant vernünftigerweise bestraft werden, wenn er gegen keinerlei Norm verstossen hat?» Hvad är här den »orsak», som är nödvändig att ange i förhållande till strafföljden? Jo, detta, att man icke *får* handla på visst sätt. Strafflagen får ej vara, som fallet är hos *ex. HOLD v. FERNEK*, en blott hotelse. Det måste också vara angifvet ett *böra*, som öfverträdes, då strafföljden inträder. Hvarför så? Ingen annan anledning kan anges än den, att om icke lagstiftaren vid uppställandet af strafföljden hänvisade till ett öfverträdt *böra*, så skedde en kränkning af rättsmedvetandet. Lagstiftaren vore då »ein wunderlicher Heiliger». Men kunde icke lagstiftaren därvid hänvisa till moraliska plikter? Nej, »das liesse das Recht zum Aschenbrödel herabwürdigen». Den måste själf bestämma plikterna för att fungera som en egen stor lifsmakt, sidd. 115—116. Men dessa rättsliga plikter äro identiska med handlingars egenskap att vara krädda i särskilda rättsimperativer. — I föreliggande afseende är ej skillnaden mellan *BINDING-BELINGS* rättsnormteori och *MAYER's* kulturnormteori af principiell betydelse. Äfven den senare utgår från, att straffet till sitt begrepp förutsätter pliktvidrighet, p. a. st., sid. 15. Att den ifrågavarande plikten ej kan betraktas som gifven med ett rättsimperativ, har för honom sin grund däri, att rätten (med undantag af förvaltningsrätten) ej innehåller några befallningar till enskilda, men väl till statens organer såsom sådana. Men i stället för rättsimperativer bli här kulturnormer det begründande för plikten. Under kulturnormer förstås »die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten», sid. 17. Gemensam utgångspunkt är sålunda, att straff förutsätter verklig pliktvidrighet och att de ifrågakommande plikterna äro konstituerade i och med vissa befallningar. Skiljaktigheten rör sig blott om arten af de ifrågakommande befallningarna.

analogi eller rättsanalogi eller till och med »sakens natur» eller billighetsgrundsatser. Ändock är denna luckutfyllning gifven på basen af positiv rätt såsom ett system af imperativer eller viljedeklarationer. Den positiva rätten har luckor — dock är den utan luckor.¹ — Detta motsägande föreställningssätt blir begripligt, om man blott har i tankarna förväxlingen i fråga. Den positiva rätten är på en gång den faktiske lagstiftarens bud eller viljedeklarationer och den objektivt giltiga fastställelsen af rättigheter och skyldigheter i afseende å ett visst samhälle, d. v. s. det normativa handlingssystemet, såvidt det refererar till en persons rätt såsom bestämmande för det för annan person riktiga handlandet — detta system i dess användning på ett visst samhälle. Den faktiske lagstiftaren *måste* då vara identisk med en förståndig lagstiftare i angifven mening. Brister den historiska metoden vid uttolkningen eller leder den till motsägelser, så använder man den objektiva. Därmed håller man sig ändock till den verkliga lagstiftarens mening med sina bud eller viljedeklarationer. Vidare: visst är den verkliga lagstiftaren såsom sådan ofullkomlig och lämnar därför luckor vid sina bestämmelser, när det gäller rättstillämpningen. Men det normativa handlingssystemet är utan luckor. Eftersom den verkliga lagstiftaren genom sina bestämmelser fastställer detta, så äro dessa utan luckor. Man har då blott att genom analog användning af lagstiftarens *rätts-tankar* eller om detta ej går, genom en direkt fastställelse af normens innebörd i särskilda fall (»sakens natur» och billigheten) bestämma det objektivt riktiga. Ändock är det vunna resultatet att betrakta som det *verkliga* befallda eller det af rättsmakten såsom hans vilja *verkliga* deklarerade.² — På samma sätt är nu också att förklara,

¹ Typisk representant är BERGBOHM (se ofvan sidd. 16 ff.).

² Synnerligen typisk är i detta afseende framställningen hos KOHLER, Über die Interpretation von Gesetzen, GRÜNHUTZ Zeitschrift, Bd. 13, sidd. 8 ff., om laginterpretationens »letzte und höchste Aufgabe». Denna bestämmes som fastställandet af »die prinzipiellen Rechtssätze», som äro att ur lagen abstrahera. Härigenom lösa sig tvifvel och svårigheter med afseende å lagens användande i särskilda fall af sig själfva. Dessa »principiella rättssatser» ha uppenbarligen, eftersom de ha giltighet som interpretationsprinciper själfva rättslig giltighet. Därmed blir den skillnad mellan den blotta interpretationen och analogiens användande såsom en ny rättsbildning, som göres sidd. 48 ff., ogrundad. Äfven analogiens användande har nämligen efter förf. sitt stöd i de nämnda rättssatserna. Emellertid frågar det sig nu, på hvad sätt princi-

att det kan synas naturligt och nödvändigt, att lagstiftaren i hvarje särskildt fall fasthåller vid den en gång förklarade afsikten, fast ett sådant antagande lämnar åsido den verkliga viljans faktiska relativitet.¹ Ur det normativa handlingssystemet kan med logisk nödvändighet härledas, att i det eller det fallet den eller den handlingen

perna i fråga äro att fatta. Därvid är att märka, att de efter förf. icke äro identiska med de rättsregler, som såsom genomsnittsregler härledas ur rättsstoffet och som ej kunna läggas till grund för bestämmande af rätten, not 11, sid. 8. Ej heller är det fråga om de principer, som lagstiftaren faktiskt haft, sidd. 7 f. Ej heller gäller det lagens faktiska ändamål, not 42, sid. 15. Det senare är att lägga till grund blott vid den lägre interpretationen, som har att som hjälpmedel för den högre bestämna själfva laginnehållet, sidd. 19 ff. Det är nu vidare uppenbart, att KOHLER anser det vara en för den interpreterande gifven utgångspunkt, att de särskilda rättssatserna äro blotta praktiska användningar af vissa högsta rättsprinciper. Detta hör till rättens natur, som är en andlig organism, instinktivt frambragt, sidd. 2 ff. och 51. Men om de likvisst icke äro de verkliga orsakerna till de särskilda rättssatsernas faktiska tillvaro, dock verkliga principer, ej blotta abstraktioner, återstår endast, att de äro de grunder, hvarpå det särskilda laginnehållets ideala giltighet, förpliktande kraft, hvilat. Då är frågan vid den högre interpretationen denna: hvarpå måste den eller den rättssatsens ideala giltighet, som är gifven, anses hvila? Detta bekräftas också af en närmare undersökning af de frågor, som användas som exempel. Vi anföra ett exempel: I afseende å lagbestämmelsen om usufructuariens egendomsrätt till afsöndrade frukter gäller frågan: »durch welchen Act wird das Eigenthum getrennter Früchte erworben? Wird es erworben kraft dinglichen Rechts oder kraft Uebertragungserklärung des Eigenthümers?», sid. 13. Det är ju uppenbart, att det här gäller att angifva grunden till en viss usufructuariens rätt såsom bestående, ej till rättsmaktens faktiska upprätthållande af möjligheten för honom att njuta af vissa fördelar gent emot utomstående. Det bekräftar sig också ur KOHLER's jämförande af den juridiska undersökningen med analysen af ett konstverk i och för utrönande af grunderna till dess ästhetiska verkan, sid. 3, och med utforskningen af principerna för natursammanhanget, sid. 15. Det är då också blott på det sättet begripligt, att förf. kan betrakta de ifrågavarande principerna som verkliga rättssatser. Rättsprinciperna måste för att kunna funktionera som sådana förklaringsgrunder till den ideala giltigheten af särskilda rättssatser själfva vara idealt giltiga. På detta sätt blir rätten själf för KOHLER ett objektigt giltigt system af satser om rättigheter med tillhörande skyldigheter, som har sin bas i vissa högsta rättssatser. Då nu rätten tillika skall vara innehållit i den visserligen mystiska »lagens vilja», är den i texten behandlade förväxlingen grundläggande för den KOHLERSKA teorien om den högre intepretationen liksom också för den oklara teorien om analogiens rättsvetenskapliga halt.

¹ Se ofvan sidd. 42 ff..

är plikt med hänsyn till annans rätt. Men den verkliga lagstiftareviljan är såsom bestämmande för detta system identisk med detsamma. Alltså: vill den det eller det såsom allmänt förfarande, så *måste* den i hvarje särskildt fall genomföra denna afsikt.¹

g. Huru starkt den här omtalade förväxlingen så att säga gått det juridiska tänkandet i blodet, framträder typiskt i den filosofeerande rättslärd Stammlers försök att filosofiskt utföra identiteten af detta att vara föremål för rättsviljans reglering och förpliktelsen att underordna sig denna reglering. Möjligheten af *ändamålsvetenskap* utredes så. Det ges ett *vara* ej blott i afseende å varseblifningarna (gifvet med deras inordnande i ett enhetligt medvetande enligt särskilda metoder) utan äfven i afseende å viljandet. Detta vara konstitueras genom bestämmande af »Zweckinhalte in grundlegender, einheitlicher Art». Det ges ett vetenskapligt fastställande »dessen, was wir *wollen sollen*, eine Lehre von dem *Sein* gegebener Willensinhalte, eine systematische Behandlung menschlicher Zwecke und Strebungen».² Hit skall nu höra *rättsvetenskapen*, som afhandlar

¹ Hos SCHUPPE, Der Begriff des subjektiven Rechts heter det sid. 151: »Das subjektive Recht ist ein Willensakt des objektiven Rechts. Im Allgemeinen, also *in abstracto* will dies: wer auch immer die und die Merkmale an sich hat, in den und den Beziehungen zu einem andern steht, dies oder jenes getan oder erlitten hat, der soll die und die Vorteile oder Nachteile haben, zu dem und dem gehalten sein, dies oder jenes erleiden und dgl. Wo und wann auch immer *in concreto* diese Bedingungen erfüllt sind, da wird auch der objektive Rechtswille konkret und in diesem Augenblicke, zeitlos entstehend, hat derjenige, an dem sie erfüllt sind, das entsprechende subjektive Recht . . . » Här talas om en förment verklig mänsklig vilja, som är den objektiva rätten och som i hvarje fall, där de ursprungligt fastställda betingelserna för inträdet af en subjektiv rätt, äro förhanden, vill garantera det ifrågakommande subjektet vissa fördelar och därmed skapar den subjektiva rätten. Ett väsende skulle sålunda vara förhanden i staten, som i hvarje fall ofelbart känner, huruvida de af detsamma fastställda betingningarna för inträdet af en subjektiv rätt äro förhanden och lika ofelbart träder i aktion i enlighet därmed. Detta fullkomligt fiktiva antagande låter sig ej begripa, om man ej vet, att SCHUPPE betraktar »den objektiva rättsviljan» såsom i sig själf objektivt giltig (ex. p. a. st., sid. 7) såsom i sig själf normativ. Då normens objektiva bör-vara naturligtvis i hvarje särskildt fall gäller i enlighet med den allmänna regeln men är ett med den nämnda viljan, så agerar denna också i hvarje särskildt fall i enlighet med sitt allmänna beslut och det viljande väsendet har såsom förutsättning härför fullständig kunskap om allt, som händer af rättslig betydelse inom viljans giltighetssfär.

² Theorie der Rechtswissenschaft, sid. 61, jfr sidd. 336 ff.

en viss art af det »förbindande» viljandet — »förbindande», i det det sätter den enes viljande som medel för den andres ändamål — nämligen det »okränkbara», »själfhärliga».¹ Alltså har rättsvetenskapen såsom ändamålsvetenskap till objekt de medel-ändamålsförhållanden, som sättas af det »okränkbara», »själfhärliga» viljandet i dess regleringar af de underordnade viljandena — dessa förhållanden såsom *realia*, hvilket naturligtvis betyder, att den är vetenskap om för de underordnade viljorna gällande böra, bestämdt af det rättsliga viljandet. Observera, att själfhärligheten innebär, att det står »Einzelwollen» »nicht mehr frei» att upptaga eller förkasta det »förbindande» viljandets reglering, eller att det genom det senare erhåller »seine Bestimmung des Sinnes, dass es von dem ihnen angewiesenen Platze von sich aus sich nicht entfernen soll».² Men å andra sidan afhandlar den ett visst faktiskt viljande, som går ut på att avtarkiskt sätta den enes viljande som medel för den andres ändamål. Rättsvetenskapen blir sålunda på en gång en vetenskap om faktiskt viljande och om förpliktelse att underordna sig detta.

Det filosofiska begrundandet ligger här i en subjektivistisk intellektualistisk kunskapsteori, enligt hvilken en varseblifning är objektiv i den meningen, att den enligt en viss metod är att inordna i ett system af varseblifningar under medvetandets enhet och parallellt därmed ett viljande blir objektivt, rör sig med objektiva medel-ändamålsförhållanden genom att enligt en viss metod, i rättsvetenskapen bestämd genom det »okränkbara», »själfhärliga» »förbindande» viljandets enhet, vara att inordna i ett system af viljanden. Observera, att rättssubjekt-kategorien, som är en grundform för det juridiska tänkandet, är begrepp om »bedingende Endglieder rechtlich geordneter Zweckreihen»³ och sättes i parallellism med orsakskategorien såsom varande att använda på varseblifningarnas område.⁴ I båda fallen gäller det att genom begreppens användande komma till objektivitet på varseblifningens, resp. viljandets område. Konsekvensen blir då den, att rättsvetenskapen har att

¹ P. a. st., sidd. 101 ff. och 105 ff.

² P. a. st., sid. 97. — Hos STAMMLERS anhängare Graf ZU DOHNA, Rechtswidrigkeit, sid. 14, betecknas också plikten i Kantisk mening som rättens centralbegrepp.

³ P. a. st., sid. 199.

⁴ P. a. st., sid. 200.

vetenskapligt bestämma medel-ändamålsförhållanden, som därmed blifva reala, genom att mera medvetet, med större analys företa samma syntes, som det rättsliga viljandet själf innesluter.¹ D. v. s. den *är* själf det rättsliga viljande, hvarom den handlar, upphöjdt till större medvetenhet eller bestämdare urskiljande af sina momenter. Men då den tillskrifver detta viljande det eller det särskilda innehållet, betyder det endast, att det finns för detsamma i sin afsöndring från andra innehåll, såvidt den behöfliga medvetenheten om eller urskiljandet af gifna syften är förhanden. För det icke tillräckligt medvetna eller sina syften urskiljande viljandet finns naturligen ett visst innehåll i den form, som är förbunden med omedvetenheten eller oklarheten. Samma medvetenhet eller klarhet, som det rättsliga viljandet har som rättsvetenskap, har det då också såsom föremålet för densamma. D. v. s. den *är* sitt eget föremål absolute.

Det angifna förhållandet mellan rättsvetenskapen och dess föremål hos Stammler framträder nu också på särskilda punkter. Kategorierna »Rechtshoheit» och »Rechtsunterstelltheit» bestämmas på följande sätt: Den förstnämnda är »die Gedankenrichtung eines rechtlichen Wollens, nach der es den Zweck seines Bestimmens *in sich trägt*». Den andra är »das Einordnen rechtlich *verbundener* Willeneinhalte als *Mittel* für ein *verbindendes* Wollen».² Dessa begrepp äro »notwendig bedingende Formen des Denkens, das ein besonderes Streben als ein rechtliches Wollen bestimmt».³ Eller de äro betingande tankeformer, genom hvilkas användande ett viljande kännetecknas som rättsligt.⁴ Själva det juridiska tänkandet rör sig sålunda med idéen om att vissa »förbundna» viljeinnehåll äro medel för ett »förbindande» viljande, hvilken idé å andra sidan är utmärkande för själfva det rättsliga viljemedvetande, som tänkes. — Den allmänna logiken »soll nun durch eine *Logik der Jurisprudenz* als eine erkenntniskritische Durchleuchtung des *rechtlich* wollenden Bewusstseins, ausgebaut werden».⁵ Jurisprudensen är sålunda »das rechtlich wollende Bewusstsein», hvilket emellertid är rätten själf.

¹ P. a. st., sidd. 186 och 359.

² P. a. st., sid 209.

³ Ibidem.

⁴ P. a. st., sid. 211.

⁵ P. a. st., sid. 265.

— I det juridiska tänkandets *logik* motsvarar läran om rättssatsen omdömesläran i den allmänna logiken.¹ Rättssatsen själf är sålunda jurisprudentens eget omdöme. Dess omdömen äro ej omdömen *om* rättssatsers förhandenvaro, utan *äro* rättssatser.²

Det är nu också så, att alltid, då man betraktar den positiva rätten som ett system af faktiska omdömen om plikter och om handlingars värden och vetenskapen *om* den positiva rätten såsom själf afhandlande dessa plikter och värden, gör man sig skyldig till en förväxling af vetenskapen och dess föremål. Betraktar jag ett gifvet omdöme som sant, så har jag ej blott omdömet själf till föremål utan jag betraktar äfven direkt verkligheten, om hvilken omdömet är omdöme, och anser denna vara så beskaffad, som detsamma anger. Men tror man, att det blotta konstaterandet af omdömet fakticitet är ett konstaterande af dess föremål som reallt, så har man förväxlat kunskapen om omdömet med detta själf. Jag skulle i denna kunskap fälla samma omdöme, som utgör dess föremål, hvilket är orimligt. Anledningen till benägenheten för en sådan förväxling med afseende å rättsvetenskapen är, hvad angår viljeteorien, angifven i det föregående. Det rättsliga viljandet betraktas som ett systematiskt dömande om plikter. Detta dömande anser man åter på grund af känslan af underordning under viljandet i fråga vara sant. Alltså fastställas verkliga plikter genom det rättsliga viljandets blotta förhandenvaro. Därmed blir kunskapen om det rättsliga viljandet i dess faktiska förhandenvaro detsamma som kunskap om plikter. Men det rättsliga viljandet är detsamma som ett systematiskt dömande om plikter. Alltså blir vetenskapen om detta dömande själf en pliktvetenskap och förväxlingen mellan vetenskapen och dess föremål är gifven.³

¹ P. a. st., sid. 266.

² Såsom typiskt exempel på rättssats anföres i detta sammanhang (sid. 311) satsen i de tolf taflornas lag: »Si pater filium ter venum dabit filius a patre liber esto!» Vetenskapen *om* romersk rätt innehåller sålunda själf detta omdöme, förfäktar själf: »si pater. . . liber esto!», hvilket naturligen ej har någon mening, såvidt icke denna vetenskap själf *är* romersk rätt.

³ Det är i föreliggande afseende intressant att iakttaga, att BINDER, som författat en stor skrift, Rechtsbegriff und Rechtsidee, för att genom kritisk behandling af STAMMLER's principiella åskådning belysa det verkliga sakförhållandet, själf på grund af oklarheten i frågan om rättsvetenskapens föremål kommer att i likhet med STAMMLER identifiera den med detta. Sid. 117 sättes

Emellertid är den Stammlerska teorien ej blott beroende af det vanliga juridiska tänkandets natur. Stammler är ej blott jurist utan äfven filosof och visserligen Kantian. Men den Kantiska etiken är typisk för den rationalistiska voluntarismen och för denna åter är samma slags förväxling, fast i en egendomlig form, väsentlig. Man utgår från en rent förnuftig vilja såsom bestämmande för det objektivt riktiga på det praktiska området. Enligt Hegel har denna vilja objektiv verklighet i statsmakten. Härvid betraktas nu ej den ifrågakommande viljan blott som bestämd af det rena förnuftet utan den är identisk därmed. Det rena själfbestämda tänkandet, som genom sin själfbestämmdhet är absolut kunskap, är, såvidt det härvid är kunskap om det praktiskt objektivt riktiga, själfst en vilja, som icke har ett yttre föremål utan vill sig själf i sin själfständighet. Här blir då detta att ett visst handlande *är* det rätta identiskt därmed, att det är innehållet i ett visst viljande, som emellertid därmed

rättsbetraktelsen mot naturbetraktelsen, i det att den förra skall förutsätta den etiska friheten, den senare den kausala bundenheten. Grunden för detta påstående har man att söka däri, att enligt BINDER för rätten idén om människans etiska frihet är väsentlig, se sid. 60, jfr: d med sid. 106. (Särskildt i afseende å straffrätten framhållet sid. 117.) Men därmed är då sagdt, att rättsbetraktelsen måste ha till innehåll rättens eget innehåll, hvarmed identifieringen är gifven. Sid. 117 blir det nu också rätten själf, som såsom teleologisk ställes gent emot naturvetenskapen såsom förfarande kausalt, alldeles som om rätten vore ett species af vetenskap, som har naturvetenskapen med sig samordnad. — Hos KOHLRAUSCH, Irrthum und Schuldbegriff, sid. 30, heter det: »Wenn wir das Gesamtgebiet der Wissenschaften einteilen in beschreibende und genetisch erklärende einerseits, in beurteilende, in Normwissenschaften andererseits, so ist das Recht (Obs!) dem letztgenannten Gebiete zuzurechnen». Man kunde tänka, att det vid denna betraktelse af den *positiva rätten* själf som vetenskap vore fråga blott om en inadvartens. Men längre ned samma sida betages man hvarje tvifvelsmål om förf:ns verkliga mening. Det heter nämligen där, att *rättsdogmatiken* ej principiellt är beskrifvande eller genetiskt förklarande vetenskap, ty den har till mål »Feststellung des Inhalts und der Tragweite der beurteilenden Sätze» (scil. i rätten). Af detta skäl skulle den själf vara normvetenskap. Grunden till ett sådant resonemang kan ej vara någon annan än den, att rättsvetenskapen fattas som vid betraktelsen af rättssatserna görande dessa satser till sina egna, hvarmed den emellertid sammanfaller med sitt föremål — och rätten själf blir en normvetenskap. Till yttermera visso heter det straxt därpå: »Dem Strafrecht ist der Charakter als Normwissenschaft am deutlichsten aufgeprägt. Es ist, vom dogmatischen Standpunkt aus betrachtet, der Codex unter einem gewissen Gesichtspunkt 'richtigen' oder 'unrichtigen' Handlungen.»

blott vill sig själf eller är absolut. Rättheten fattas då å ena sidan såsom objektive förhanden hos handlandet såsom sådant, å andra sidan såsom dess egenskap att vara innehållet i ett absolut viljande — alldeles som om detta att ett handlande är innehåll i ett viljande kunde konstituera en detsamma såsom sådant tillhörande bestämdhet.¹ Det är nu också klart, att all kunskap om ett handlandes rättighet är identisk med det absoluta viljandet af detsamma och därmed med sitt eget föremål. Äfven denna teori har sin förklaring i det ofvan framställda psykologiska faktum af den vaga gränslinjen mellan befallningsmottagarens medvetenhetsläge och det till plikt-känslan hörande. Detta förhållande föranleder förväxlingen af detta att en handling är den rätta — egentligen, enligt det föregående, att den i föreliggande situation är bestämd ur det handlings-system, som är normativt eller objektive sedt »bör ske» — därmed att den är befalld. Den rationalistiska vändningen beror här på medvetandet om att konstateringen af en handlings objektiva riktighet ej på något sätt hänför sig till kunskapen om densamma som led i natursammanhanget, att den sålunda måste anses som osinnlig kunskap. — Det juridiska tänkesättet visar sig sålunda besläktadt med den rationalistiska voluntarismen. Och båda samfällt ha framdrifvit den Stammerska teorien.

9. Emellertid är med uppvisandet af den ifrågakommande förväxlingens vanlighet endast den vanliga formen af viljeteori kritiserad, ej denna teori såsom sådan. Dock torde det kunna påvisas, att konsekvens i detta afseende *icke* skulle förhöja teoriens vetenskapliga värde. I uppsatsen: Är gällande rätt uttryck af vilja? har jag sökt visa, att det icke kan påvisas någon vilja, hvars befallningar eller deklARATIONER rättssatserna skulle vara. Hvarifrån har då föreställningssättet kommit? Därom kan icke råda något tvifvel. På de rätten underkastade verkar densamma, som om den

¹ Härur förklara sig sådana besynnerliga satser som följande Hegeliantskt färgade yttrande af KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, sid. 3: »Durch Verwirklichung beweist es ('das Recht' som straxt förut är bestämd som 'der allgemeine objektive Wille') seine Wahrheit und die Unwahrheit eines abweichenden individuellen Wissens». En vilja bevisar sin sanning. Jfr liknande yttrande om domen såsom på en gång den allmänna viljan in concreto och objektiv sanning, sidd. 42 och 269.

innehölle å ena sidan befallningar, å andra sidan deklARATIONER af hvad som är beslutadt, utgående från en öfvermäktig konsekvent verksam vilja. Detta föreställningssätt blir så mycket mer naturligt, om rättsmedvetandet i ett samhälle ej finner sig tillfredsställdt med bestående rätt eller detsamma hos olika folklager är splittradt, men ändock gällande rätt konsekvent genomföres eller, som mansäger, »statsmakten» har den behöfliga kraften. I samma mån som den rättssättande myndigheten framstår som själf stående under rättsregler, hvarpå hans verkliga makt hvilar, blir den föreställda rättsviljan öfverförd på en antropomorfierad fingerad enhetlig kraft, som står öfver alla enskilda samhällsmedlemmar, »staten». Det reala, som tjänar som underlag för fiktionen, är ett konglomerat af krafter, som inom en viss människogrupp samverka till rättsordningens upprätthållande.¹ Men liksom denna idé är betingad af rättsreglernas faktiska genomförande, oberoende af de enskildas protesterande rättsmedvetande, betingar den också som ett led i det nämnda kraftkonglomeratet i sin ordning rättsreglernas kraft. Idéen om att här föreligger en oemotståndlig befallande, resp. sina beslut deklarerande vilja verkar tryck på den enskilde och bidrager därmed till möjligheten af rättens uppehållande. Densamma har nu också såsom verksam hos de rättsunderkastade sitt korrelat i den rättssättande myndighetens uppfattning och framställning af sin egen position. Antingen fattar han och framställer sig som i rättssättningen görande gällande sin personliga makt, sic volo, sic jubeo!, eller som ett »statsviljans» organ, genom hvilket denna proklamerar sitt innehåll. Viljeteorien ser nu rätten på samma sätt som det nämnda i det faktiska rättslifvet verksamma fiktiva föreställningssättet. Därmed är den naturligen själf ovetenskaplig, men den drager dock fram i ljuset en idé, som faktiskt är verksam i rätten.

Emellertid är att märka, att jämsides med den nu nämnda idéen om rätten är en annan verksam i det faktiska rättslifvet med öfvervikt på den ena eller andra sidan, men utan fasta gränslinjer dem emellan. Först är att nämna, att det sätt, hvarpå rättsreglerna utformas af rättssättande myndigheter, hänvisar på en helt annan idé om rätten än den nu anförda. Det är förut visadt, att tanken på det offentliga samhällets egen rätt liksom också idéen om privata personers rättigheter ovillkorligt hänvisar på att rättsmedvetan-

¹ P. a. st., avd. 4.

dets begrepp om rättigheter med korresponderande skyldigheter här spelar in. Men nu framställa rättssättande myndigheter rätten genomgående, som om det gällde bestämmande af såväl det offentliga samhällets egen rätt som privata personers rättigheter, om också ej mot detta, så dock alltid mot hvarandra. D. v. s. rätts-satserna framställas som riktiga utsagor om rättigheter och skyldigheter i rättsmedvetandets bemärkelse.¹ Om nu härvid tillika den nämnda viljeidéen spelar in, så framställes dessa utsagors riktighet såsom beroende af en högsta lagstiftande vilja, ex. »Vi förordna i rikets namn», alldeles som om en vilja kunde göra en utsago sann. Men ett sådant sätt att framställa saken från de rättssättande myndigheternas sida vore meningslöst, om det icke accepterades af de rätten underkastade. Så är nu ock fallet. Det må så vara, att det är en öfverdrift, då man antager, att dessa i gemen genomgående »erkänna» rätten såsom det riktiga uttrycket för rättvisan. I vissa afseenden inträder dock alltid en benägenhet härför. Må rättsmedvetandet hos den enskilde ur allmänna synpunkter befinna sig i strid med gällande lag: *åtminstone* när det blir fråga om hans egna intressen, såvidt de skyddas af lagen, är han vid häfdandet af desamma fullt på det klara med, att det är hans egen verkliga *rätt*, som göres gällande, och mot kränkning af desamma reagerar hans rättskänsla. Vidare bör nämnas, att vissa förhållanden skapa en benägenhet att till och med i allmänhet erkänna gällande rätt som det sanna uttrycket för bestående rättigheter och skyldigheter, trots att rättsmedvetandet tillika af andra grunder kan vara otillfredsställdt. Till rättigheten synes det för rättsmedvetandet höra, att en särskild makt är förpliktad att vid eventuell kränkning tvinga till en prestation, som för den kränkte är ekvivalent med den kränkta rättigheten. Men endast vid beståendet af en rättsordning, som upprätthålles, finns en makt, till hvilken en sådan förpliktelse kan hänföra sig. De rättigheter, som krävas af den enskildes rättsmedvetande utan hänsyn till bestående ordning, brista såtillvida i att vara verkliga rättigheter, som ingen makt finns, som kunde fattas pliktig

¹ Häraf nu också idéen om, att den rättssättande har till uppgift att realisera rättvisan. »Recht ist dasjenige, was gerechtes Recht sein sollte, gleichviel ob es wirklich gerechtes Recht ist», RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphilosophie, sid. 39. Jfr STAMMLER's sats om rätten som ett försök till riktig rätt.

till deras upprätthållande vid kränkning. Den exekutiva makten i ett samhälle består som verklig makt genom rättsordningens makt och måste därför verka i enlighet därmed. De återigen som fixeras i gällande rätt må med afseende å sitt innehåll vara oriktigt bestämda, den nämnda formella bristen ha de ej. Till förhandenvaron af verkliga rättigheter synes vidare för rättsmedvetandet höra det krafvet, att vid tvistefall det verkliga rättsläget blir afgjort såsom underlag för möjligen behöfligt tvång efter öfver de enskildas subjektiva mening stående objektiva regler, som på ett likmätigt sätt tillämpas. Nu må det så vara, att de regler, som i gällande rätt framställas som objektiva rättighetsbestämmelser, ej tillfredsställa den enskildes kraf på objektivitet. Men i det afseendet fylla de alltid sin funktion, att verkliga krafvet på deras likmätiga genomförande kan göras gällande gent emot af rättsordningen bestämda med auktoritet försedda personer, särskildt domarne. Däremot kunna inga andra, om också efter de enskildes mening tillsitt innehåll riktiga regler för rättigheters bestämmande förbindas med krafvet på enskilda personer att bringa dem till likmätig användning vid auktoritativa rättsafgörelser. Genom sådana formella företräden för de i gällande rätt såsom faststående bestämda rättigheterna får den enskilde trots rättsmedvetandets möjliga opposition ur reala grunder benägenhet att betrakta dem som verkliga rättigheter. Härtill kommer den förut behandlade naturliga benägenheten att låta uttryck för låt vara fiktiva befallningar, som på ett systematiskt och effektivt sätt göra sig gällande, blifva objektiva bestämdheter hos de ifrågakommande handlingarna, som därmed öfvergå i »plikter».

Sålunda är i det faktiska rättslifvet jämte idéen om rätten som uttryck af vilja utan bestämd afsöndring därifrån verksam idéen om rätten såsom auktoritativ utsago om rättigheter och korresponderande skyldigheter. Men nu har viljeteorien sitt vetenskapliga värde blott däri, att den, låt vara ovetenskapligt bestämd af fiktiva föreställningssätt, dock drager fram i ljuset en idé om rätten, som verkar i det faktiska rättslifvet. Det är då också klart, att den ur denna synpunkt blir ensidig, om den ej äfven tager hänsyn till idéens faktiska, låt vara ologiska, komplement i rättslifvet. Detta kan naturligen, då den själf betraktar rätten ur synpunkten af det föreställningssätt, som tillhör de i rättslifvet praktiskt deltagande personerna — å ena sidan de rättsättande såsom sådana, å andra si-

dan de rätten underkastade såsom sådana — icke ske på annat sätt än på logikens bekostnad. Ty detta föreställningssätt är till sin natur utan samstämmighet inom sig. Hvad viljeteorien skulle vinna i konsekvens genom att afsöndra all tanke på rättigheter med korresponderande skyldigheter såsom gifna i och med befallningar eller viljedeclarationer från statsmaktens sida, det förlorar den genom ensidighet, då den har sitt vetenskapliga värde förankradt i att bringa i dagen det i rättslifvet faktiskt verksamma föreställningssättet. Detta vill säga, att den förut skildrade förväxlingen blir ur en viss synpunkt af väsentlig betydelse för teoriens vetenskapliga halt. Dess vanliga förekomst hos viljeteorien beror nu också till stor del häraf.

För ytterligare belysning af sakkförhållandet må här med några ord beröras den naturrättsliga viljeteorien med afseende å den positiva rätten. Ordet naturrättslig tages här i vidaste bemärkelse af en teori, som antager personlig förpliktelse bestämd gent emot annan eller andra personer såsom berättigade oberoende af positiv rätt. Man fattar här visserligen den positiva rätten som ett helt af imperativer eller viljedeclarationer från statsmaktens sida. Men man anser skyldigheten att underordna sig dessa vara bestämd af ett oberoende af den positiva rätten gifvet rättsförhållande. Man anser ex. att det väsentliga är naturrättslig skyldighet för den enskilde att hålla ett med öfriga samhällsmedlemmar eller blott statsmaktens innehafvare ingånget kontrakt. Eller man utgår från staten som en korporativ eller organisk enhet af personer och betraktar det därtill hörande ändamålet såsom bestämmande vissa personer till att såsom högsta maktutöfvare realisera detsamma. Detta ändamål må sedan bestämmas som en formell förnuftig rätt (Boström) eller mer materiellt såsom »individuella, nationella och allmänt mänskliga solidarintressen», såvidt de äro att genom »planmässigt centraliserad med yttre medel arbetande» verksamhet realisera (Jellinek). Alltid är hvarje särskild medlem gent emot denna enhet med sitt säregna ändamål förpliktad att underordna sig befallningarna eller viljedeclarationerna. All rätt, i afseende å hvilken plikten gäller, ligger då förankrad hos korporationen eller organismen själf, betraktad som ägande ett visst ändamål. Men denna rätt är icke själf positivt rättslig. — De positivt fastställda »rättsförhållandena» äro

nu alls icke såsom sådana, konsekvent uppfattade, verkliga rättsförhållanden, må de också öfverensstämma med verkliga rationella rättsförhållanden. Ty alla skyldigheter i afseende å *positiv* rätt uppgå i skyldigheten att respektera en oberoende af positiv rätt bestående rätt för annan eller andra personer. Hålla vi oss särskildt till korporations- eller organismteorien, som under moderna förhållanden framför privaträttsliga naturrättsteorier med afseende å statsmakten erbjuder intresse, så uppgår all skyldighet i afseende å den positiva rätten i skyldigheten gent emot korporationen eller organismen med sitt säregna ändamål. Dess rätt är ej fastställd genom positiv rätt, men rättfärdigar rättstvånget. På detta sätt föreligger visst icke principiellt sedt någon förväxling af ett statens viljande och dess objektivt giltiga fastställande af rättigheter och skyldigheter, trots att den enskilde är skyldig att underordna sig till honom sig hänförande statliga imperativer eller viljedeklarationer. Ty denna skyldighet fastställs ej genom statligt viljande. Emellertid ledes man af nyss anförda skäl till att i strid med den grundläggande naturrättsliga åskådningen fatta staten själf såsom mäktig att genom imperativer eller viljedeklarationer fastställa verkliga rättsförhållanden såväl mellan staten och den enskilde som mellan dessa inbördes. Sålunda rättfärdigar Jellinek i den sociologiska delen af sin allmänna statslära rättstvånget genom statens ändamål på angifvet sätt fattadt.¹ Häraf synes följa, att inga plikter i afseende å positiv rätt hänföra sig till något annat än staten själf såsom naturligt berättigad till maktutöfning med hänsyn till sitt ändamål. Men i den statsrättsliga delen talas obehindradt häraf å ena sidan om staten såsom *rättslig* makt blott genom själfinskränkning förmedelst positiv rätt.² Statens rätt blir ju då bestämd *genom* positiv rätt. Å andra sidan talas om staten själf såsom genom själfinskränkning fastställande verkliga offentliga rättigheter för sina medlemmar.³ Man kommer till ett formligt skiljande mellan motsatta sanningar, som hvar för sig gälla inför olika fora: ett forum sociologicum och ett forum juridicum. Inför det förra äro alla skyldigheter i afseende å positiv rätt naturrättsliga. Inför det senare äro samma

¹ Allg. Staatsl., sidd. 230, 236 och 264.

² System der subj. öff. Rechte, sidd. 184 ff. Jfr Allg. Staatsl., sid. 386.

³ System, p. a. st., och Allg. Staatsl., sidd. 416 ff.

skyldigheter positivt rättsliga. Inför det förra är det enda berättigade subjektet i afseende å dessa skyldigheter den korporativa enheten af personer själf såsom ägande ett visst ändamål, inför det senare äro i samma afseende äfven den (genom positiv rätt) begränsade statsmakten och enskilda statsmedlemmar berättigade subjekter.

Den första af dessa två afseenden är den som rör den korporativa enheten af personer. I afseende på denna enhet är det enda berättigade subjektet i afseende på de skyldigheter som äro förknäpade med dess existens. Detta är en följd af det faktum att denna enhet är en juridisk person i sig själf och att den därför har rätt att äga och förvalta egendom. Detta är också den enda enheten som har rätt att ingå kontrakt och att vara ansvarig för de skyldigheter som följande af sådana kontrakt. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en förening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en kyrka och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en akademisk eller vetenskaplig förening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en professionell förening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en politisk parti och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en fackförening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en idrottsförening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en kultur- eller vetenskapssällskap och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en akademisk eller vetenskaplig förening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en professionell förening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en politisk parti och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en fackförening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en idrottsförening och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap. Detta är också den enda enheten som har rätt att vara medlem i en kultur- eller vetenskapssällskap och att ha rätt att utöfa de skyldigheter som följande af sådana medlemskap.

GÖTEBORGS UNIVERSITETS BIBLIOTEK



1001910784

Ågerström

Den öfversta räkningen 1792-1797