



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ellika Sevelin

Rättsförhållandens och sakförhållandens ontologi

Examensarbete
30 högskolepoäng

David Reidhav

Allmän rättslära

VT 10

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Definitioner	6
1.3.1 Definition av sak- och rättsfrågor	6
1.3.2 Definitioner i övrigt – särskilt om översättningar	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	8
2 METOD OCH MATERIAL	10
3 AVSTAMP: LINDELLS SYN PÅ SAKFRÅGOR OCH RÄTTSFRÅGOR	12
3.1 Inledning	12
3.2 Definitioner av sak- och rättsfrågor	12
3.3 Sanningsvärden hos sak- och rättsfrågor	14
3.4 Slutledningar vid rättsfrågor	15
3.5 Gränsdragningen mellan sakförhållanden och rättsförhållanden	15
4 SAKFRÅGOR OCH RÄTTSFRÅGOR I SVENSK RÄTT	18
4.1 Inledning	18
4.2 Kravet på dom	18
4.3 Fri bevisprövning, omedelbarhetsprincipen och jura novit curia	19
4.4 Övriga processrättsliga effekter	19
4.5 Gränsdragningen i svenska rättsfall	20
4.5.1 NJA 1999 s 554	20
4.5.2 RÅ 1993 ref 17	20

5	RÄTTS- OCH SAKFRÅGOR I ETT TEORETISKT PERSPEKTIV	22
5.1	Sakfrågor och rättsfrågor är ontologiskt åtskilda	22
5.2	Det finns ingen skillnad mellan rättsfrågor och sakfrågor	22
5.2.1	Såväl rättsförhållanden som sakförhållanden utgör fakta	22
5.2.2	Varken rättsförhållanden eller sakförhållanden utgör fakta	24
5.2.3	Det finns en gradskillnad mellan rättsfrågor och sakfrågor	24
6	PROCESSRÄTTSLIGT MOTIVERADE FRAMSTÄLLNINGAR OM SAKFRÅGOR OCH RÄTTSFRÅGOR	27
6.1	Thayer	27
6.2	Morris	28
6.3	Endicott	29
6.4	Mureinik	30
7	INSTITUTIONELL RÄTTSLÄRA	31
7.1	Bakgrund	31
7.2	Råa fakta och institutionella fakta	31
7.2.1	Råa fakta	32
7.2.2	Institutionella fakta	32
7.2.3	Sociala fakta	34
7.3	Rätten som ett institutionellt faktum	35
7.4	Epistemologi	36
8	DISKUSSION AV DEN EXISTERANDE TEORIBILDNINGEN	38
8.1	Kort om definitioner	38
8.2	En kritisk läsning av Lindell	39
8.2.1	Sakfrågors och rättsfrågors ontologi hos Lindell	39
8.2.2	Gränsdragningsproblematiken	41
8.3	Gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor i processrättsligt motiverad teori	41
8.4	Gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor i rättsfilosofiskt motiverad teori	43
8.4.1	Det existerar ingen skillnad mellan sakfrågor och rättsfrågor	44
8.4.2	Skillnaden mellan rättsfrågor och sakfrågor är enbart en gradskillnad	45
8.5	Sambandet mellan det teoretiska och det praktiska perspektivet på gränsdragningen	45

9	KRAV OCH FÖRVÄNTNINGAR PÅ EN NY TEORI	47
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	51

Summary

This essay concerns the ontology of law and fact and how to distinguish between them. The question is of big importance in civil as well as common law. Definition and distinguishing has caused problems for both the practical law and the jurisprudence.

I have critical reviewed literature on jurisprudence and procedural law. As to the jurisprudential I've found three different main positions; that law and fact are different, that law and fact are the same and that the differences of law and fact is a question of degree. To establish a difference between law and fact the fact has been considered to have a truth-value whereas the law lacks that. I will argue that this position is wrong and unfortunate. Those who consider law and fact to be the same will consider both or neither to be fact. I don't mind viewing both law and fact as fact, but I have problems accepting this as meaning that there can't be any other difference between the two. The position of neither being fact I consider wrong. Concerning those theories which view the difference as one of degree I have yet to find a sufficient analysis of what that would consist of. I reckon every distinction derived from the legal consequences of the definition to be a circular argument.

Finally, I account for the theory of institutional and brute fact by John Searle and the institutional theory of law by MacCormick and Weinberger and find those to be helpful for a better understanding between the distinction of fact and law in future jurisprudence.

Sammanfattning

Uppsatsen rör frågan om rätts- och sakförhållandens ontologi och gränsdragningen mellan dessa. Frågan är av stor vikt för rättstillämpningen i såväl skandinavisk och kontinentaleuropeisk som anglosaxisk rätt. Definition och gränsdragning har vållat problem för både det praktiska rättslivet och den teoretiska förståelsen.

Jag har behandlat litteratur baserad på rättsfilosofiskt och processrättsligt motiverade undersökningar och granskat dessa kritiskt. I de rättsfilosofiskt motiverade undersökningarna har jag hittat tre olika huvudståndpunkter; rätts- och sakförhållanden är i grunden skilda, rätts- och sakförhållanden är i grunden detsamma samt mellan rätts- och sakförhållanden föreligger en gradskillnad. För att kunna etablera en skillnad i grunden har författarna utgått från att sakförhållanden men inte rättsförhållanden kan ha ett sanningsvärde. Jag argumenterar för att detta är en felaktig och olycklig ståndpunkt. De som menar att rätts- och sakförhållanden är i grunden lika gör detta antingen utifrån att båda eller inga utgör fakta. I det första fallet har jag svårt att se varför detta skulle hindra någon annan skillnad från att föreligga mellan de två. Ståndpunkten att varken rätts- eller sakförhållanden är fakta menar jag också är felaktig. För inga av de teorier som gör gällande att en gradskillnad existerar har jag funnit en tillfredsställande analys av vad denna utgörs av. Jag menar att en åtskillnad grundad på definitionernas rättsliga konsekvenser leder till cirkelbevis.

Slutligen redogör jag för Searles teori om institutionella och råa fakta samt MacCormick och Weinbergers institutionella rättslära och menar att dessa kan vara till hjälp för att bättre förstå skillnaden mellan rättsförhållanden och sakförhållanden.

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
GFAL	Lag (1927:77) om försäkringsavtal
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
KR	Kammarrätten
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SkV	Skatteverket

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Åtskillnaden av rätts- och sakfrågor har relevans för de flesta rättssystem, om än på olika sätt. I common law länderna avgör distinktionen om en specifik fråga skall avgöras av jury eller juristdomare. I Tyskland och många andra europeiska länder kan enbart rättsfrågor prövas av högsta instans. I svensk rätt får begreppen betydelse bland annat vid fastställandet för den fria bevisprövningens gränser.

Mig veterligen finns det inte i något rättssystem en i lag uttryckt definition; varken av hur skiljelinjen mellan de två begreppen rätts- och sakfrågor skall dras eller av begreppens ontologi.

Ett sätt att hantera detta är att tillämpa ett kasuistiskt förfarande och definiera olika frågor som rätts- eller sakfrågor i takt med att de dyker upp. Ur praxis kommer då förhoppningsvis ett system att konstrueras efterhand. Ett dylikt angreppssätt har två problem; det blir starkt godtyckligt och skapar en rättsosäkerhet gällande nya områden. Uppdelningen mellan sak- och rättsfrågor kan vara avgörande för utgången av tvisten. Ett alternativt sätt att förhålla sig pragmatisk till frågan är att låta uppdelningen bestå i hur man besvarar frågan; huruvida prövning bör ske genom rättslig argumentation eller bevisvärdering. Jag tror att försöken att definiera skillnaden mellan rätts- och sakfrågor genom att på liknande sätt referera till dess användning tenderar att leda till cirkelbevis.

Begreppen definieras i de allra flesta fall med utgångspunkt i dess rättsliga konsekvenser. Frågan om rättsfrågors och sakfrågors ontologi och skiljelinjen dem emellan är dock inte på något sett okontroversiell, och den har diskuterats av rättsvetare åtminstone sedan slutet av 1800-talet.¹

Frågan har behandlats utifrån framförallt två olika perspektiv; den rättsfilosofiskt motiverade undersökningen samt den processrättsligt motiverade undersökningen. I Sverige har frågan senast behandlats i en avhandling av Bengt Lindell från 1987.² Flera lösningar på problemen har presenterats och det är fullt befogat att ifrågasätta behovet av att avhandla ämnet än en gång. Jag menar att ett sådant behov definitivt föreligger. Samtliga teorier som hittills framlagts är, som kommer att visas i uppsatsen, mer eller mindre problematiska. För det första är de processrättsligt motiverade teorierna klart överrepresenterade. Dessa framställningar har ofta ett begränsat värde för förståelsen av den rättsfilosofiska aspekten av frågorna. De rättsfilosofiskt motiverade uppsatserna å andra sidan tenderar att antingen hävda att någon distinktion mellan sak- och rättsfrågor inte kan

¹ Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, s 62 ff.

² Lindell, aa.

upprätthållas på principiell nivå eller, för att lyckats upprätthålla just en sådan distinktion, slå ett antal kullerbyttor och fastna i en del olyckliga följdslut.

Samtidigt har sedan dess diskussionen inleddes en ny teori vuxit fram för förståelsen av juridiska fakta; Searles teori om institutionella och råa fakta,³ eller i MacCormicks och Weinbergers version, den institutionella rättsläran.⁴ Teorin berörs i senare framställningar om sak- och rättsfrågors natur men avfärdas i de flesta fall lättvindigt. Detta är, anser jag, olyckligt. En sammansmältning av de två olika områdena skulle kunna visa sig fruktbar.

Det är självklart möjligt att rätts- och sakförhållandens funktion inom ett regelsystem innehåller undantag jämfört med gränsdragningens ontologi. Sådana undantag medför i sig inget problem. Det kommer ändå vara viktigt att känna till ontologin eftersom undantagen utgår ifrån den.

Studiet av rättförhållanden och sakförhållanden kan ha olika motiv. Processrätten och rättsfilosofin har olika intresseområden som spelar in då de tar sig an gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor. Då man studerar teorierna är det viktigt att komma ihåg att det är två olika frågor vad rättsförhållanden och sakförhållanden *är* och om det går att skilja dem åt i praktiken.

1.2 Syfte och frågeställningar

I denna uppsats ämnar jag, med utgångspunkt i Lindells avhandling, behandla frågan om hur en distinktion mellan sak och rättsfrågor skall förstås. Min uppsats är rättsfilosofiskt motiverad men kommer även att vidröra processrättsliga spörsmål.

Arbetet kan summeras i följande frågeställningar:

- Hur ser diskussionen på området ut, hur väl står sig den teoribildning som finns?
- Hur relaterar den existerande teoribildningen till den institutionella rättsläran?

För att besvara den första delfrågan kommer jag referera, systematisera samt diskutera tidigare arbeten kring gränsdragningen mellan sakfrågor och rättsfrågor. Detta kommer vara tyngdpunkten för uppsatsen.

Jag har själv funderat över vilken betydelse den institutionella rättsläran har för gränsdragningen. Att utarbeta en teori för hur detta skulle kunna se ut vore dock ett arbete som vida skulle överstiga omfattningen för ett

³ Searle, konstruktionen av den sociala verkligheten.

⁴ MacCormick, Weinberger, An institutional theory of law.

examensarbete. Istället har jag valt att titta på teorin och relatera den till refererade arbeten.

1.3 Definitioner

1.3.1 Definition av sak- och rättsfrågor

Syftet med min uppsats är att diskutera rättsfrågor och sakfrågors ontologi. Innan jag går in på detta vill jag dock uppmärksamma läsaren på ett inneboende problem. För att belysa begreppens ontologi har jag valt att använda mig av vad jag uppfattar som rådande uppfattning bland jurister i allmänhet. Att finna en fullständig definition av sakfrågor och rättsfrågor skulle föregripa hela detta arbete och mer därtill.

Begreppet ontologi används ibland i teorirelativ betydelse, i föreliggande uppsats kommer jag dock använda ordet åsyftandets någots verkliga natur, vad rättsfrågor och sakfrågor egentligen är.

Det går inte att förhålla sig öppen inför andras argument då man tillämpar en definition som låser en vid en viss förståelse av begreppen. För framställningen kan jag inte ens förutsätta att rättsfrågor och sakfrågor existerar som åtskilda ontologiska begrepp, något som kommer att spegla hur jag förhåller mig till definitionen i uppsatsen. Den definition jag använder är inte en slutgiltig sådan som alla teorier kommer prövas mot. Tvärtom, den definition jag använder mig av speglar den gängse användningen av begreppen och denna definition skall prövas mot de teorier som jag nedan kommer att fördjupa mig i.

Rättsfrågor och sakfrågor har legalt behandlats som skilda begrepp under drygt hundra år, alldeles oavsett att någon klar definition inte har formulerats. Ur användningen av begreppen går det ändå att finna en allmän uppfattning.

Definitionen utgår från en rättslig slutledning, som normalt har formen av modus ponens.

P1: $P \rightarrow Q$

P2: P

S: Q

I denna utgör P1 rättsförhållande och P2 sakförhållande. S utgör även det ett rättsförhållande och kommer av P1 och P2. För att ytterligare klargöra för läsaren skall detta belysas med exempel.

P1: Den som tillfogar en annan person kroppsskada skall dömas för misshandel

P2: Stina har tillfogat Lisa kroppsskada
S: Stina skall dömas för misshandel

Det vi talar om som rättsförhållanden i exemplet är alltså satserna ”den som tillfogar en annan person kroppsskada skall dömas för misshandel” samt ”Stina skall dömas för misshandel”. Satsen ”Stina har tillfogat Lisa kroppsskada” talar vi om som ett sakförhållande.

Jag kommer i uppsatsen använda begreppen rättsförhållanden och sakförhållanden parallellt med rättsfrågor och sakfrågor. Rättsförhållanden skall då förstås som det som svarar på en rättsfråga och sakförhållanden som det som korresponderar med en sakfråga. Om vi omformulerar påståendena i exemplet till frågor blir ”skall den som tillfogat annan kroppsskada dömas för misshandel?” samt ”skall Stina dömas för misshandel?” rättsfrågor och ”har Stina tillfogat Lisa kroppsskada” blir en sakfråga.

Hur subsumtionen i sig skall kategoriseras är oklart. Vissa menar att detta skall hänföras till rättsförhållanden, andra att det är för just subsumtionen som problem med kategoriseringen uppstår.

I den engelska litteratur jag har tagit del av finns ett flertal begrepp med anknytning till sak- och rättsfrågor. Jag har valt att översätta såväl ’questions of law’ som ’matter of law’ med ’rättsfråga’ och ’question of fact’ och ’matter of fact’ som ’sakfråga’. De engelska begreppen ’law’ och ’fact’ har jag översatt med ’rättsförhållanden’ respektive ’sakförhållanden’.

Det engelska begreppet ’issue’ har jag översatt som ’saken’. Jag vill dock påpeka att det inte finns något samband mellan begreppet ’saken’ och begreppet ’sakförhållanden’.

1.3.2 Definitioner i övrigt – särskilt om översättningar

Jag har genomgående valt att översätta de engelska begrepp som förekommer i den litteratur jag refererar. I de fall ett givet svenskt begrepp saknas eller begreppet varit centralt för argumentet har jag därtill skrivit ut det engelska originalbegreppet. I vissa fall har jag valt samma svenska översättning till olika engelska begrepp, detta skall inte tolkas som om begreppen är synonyma på engelska.

MacCormick och Weinberger kallar sin teori för ”an institutional theory of law” vilket jag har valt att översätta som ”den institutionella rättsläran”. Searles teori har jag valt att referera som ”den institutionella teorin”, valet har inte gjorts med avsikt att beskriva teorin på ett rättvist sätt utan endast för att göra det enklare för mig att referera till den i uppsatsen. Begreppet ”den institutionella teorin” refererar ibland till de två teorierna gemensamt.

1.4 Avgränsningar

I bästa fall skulle den institutionella teorin kunna användas för att bygga upp en enhetlig teori kring distinktionen mellan sak- och rättsfrågor. Detta skulle dock medföra ett arbete som vida överstiger omfattningen av denna uppsats.

Många av de artiklar jag har använt som källor fokuserar på frågan huruvida ett visst rättsligt spørsmål är att betrakta som sak- eller rättsförhållanden. Sådana utredningar är självklart av intresse och kan fördjupa förståelsen av sak- och rättsförhållandens natur. Då syftet med föreliggande uppsats inte är att ge förslag på en täckande teori kring rätts- och sakförhållanden kommer jag dock inte fördjupa mig i eller ta ställning till några specifika kategoriseringar. I den mån de kommer att behandlas är detta med syfte att belysa någon teori kring sak- och rättsförhållandens natur.

Jag kommer i uppsatsen behandla Searles och MacCormick-Weinbergers teorier som konsensus.⁵ I själva verket finns det en rad invändningar mot dessa. För föreliggande uppsats räkning kommer jag ändå förutsätta att det existerar raa fakta samt institutionella fakta samt att dessa är väsensskilda. I vissa fall föreligger skillnader mellan Searles och MacCormick-Weinbergers förståelse av institutionella fakta. Dessa kommer att uppmärksammas i den mån de har relevans för framställningen. Jag kommer inte i dessa fall att ta ställning mellan de olika teorierna. Då jag upplever det som nödvändigt kommer jag pröva mina slutsatser mot båda versionerna.

En mycket relevant fråga för gränsdragningen mellan rättsförhållanden och sakförhållanden är hur man skall förstå språket; refererar det verkligheten eller har det en annan mer social funktion? Jag anser att denna fråga vore av intresse för framtida studier. Jag kommer inte heller fördjupa mig i teorier om kunskap eller sanning och vad som talar för endera av dem, även om de kommer att beröras kort i uppsatsen.

1.5 Disposition

Min uppsats tar sin utgångspunkt i Lindell, då han är mycket central för diskussionen om sak- och rättsfrågor i Sverige. Jag kommer att ge relativt stort utrymme för de teorier som han presenterar i avhandlingen 'Sakfrågor och rättsfrågor'. Utöver att det är nästintill nödvändigt att förhålla sig till Lindell vid en studie av dessa frågor i Sverige, hoppas jag att kapitlet skall ge en god första bekantskap med problematiken och de frågor som är förknippade med denna.

Att frågan om distinktionen mellan rättsfrågor och sakfrågor har ett intresse som ligger bortom det rent teoretiska hoppas jag kunna visa i kapitel 4, om distinktionens verkningar inom svensk rätt. Förhoppningsvis kan

⁵ Searle, konstruktionen av den sociala verkligheten, MacCormick, Weinberger, An institutional theory of law.

framställningen i denna del även fungera som referenspunkt till den anglosaxiska litteratur där konsekvenserna är andra och i mycket hänförligt till juryförfarandet. Jag kommer i detta kapitel vidare att ge exempel på olika rättsföljder som är beroende av distinktionen samt illustrera med tre rättsfall. Framställningen är på intet sätt heltäckande utan skall snarare ge en bild av vilken typ av konsekvenser som gränsdragningen ger upphov till. Jag har valt rättsfallen därför att de visar på tre helt olika, men intressanta, aspekter med anknytning till rättsfrågor och sakfrågor. Det första rättsfallet exemplifierar vilken betydelse åtskillnaden kan ha i svensk rätt. Ett exempel på hur termerna kan återkomma i rättslig argumentation syns i det andra fallet. Det tredje berör vissa problem hos rättsförhållanden samt får illustrera att begreppens användning inte alltid är helt självklar i det praktiska rättslivet.

I kapitel 5 och 6 kommer jag att redogöra för teoribildningen kring rätts- och sakfrågor. Jag har valt att dela upp dessa på så sätt att litteraturen med rättsfilosofiskt motiv refereras i kapitel 5 och den med processrättsligt motiv i kapitel 6, detta därför att jag menar att artiklarnas ursprung föranleder olika förhållningssätt till olika områden. De rättsfilosofiskt motiverade artiklarna är systematiserade utifrån sin syn på rätts- och sakförhållanden medan en sådan uppdelning inte riktigt låter sig göras med de processrättsligt motiverade.

Kapitel 7 är ägnat åt den institutionella rättsläran och har ambitionen att ge en enkel presentation av denna, främst för läsare som inte är bekanta med teorin sedan tidigare. Kapitlet bör kunna fungera som en bakgrund till den följande diskussionen.

Avslutningsvis följer mina diskussioner. I kapitel 8 fokuserar jag på den första frågeställningen och granskar kritiskt de olika teorier för rätts- och sakförhållanden som presenterats. Den andra frågeställningen kommer också in här då jag relaterar litteraturen till denna. Kapitel 9 berör endast den andra frågeställningen och tittar försiktigt framåt mot kommande teorier.

2 Metod och material

För den första frågeställningen, hur teoribildningen på området ser ut, har jag utgått från litteratur som berör gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor. Jag har utgått från ett antal artiklar samt från Lindells avhandling. För att utöka källorna har jag därefter letat nya källor bland den tillgängliga litteraturens referenser. Jag har även gjort en kompletterande sökning på J-Store på artiklar med orden ”law” och ”fact” i titeln publicerade i juridiska eller filosofiska tidskrifter.

Jag har refererat såväl rättsfilosofisk som processrättsligt motiverad litteratur, detta trots att min undersökning är rättsfilosofiskt motiverad. I de fall där det varit svårt att avgöra om en viss framställning skall klassas som rättsfilosofiskt eller processrättsligt motiverad har det centrala för mig varit huruvida förståelsen av sak- och rättsförhållandens natur, bortom praktiken, varit avgörande. Det har däremot inte varit avgörande för uppdelningen inom vilket ämnesområde författaren verkar.

Vid läsningen av de processrättsligt motiverade artiklarna har jag försökt hitta de rättsfilosofiska ståndpunkter som ligger bakom de processrättsliga argumenten. Jag har plockat fram och analyserat dessa. Det finns två problem med ett dylikt tillvägagångssätt. Argument för ståndpunkterna saknas i princip alltid då de förutsätts av författaren. Därtill har författaren själv inte alltid riktat sin uppmärksamhet mot de teorier han bygger på och därför inte förhållit sig kritisk till dessa. Jag har utgått från dessa två omständigheter vid analysen av denna litteratur.

Läsningen av de rättsfilosofiskt motiverade artiklarna har varit enklare. Jag har här plockat ut ståndpunkter samt de argument som presenteras för dessa samt kritiskt granskat ståndpunkterna. Jag har också förhållit mig till de konsekvenser som ståndpunkterna ger upphov till.

Det mesta av det material jag har tittat på kommer från andra rättsordningar än den svenska. Inom det rättsfilosofiskt motiverade materialet torde detta sakna betydelse. För det processrättsligt motiverade materialet kan detta dock inte nonchaleras. I dessa fall är det tydligt att de bakomliggande teorierna i många fall är kopplade till det rättsliga system inom vilket de har uppkommit. Det kan därför inte förutsättas att en processrättsligt motiverad teorin är applicerbar på andra rättssystem. Även en slutsats att ett visst material skulle visa sig icke applicerbart på svenska förhållanden kan vara av vikt för diskussionen.

Ett problem för mitt arbete är att jag i mycket liten mån kommer kommentera den, enligt Lindell digra, tyska teoribildning som finns på området.⁶ Detta på grund av mina egna språkliga begränsningar och det

⁶

Lindell, aa, s 364.

faktum att mycket lite finns översatt till eller publicerat på engelska. Jag har här valt att redovisa viss teori med Lindell som källa.

Framställningen om den institutionella rättsläran grundar sig uteslutande på de versioner som presenterats av Searle samt av MacCormick och Weinberger. Detta trots att andra tolkningar finns att finna. Jag har gjort bedömningen att ovan nämnda hör till de mest centrala.

Jag har valt ut några rättsfall för att illustrera synen på rättsfrågor och sakfrågor i den svenska praktiken. Det är dock inte frågan om någon heltäckande undersökning och det är fullt möjligt att det finns andra rättsfall som bättre illustrerar frågan. När jag har behandlat rättsfallen har mitt syfte varit att redogöra för den syn på gränsdragningen som domarna ger uttryck för, inte att själv applicera några teorier på materialet. Detta har dock inte helt låtit sig göras då domskälen är mycket fåordiga kring de avvägningar som gjorts. I de flesta fall konstateras bara slutsatsen.

3 Avstamp: Lindells syn på sakfrågor och rättsfrågor

3.1 Inledning

1987 utkom professor Bengt Lindells avhandling med titeln ”Sakfrågor och rättsfrågor”.⁷ Framställningen är den senaste och mest omfattande som skrivits i ämnet i Sverige. Då frågan förs på tal är det till detta verk som svenska jurister refererar. På sätt och vis är detta lite märkligt, Lindell menar själv att ”denna framställning [...] ur mer allmän synpunkt behandlar bevisvärdering och rättstillämpning och således inte i huvudsak gränsdragningsfrågor [...]”.⁸

Med hänsyn till den centrala roll som Lindells verk spelar i svensk rätt har jag till stor del utgått från det i min uppsats. Jag menar att det är viktigt att förhålla sig till Lindells teorier inte minst för att försvara att en vidare teoribildning på området behövs i Sverige.

3.2 Definitioner av sak- och rättsfrågor

Lindell börjar med att definierar sakfrågor som de frågor som avgörs genom fri bevisprövning. Frågan om beviskrav är, menar Lindell, en rättsfråga som ligger i sakfrågan. Endast i vissa fall går frågan om beviskrav att bryta ut från sakfrågan genom avgörande på förhand. I övriga fall får beviskravet ändå betraktas som en sakfråga, oskiljbar som den är, från denna. Skälet till att Lindell kommer fram till denna slutsats ligger i det faktum att rätten normalt inte skiljer ut fastställandet av beviskrav samt bevisvärderingen i domskälen, snarare brukar formuleringar som ”det har inte visats att” användas. Det är oklart om Lindell menar att denna sammanblandning av sak- och rättsfrågor endast föreligger i det konkreta fallet eller om hopblandningen är följden av någon sorts nödvändighet.⁹

Ett alternativ till bevisprövningsdefinitionen vore att istället definiera sakfrågor som fastställande av fakta. Lindell har dock problem med denna definition då han menar att fakta ibland kan fastställas av rättsregler. Som exempel anför han presumtioner i lag eller fallet då svarande i dispositivt mål medgett en sakomständighet. I dessa fall rör det sig enligt Lindell inte längre om sakfrågor utan om rättsfrågor (pågrund av att föreliggande fakta fastställs av rättsregler).¹⁰

⁷ Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor.

⁸ Lindell, aa, s 22.

⁹ Lindell, aa, s 19.

¹⁰ Lindell, aa, s 21. Ett dylikt ställningstagande torde innebära att några sakfrågor öht inte existerar i länder med formell eller legal bevisprövning.

Skall man dra en ”generell skiljelinje mellan sak- och rättsfråga bör beaktas *hur* fakta fastställs, men sakna betydelse *av vilket slag* det fastställda faktumet är; materiellt eller processuellt”¹¹. Den definition som Lindell använder sig av för sakfrågor är därför ”fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisprövning”¹².

För rättsfrågor ger Lindell oss exempel på vad begreppet omfattar: subsumtion, ”införandet av en beskrivning av ett händelseförlopp under en rättsats”,¹³ och därutöver även ”frågan *vilka* fakta som i ett händelseförlopp skall läggas till grund för domen och således ingå i subsumtionen”.¹⁴ Rättsföljd samt val av metod hör också till rättsfrågan.¹⁵

Ett område där skiljelinjen mellan sak- och rättsfrågor är svår att dra gäller regleringar av bevisfrågor. Likväl är frågan om viss bevisning skall avvisas därför att den anses irrelevant, en rättsfråga i Lindells mening, precis som andra frågor som rör bevisprövningen så som RB 35:14 och 38:5.¹⁶ Lindell argumenterar inte för varför de exempel han tar upp skall förstås som rättsfrågor, vi får utgå ifrån att han anser det vara givet. Han anger dock att bevisvärderingsfrågor får anses övergå till att vara rättsfrågor då de regleras legalt. Något som skall illustreras av det faktum att frågor rörande senast nämnda lagrum är rättsfrågor, inte tvärt om.

Ett annat område som enligt Lindell vållar problem vid kategoriseringen är effekten av den tilltalades passivitet i brottmål.¹⁷ Då passivitet regleras i förarbetena till rättegångsbalken menar Lindell att frågan måste anses vara en rättsfråga.¹⁸

”När vi har att göra med vaga begrepp, som inte kan reduceras till konkreta termer, blir det också svårt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Som en följd härav blir det också svårt att skilja mellan bevis- och rättsfaktum. Om t ex ett vittne säger att någon ’spelat väldigt högt’, är detta i så fall ett bevisfaktum för att personen varit ’störande’, eller är det ett rättsfaktum som konstituerar rekvisitet ’störande’?”¹⁹ Problemet i det här fallet är enligt Lindell att vi inte kan upprätthålla en logisk-begreppslig åtskillnad mellan subsumtionen och fastställandet av fakta.²⁰ Ett alternativ till detta tillvägagångssätt är det relativistiska, där ”störande” anses vara ett rättsförhållande om det uttalas av en omdömesgill person som kan sägas representera vad förnuftiga människor i allmänhet anser. Lindell är mycket

11 Lindell, aa, s 22.

12 Lindell, aa, s 22.

13 Lindell, aa, s 24.

14 Lindell aa, s 24.

15 Lindell, aa, s 25.

16 Lindell, aa, s 125f.

17 Lindell, aa, s 128.

18 Lindell, aa, s 128 f.

19 Lindell, aa, s 195.

20 Se nedan.

tvexsam till denna metod då han menar att den omvandlar rättsfrågor till sakfrågor.²¹

Lindell tycks använda en positiv definition för sakförhållanden, hänförlig till dess rättsliga konsekvenser, samt en negativ definition för rättsförhållanden. Att den definition som Lindell förespråkar hänvisar till just det rättsliga konsekvenserna tyder på att Lindell, om han ens anser det finnas en ontologisk skillnad, menar att denna är underordnad den praktiska.

Ur Lindells kategoriseringar av vissa specifika frågor kan vi dra vissa ytterligare slutsatser kring hans förståelse av rättsfrågor och sakfrågors natur. Lindell verkar mena att lagstiftaren endast kan göra uttalanden om rättsförhållanden.

Det faktum att rättsförhållanden och sakförhållanden är i grunden olika vållar problem för Lindell. Hur skall ett faktum kunna subsumeras under ett begrepp? Enligt Lindell är detta inte görbart. Lösningen ligger i att faktumet får ”*tänkas såsom ett begrepp*”.²²

3.3 Sanningsvärden hos sak- och rättsfrågor

En av de viktigaste grunderna i Lindells teori är hans sätt att förstå rätts- och sakfrågor. Enligt Lindell är det enbart de senare som kan utgöra fakta och som därför kan vara sanna eller falska. Rättsregler, menar Lindell, är en form av värderingar och de kan därför inte anses ha något sanningsvärde.²³ Denna syn på rättsregler torde vara hämtad från den så kallade Uppsalaskolan som hade stort inflytande på den svenska rättsvetenskapen under 1900-talet.²⁴

En utsaga är antingen sann eller falsk, men för att den skall kunna ha ett sanningsvärde måste den vara antingen analytisk eller beskrivande.²⁵ Fakta är det som avgör om utsagor är sanna eller falska.²⁶

Någon entydig uppdelning mellan fakta och värderingar tror dock inte Lindell är möjlig. Istället ansluter han sig till Rydings gradering med nivåerna rena sakord, sakord med känslomässig överbyggnad, i lika mån känslomässig som sakligt refererande, känslomässiga men med överbyggnad av sakföreställningar, rent känslomässiga. En distinktion

²¹ Lindell, aa, s 196.

²² Lindell, aa, s 368.

²³ Lindell, aa 39 ff, Lindell s 172 ff.

²⁴ Dahlman, rätt och rättfärdigande, s 61 f.

²⁵ Lindell, aa, s 173.

²⁶ Lindell, aa, 174.

mellan fakta och värderingar kan inte upprätthållas generellt då den skulle kräva en skiljelinje någonstans utmed linjen.²⁷

3.4 Slutledningar vid rättsfrågor

Lindell kallar den slutledning som domare använder sig av för praktisk men hävdar att denna inte är bindande. Han ger ett exempel på hur slutledningen kan se ut, som han hämtat från Strömberg:

”Den som är vårdslös skall ersätta skadan
A har varit vårdslös
Alltså skall A ersätta skadan.”²⁸

Att Lindell inte anser slutledningen vara bindande kan tyckas en aning förvirrande; den utgör ett giltigt deduktivt argument. Lindells invändning verkar dock bygga på argumentets sundhet; han förnekar att det är bindande därför att det innehåller en rättsregel och sådana kan inte ha ett sanningsvärde. Vidare finner Lindell problem med att ens låta undersatsen ha ett sanningsvärde då den innehåller rättsliga begrepp såsom vårdslöshet.²⁹

3.5 Gränsdragningen mellan sakförhållanden och rättsförhållanden

Gränsdragningen bör enligt Lindell göras med utgångspunkt i det logisk begreppsliga kriteriet.

Det logiskt begreppsliga kriteriet har sitt ursprung i tysk rätt och är en metod för att fastställa gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga.³⁰ Tanken bakom den logiskt begreppsliga metoden är att skillnaden mellan subsumtion (som här skall förstås som rättsförhållanden) och fakta (här använt endast i betydelsen sakförhållanden) upprätthålls med hjälp av exakta definitioner. Metoden kräver alltså ett objektiva språk.³¹

Modellen förekommer i en rad olika versioner. Olika anhängare väljer att skilja mellan antingen värdering av fakta och fastställande av fakta eller rättslig värdering av fakta och fastställande av fakta. I båda fallen anses möjligheten till distinktion mellan de två vara en förutsättning för att kunna upprätthålla en distinktion mellan rättsfrågor och sakfrågor. För företrädarna av den första varianten innebär detta problem, då det inte går att alls uttala sig om fakta utan att samtidigt värdera den.³²

²⁷ Lindell, aa, s 178f.

²⁸ Lindell, aa, s 367.

²⁹ Lindell, aa, s 364 ff.

³⁰ Lindell, aa, s 372.

³¹ Lindell, aa, 48f.

³² Lindell, aa, s 372.

Den andra varianten ”skiljer mellan subsumtion under naturliga begrepp och rättsbegrepp. Subsumtion under naturliga begrepp räknas till sakfrågan medan subsumtion under rättsbegrepp räknas till rättsfrågan. [...] Alla rekvisit är att betrakta som rättsbegrepp även om de är naturliga.”³³

En invändning mot den logisk begreppsliga metoden är att naturliga begrepp i rekvisit är identiska med de naturliga begreppen utanför och att subsumtionen därför inte kan åtskiljas.³⁴ Försvararna har hävdat att ett naturligt begrepp i en rättsregel inte måste ha samma innehåll som det har i normalt språkbruk. Dessa kan åtskiljas bland annat på grund av regelns syfte. Domaren måste därför, i varje fall, fastställa hur det rättsliga begreppet förhåller sig till det naturliga och en åtskillnad kan på så sätt upprätthållas.³⁵

Distinktionen kan enligt Lindell upprätthållas även i de fall då lagregel saknas och denna måste skapas av domaren, förutsatt att domaren skiljer mellan processen att skapa regeln och att sedan subsumera under den.³⁶

Det finns ytterligare en förutsättning för att kunna upprätthålla distinktionen mellan fastställande av fakta och rättslig värdering härav, som företräds av åtminstone vissa av förespråkarna för den logisk begreppsliga metoden; det rättsliga begreppet behöver kunna preciseras i tydliga sakförhållanden. Då detta inte låter sig göras, vid vaga rättsbegrepp såsom ’störande’ går det inte att skilja mellan rätts- och sakförhållanden. För att problemen med vaga begrepp inte skall uppkomma krävs att vi har tillgång till ett objektivet språk.³⁷

Lindell invänder mot det logiska begreppsliga kriteriet att exakta ord är svåra att finna. ”[...] Alla begrepp är mer eller mindre vaga,” påpekar han,³⁸ och menar att detta fortsätter att vara ett problem även om kraven på exakthet ställs lägre i rättsliga än i vetenskapliga sammanhang.³⁹ Trots denna invändning ställer sig Lindell bakom det logiskt-begreppsliga kriteriet.⁴⁰

Som en motpol till förespråkarna för det logiskt-begreppsliga kriteriet ställer Lindell dem som förnekar att en gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor är möjligt – de som avvisar det logiskt-begreppsliga kriteriet. Lindell beskriver dessas ståndpunkt på följande sätt:

”Skälet till deras inställning är följande. Vår perception, tolkning och beskrivning är inte passivt-receptiv utan normativ. När domaren väljer ut och beskriver fakta i ett händelseförlopp som relevanta resp irrelevanta sker

³³ Lindell, aa, s 372 f.

³⁴ Lindell, aa, s 373.

³⁵ Lindell, aa, s 374.

³⁶ Lindell, aa, s 375.

³⁷ Lindell, aa, s 376 f.

³⁸ Lindell, aa, s 378.

³⁹ Lindell, aa, s 379.

⁴⁰ Lindell, aa, s 381.

ett urval bestämt utifrån rättsliga utgångspunkter. Dessutom bearbetas sinnesintrycken och beskrivs händelser mot bakgrund av rättsliga utgångspunkter. På detta vis blir, menar de, sak- och rättsfråga ouplösligt förenade i varandra.”⁴¹

Lindell pekar också ut två pragmatiska angreppssätt, den teleologiska metoden samt prestationsteorin som alternativ till det logiskt-begreppsliga kriteriet.⁴²

⁴¹ Lindell, aa, 379.

⁴² Lindell, aa, s 379 f.

4 Sakfrågor och rättsfrågor i svensk rätt

4.1 Inledning

Som nämnts ovan får gränsdragningen mellan sak- och rättsfrågor olika effekter i olika rättsordningar, av det enkla faktum att skillnaden har olika rättslig betydelse. Det är rimligt att tänka sig att denna skillnad får inverkan på hur gränsdragningen görs och hur begreppen definieras inom de olika systemen. I Common law länderna, och framför allt i USA, prövas sakfrågor av jury och rättsfrågor av domare,⁴³ i bland annat Tyskland är det bara rättsfrågor som prövas av högsta instans⁴⁴. Vilka effekter har innehållet i begreppen rättsfrågor och sakfrågor i Sverige?

Frågan är relevant därför att den motiverar varför frågan om gränsdragningen mellan sak- och rättsfrågor är av stor juridisk vikt utöver att det är teoretiskt spännande. Det finns få juridiska discipliner, om ens någon, där frågan saknar vikt.

4.2 Kravet på dom

En av de kanske viktigaste skillnaderna mellan rättsfrågor och sakfrågor i svensk rätt är det faktum att domstolen måste komma till beslut i det tidigare men ej senare fallet. Det är inte tillåtet för domstolen att i en rättsfråga, exempelvis om någon skall dömas för dråp, nöja sig med att tillräckligt med fakta för att fatta beslut saknas och lämna målet därhän tills vidare.⁴⁵ Gällande sakförhållanden däremot är det fullt legitimt att rätten finner att en viss omständighet inte bevisats. I dessa fall träder regler om bevisbörda in och den som bär bevisbördan får stå risken då sakförhållandet inte visats.⁴⁶

⁴³ Bogdan, komparativ rättskunskap, s 137.

⁴⁴ Bogdan, aa, s 166.

⁴⁵ Lindell, aa, s 100. Påpekas kan dock att det har gått till just så tidigare i svensk historia, då det vanliga förfarandet vid brottmål i Sverige var att den tilltalade antingen dömdes eller att målet lämnades öppet för eventuell framtida prövning. Se exempelvis Lindell, aa, s 83. Detta kan jämföras med dagens resningsförfarande.

⁴⁶ Ekelöf, Rättegång IV, s 55 ff.

4.3 Fri bevisprövning, omedelbarhetsprincipen och jura novit curia

Den fria bevisprövningen är en av grunderna i den svenska processrätten, och fastslås i RB 35:1. Normen gäller enbart för fastställande av sakförhållanden. Lindell tolkar detta så vidsträckt att han menar att då regler uppkommer för bevisprövning så upphör ämnet i fråga att vara sakfråga och blir istället till rättsfråga.⁴⁷

Till bevisprövningen hör också omedelbarhetsprincipen som stadgar att rätten enbart får döma över det som framkommit i målet. Det som part har missat att åberopa eller bevisa får ej tas upp, även om domaren av någon anledning skulle vara bekant med det. Även denna princip är endast tillämplig på sakförhållanden⁴⁸

För att ges sin innebörd bör principerna läsas mot principen om jura novit curia.⁴⁹ Effekten inom det svenska rättssystemet blir den att för sakfrågor rätten bara får döma över det som framkommit i målet. Bara sådana fakta som bevisats i målet får hållas för sanna. Bevisningen i sig är fri. För rättsfrågor å andra sidan krävs varken åberopande eller bevisning, tolkningen av rättsförhållanden är dock inte fri. Sammantaget ger detta stora skillnader i domstolens tillvägagångssätt beroende på om ett visst förfarande bedöms vara hänförligt till en sakfråga eller en rättsfråga.

4.4 Övriga processrättsliga effekter

Huruvida en viss fråga är att bedöma som en rättsfråga eller sakfråga får konsekvenser för en rad andra områden. Vid tillämpning av omröstningsregeln för tvistemål, RB 16:2 st 2 p 3, skall sak- och rättsfråga ej separeras till olika omröstningar.⁵⁰ Fastställsetalan godkänns för rättsfrågor men inte för sakfrågor.⁵¹ Processer enligt utsökningsbalken och handräckningslagen kan i vissa fall ej genomföras då sakfrågan är oklar, medan dylik oklarhet i rättsfrågan ej påverkar förfarandet.⁵² I rättegångsbalken sorteras de olika frågorna in under olika lagrum då parterna är ense i dispositiva mål, sakfrågor behandlas som erkännande och rättsfrågor som medgivande.⁵³ Även resningsinstitutet behandlar sak- och rättsfrågor olika.⁵⁴

⁴⁷ Lindell, aa, s 52, RB 35:1.

⁴⁸ RB 35:2, 43:7.

⁴⁹ RB 35:2.

⁵⁰ Lindell, aa, s 51.

⁵¹ Lindell, aa, s 51, RB 13:2.

⁵² Lindell, aa, s 52, UB 4:20, HL 8§ 2 st.

⁵³ Lindell, aa, s 52, RB 35:3, 42:18.

⁵⁴ Lindell, aa, s 53, RB 58 kap 1-2 §§.

4.5 Gränsdragningen i svenska rättsfall

4.5.1 NJA 1999 s 554

NJA 1999 s 554 berör frågan om muntlig förhandling i hovrätten (HovR) i en tvist gällande bevakning vid konkurs. Fråga gällde om en borgenär hade fordran att bevaka i försäkringsbolags konkurs antingen därför att försäkringsbolaget ingått borgensåtagande gentemot banken eller, om avtalet var att se som kreditförsäkring, på grund av skadeståndsrätt i enlighet med GFAL.⁵⁵

Banken förlorade målet i tingsrätten och överklagade till HovR, samt begärde att nya vittnesmål skulle hållas. Begäran bestreds av konkursförvaltaren vars bestridande vann framgång i HovR. Banken överklagade HovR:s beslut att ej hålla muntlig förhandling.⁵⁶

HD förklarade att ett viktigt skäl till att HovR normalt sett inte håller muntlig förhandling beror på att de tvistiga frågorna i överklagade mål oftare är rättsfrågor än sakfrågor. Gränsdragningen mellan dessa två får här alltså betydelse för om muntlig förhandling i målet blir aktuellt. HD är tydlig med att detta mål gällde så väl sakfrågor som rättsfrågor dock utan att anföra argument eller exempel som talar härför. I målet fann HD att banken kunde ha haft rätt till muntlig förhandling enligt EKMR. Även i detta fall var rättigheten avhängig att även sakfrågor var tvistiga. Bankens överklagan föll på att banken implicit ansågs ha av sagt sig rätten till muntlig förhandling.⁵⁷

4.5.2 RÅ 1993 ref 17

Målet rör ett bolag som ändrat sitt räkenskapsår. Fråga om de som en följd därav kunnat tillämpa ett taxeringsår förlängt till 18 månader under övergången. Ändringen av räkenskapsåret hade godkänts av stämman före ingången i det förlängda räkenskapsåret men registrerats först därefter. Bolaget vann målet i RegR och krävde ersättning för sina rättegångskostnader, begäran avslogs. Dahlman var skiljaktig avseende rättegångskostnaderna. Han menade att rättsfrågorna i målet varit av sådan avancerad art att det var befogat att ersätta bolaget. Det framkommer inte av hans uttalande om svårastställda sakfrågor skulle ha föranlett samma rätt enligt hans bedömning.⁵⁸

4.5.3 RÅ 2006 ref 25

Skattemyndigheten yrkade eftertaxering av ett bolag sedan RegR i ett rättsfall efter den ordinarie taxeringen klarlagt att rättsförhållandet var ett

⁵⁵ NJA 1999 s 544, s 544 ff

⁵⁶ NJA 1999 s 544, s 549 ff

⁵⁷ NJA 1999 s 554, s 553 ff

⁵⁸ RÅ 1993 ref 17

annat än det som skattemyndigheten tidigare utgått från i praxis. Skattemyndigheten i domen uttalar att: ”Den ingående mervärdesskatt som nu är aktuell har inte varit avdragsgill vid 1996 års taxering och bolaget har därför lämnat en objektivt sett oriktig uppgift när det yrkat avdrag för beloppet i sin deklaration. Den omständigheten att bolaget vid tidpunkten för deklarationens upprättande kan ha haft anledning att tro att avdraget var riktigt ger inte anledning till någon annan bedömning. Det finns således förutsättningar för eftertaxering.”⁵⁹

Bolaget menar att en uppgift inte kan gå från att vara riktig till att vara oriktig flera år efter det att den uppgivits i taxeringen, genom senare tillkomna händelser. LR menade att RegR:s dom inte ändrat rättsförhållandet utan enbart klarlagt det. De påpekade även att bolaget inte redovisat berörda avdrag i deklaration. Sammantaget med övriga omständigheter i målet fann LR att eftertaxering skulle ske.

Det mest intressanta i målet är KR:s dom. ”Kammarrätten finner inte att det som har kommit fram i målet utgör skäl för någon annan bedömning än den som länsrätten har gjort i själva sakfrågan. – När det gäller yrkandena om ersättning för kostnader hos skattemyndigheten och i länsrätten och kammarrätten anser emellertid kammarrätten att målet avser en rättsfråga som är av betydelse för rättstillämpningen. Bolaget bör därför tillerkännas ersättning för kostnader. – Kammarrätten avslår överklagandet i sakfrågan.”⁶⁰ KR:s uttalande är mycket underligt, den verkar i sista meningen blanda ihop sakfråga och saken eller den materiella frågan. Jag vill inte överdriva betydelsen av ett slarvigt uttalande från KR men anser att det till viss del kan få illustrera att begreppen rättsfråga och sakfråga kanske inte är så självklara hos praktiserande jurister som vissa vill göra gällande.

⁵⁹

RÅ 2006 ref 25

⁶⁰

RÅ 2006 ref 25

5 Rätts- och sakfrågor i ett teoretiskt perspektiv⁶¹

5.1 Sakfrågor och rättsfrågor är ontologiskt åtskilda

Lindells teori bygger på att sakförhållanden utgörs av fakta som har ett sanningsvärde medan rättsförhållanden egentligen består av värderingar som inte kan vara sanna eller falska. Se ovan.

5.2 Det finns ingen skillnad mellan rättsfrågor och sakfrågor

5.2.1 Såväl rättsförhållanden som sakförhållanden utgör fakta

Allen och Pardo definierar tre olika sätt på vilka sak- och rättsförhållanden kan distingeras, det epistemologiska, det ontologiska samt det analytiska. De går sedan systematiskt igenom de tre och undersöker i vilken mån något av dessa lyckas med uppgiften.⁶²

Allen och Pardo motsätter sig inte möjligheten att göra en pragmatisk åtskillnad mellan sakförhållanden och rättsförhållanden, däremot motsätter de sig att denna skulle kunna vara teoretiskt grundad.

Till skillnad från exempelvis Lindell menar Allen och Pardo att ”law exists in the world and that it may be described by propositions with truth value”.⁶³ Åtskillnaden mellan sak- och rättsförhållanden kan inte vara ontologiskt grundad, ty även om rättsförhållanden i och för sig inte alltid är sanna eller falska, då det ibland föreligger ett tredje alternativ, framförallt på grund av bevisningen, och vi förhåller oss neutrala till dem, kan ovanstående inte urskilja rättsförhållanden från sakförhållanden då det samma gäller för den senare kategorin.⁶⁴ ”All facts in the law is implicit norm determination and in that sense legal.”⁶⁵

⁶¹ Samtliga teorier jag har tittat på är rättspositivistiska och emotsätter sig därför existensen av naturrätten.

⁶² Allen, Pardo, fact in law and facts of law, s 155 f. Senare delen av essän The myths of fact and law har i princip samma innehåll med undantag för den språkliga framställningen.

⁶³ Allen, Pardo, aa, s 158.

⁶⁴ Allen, Pardo, aa, s 160 f.

⁶⁵ Allen, Pardo, aa, s 166.

Skillnaden mellan rättsförhållanden och sakförhållanden kan heller inte vara epistemologisk. Allen och Pardo ifrågasätter att domare skulle besitta någon typ av direkt kunskap om rättsförhållanden. Kunskap om rättsförhållanden, menar de, nås på liknande indirekta sätt som sakförhållanden, i rättsliga sammanhang via bevisning. Allen och Pardo menar alltså att kunskap om rättsförhållanden även de nås via bevisning.⁶⁶

Att det ens skulle vara möjligt att tala om en analytisk skillnad mellan rätts- och sakförhållanden tycks Allen och Pardo förneka, om än inte uttryckligen. De ifrågasätter vad en sådan distinktion skulle bestå i om det vore något annat än ontologi eller epistemologi. När de så behandlar en rad rättsvetare som lagt fram teorier där distinktionen ges epitetet analytisk tycks Allen och Pardo i samtliga fall finna att distinktionen i själva verket kan anföras till något annat.⁶⁷

Parets slutsats är att skillnaden mellan sak- och rättsförhållanden som egentligen är uteslutande pragmatisk någonstans har övergått till att förutsättas vara något mer, och forskare har börjat leta efter en skillnad mellan begreppen som ligger utanför deras praktiska användning. Ett sådant forskningsarbete är dock fruktlöst, både sak- och rättsförhållanden utgörs av fakta och någon skillnad dem emellan kan inte upprätthållas på något meningsfullt sätt utanför det pragmatiska.⁶⁸

Freidman och Lawson menar båda att såväl sak- som rättsförhållanden utgör fakta. Deras argumentation för detta skiljer sig från Allen och Pardos.

Freidman lånar definition av sakförhållanden från Lawson, ”a reality that exists independently of its acknowledgment by the conscious mind of a perceiver,”⁶⁹ men erkänner också att definitionen inte förmår skilja ut sakförhållanden från rättsförhållanden.⁷⁰

Lawson menar att rättsförhållanden i allra högsta grad är en form av fakta och att kunskap om rättsförhållanden nås på i princip samma sätt som kunskap om sakförhållanden. Han ifrågasätter på denna grund den uppdelning mellan rätts- och sakförhållanden som görs gällande i de flesta rättssystem.⁷¹ Han påpekar att detta innebär att det finns sanna påståenden om vad som är lag, inte att lagen i sig är mer eller mindre sann. ”Whatever one's metaphysical theory of law may be, any positive propositions derived from that theory are, from an epistemological standpoint, claims of fact.”⁷²

Friedman instämmer till viss del i Lawsons slutsats men ifrågasätter dess relevans. Även om rättsförhållanden (law) är en sorts sakförhållanden (fact)

⁶⁶ Allen, Pardo, aa, s, 162 f.

⁶⁷ Allen, Pardo, aa, s 163 ff.

⁶⁸ Allen, Pardo, aa, s 170 f.

⁶⁹ Friedman, Standards of persuasion and the distinction between fact and law, s 917.

⁷⁰ Friedman, aa, s 917.

⁷¹ Lawson, proving the law, s 861 ff.

⁷² Lawson, aa, s 863.

så menar han att det är en sorts sakförhållanden som är lätt att skilja ut. Han menar också att det finns aspekter av rätten som inte kan beskrivas som sakförhållanden och som Lawson alltså missar. Enligt Friedman är det bara deskriptiva rättsliga utsagor som kan beskrivas så som Lawson gör. Problemet är att alla rättsliga utsagor inte är deskriptiva. Många är antingen preskriptiva eller någon form av blandning däremellan. Som koncept är ändå sakfrågor och rättsfrågor distinkta.⁷³

Då gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor diskuteras ignoreras ofta det faktum att sakfrågor oftast inte kan fastställas med säkerhet. Såväl rättsfrågor som sakfrågor handskas snarare med möjliga sanningar än faktiska.⁷⁴

5.2.2 Varken rättsförhållanden eller sakförhållanden utgör fakta

Morawski förnekar att en klar distinktion mellan sak- och rättsförhållanden kan upprätthållas. Ståndpunkten grundar han på ett förnekande av att så kallade råa fakta existerar.⁷⁵ Enligt Morawski sållas alla sakförhållanden i ett rättsligt sammanhang utifrån den rättsliga kontexten vilket gör att det inte är meningsfullt att tala om råa fakta. Vi kan inte förstå våra observationer frånkopplat vår teoretiska förförståelse och det är meningslöst att tala om en vittnesutsaga som ett sakförhållande då alla vittnesutsagor yttras i en juridisk kontext.⁷⁶ Rättsordningen saknar lämpliga metoder att handskas med blandade fall, vars existens i sig är ett problem för gränsdragningen, utan faller tillbaka på praktiska metoder.⁷⁷

5.2.3 Det finns en gradskillnad mellan rättsfrågor och sakfrågor

Monaghan vänder sig emot dem som menar att problemet med gränsdragningen mellan sakfrågor och rättsfrågor kommer av att distinktionen är i grunden felaktig och att någon sådan skillnad över huvudtaget inte existerar. Han ger dock förespråkarna för denna inriktning rätt i den meningen att rättsfrågor och sakfrågor inte har ett binärt förhållande utan snarare befinner sig i varsin ände av en skala.⁷⁸

Monaghan menar att många av de problem som idag hänförs till gränsdragningen mellan rätts- och sakförhållanden egentligen beror på att praktiska lösningar tolkats utifrån en distinktion som de varken uppkommit

⁷³ Friedman, aa, s 917f.

⁷⁴ Friedman, aa, s 918 f.

⁷⁵ Mer om råa fakta nedan.

⁷⁶ Morawski, Law, fact and legal language, s 461 ff.

⁷⁷ Morawski, aa, s 471 f.

⁷⁸ Monaghan, constitutional fact review, s 233.

utifrån eller passar in under. Som ett första steg mot förståelse föreslår Monaghan att vi försöker hålla isär problemen. ”These distortions are wholly unnecessary if we separate the allocative uses from the analytic content of these categories”,⁷⁹

“The important point about law is that it yields a proposition that is general in character. Fact identification, by contrast, is a case-specific inquiry into what happened here. It is designed to yield only assertions that can be made without significantly implicating the governing legal principles.”⁸⁰

Även Zuckerman ifrågasätter möjligheten till en meningsfull gränsdragning mellan sak- och rättsförhållanden. Han instämmer i att skillnaden mellan rättsförhållanden och sakförhållanden bara är en gradskillnad.⁸¹

”The law determines which types of facts give rise to rights and duties; the facts of the individual case are not themselves created by the law, but exist in the world that lies beyond the law.”⁸² Till skillnad från de flesta andra menar Zuckerman att distinktionen mellan sak- och rättsförhållanden är relativt klar teoretiskt och att det är i den praktiska tillämpningen som gränsdragningsproblemen börjar. Rättsförhållanden behandlas återkommande som sakförhållanden. Han menar vidare att analysen bör ta sin utgångspunkt i problematiseringen av sakförhållanden snarare än i problematiseringen av rättsförhållanden.⁸³ Zuckerman problematiserar uppdelningen mellan bevisfakta och slutgiltiga fakta (ultimate facts). Han ifrågasätter vad hos det slutgiltiga faktumets natur som gör det till mer fakta än bevisfakta. De fakta som anses vara bevisfakta är inget annat än de som pekats ut som sådana av det rättsliga systemet.⁸⁴ Skillnaden mellan rätts- och sakförhållanden försvåras även av att processen för att fastställa sakförhållanden är full av såväl moraliska som rättsliga överväganden.⁸⁵

Cooks menar också att skillnaden mellan rätts- och sakförhållanden är en gradskillnad, men han gör det från en delvis annan utgångspunkt än Zuckerman. Cooks analys av problemet med gränsdragningen mellan rätts- och sakförhållanden är epistemologisk. Han menar att vi inte kan ha sann kunskap om varken rätts- eller sakförhållanden samt att distinktionen däremellan härrör från vår beskrivning av verkligheten snarare än från verkligheten i sig.⁸⁶

Han granskar två av de förutsättningar som ofta görs gällande fakta; att fakta existerar samt att de språkligt kan beskrivas i sin sanna natur. Cook konstaterar som en följd av detta att “all those who make such statements

⁷⁹ Monaghan, aa, s 235.

⁸⁰ Monaghan, aa, s 235.

⁸¹ Zuckerman, aa, s 492.

⁸² Zuckerman, Law, fact or justice?, s 48.

⁸³ Zuckerman, aa, s 489. Anmärkas kan att Lindell, åtminstone definitionsmässigt gör precis det som Zuckerman efterfrågar.

⁸⁴ Zuckerman, aa, s 490 f.

⁸⁵ Zuckerman, aa, s 591.

⁸⁶ Cook, ‘facts’ and ‘statements of fact’, s 237 ff.

are assuming [...] that there is an external world of 'fact', and that we must take due account of these external 'facts' if we wish to continue to exist and be more or less comfortable”⁸⁷ I likhet med Searle menar Cook att det är denna yttre omvärld till vilken fakta är hänförlig som medför att fakta existerar oberoende av oss människor.⁸⁸

Cooks invändningar mot den gängse synen på fakta hänför sig till idén att fakta inte bara har en objektiv existens, utan att vi också kan yttra oss objektivt om fakta. Så fort vi gör ett uttalande om verkligheten, menar Cook, har vi selektivt valt ut en del av verkligheten om vilken vi uttalar oss. Vi har därtill klassificerat verkligheten för att kunna passa in den i vårt språk. Dessa processer är beroende av våra tidigare erfarenheter.⁸⁹

Många av de tekniska juridiska termerna, exempelvis ”laga fång” har, enligt Cook, såväl en sakliga som en rättslig sida. Det är väldigt svårt att dra en gräns för hur stor den faktiska kopplingen skall vara för att vi skall kunna kategorisera frågan som saklig. Historiskt sett har praxis snarare än teoretiska överväganden avgjort var gränsen skall dras någonstans.⁹⁰

Skillnaden mellan rätts- och sakförhållanden utmålar Cook som nämnts som en gradskillnad, och han menar att den hänför sig till vad den mänskliga betraktaren lägger in i observationen snarare än till objektets ontologi.⁹¹ En skillnad mellan rätts- och sakförhållanden kan inte upprätthållas på teoretisk grund, menar Cook. Det krävs vägledning för att kategorierna skall kunna vara användbara. Hur denna vägledning skall se ut diskuterar inte Cook, och det är inte otroligt att han håller det för egalt.⁹²

87 Cook, aa, s 237.

88 Cook, aa, s 237

89 Cook, aa, s 238 f.

90 Cook, aa, s 243 f.

91 Cook, aa, s 244.

92 Cook, aa, s 246.

6 Processrättsligt motiverade framställningar om sakfrågor och rättsfrågor

En vanlig förståelse av distinktionen mellan rätts- och sakförhållanden är den som i sin helhet hänför sig till distinktionens konsekvenser. Ett dylikt upplägg förespråkas exempelvis av Fox. "That part of the case which is left to the jury is fact, as it seems to me because it is left to the jury; and that part which is decided by the judge is law because he chooses to decide it and to decide it in such a way that it shall be used as a precedent for future cases."⁹³ I detta ligger också, menar han, att svaret på en rättsfråga därefter är bindande, till skillnad från en gång besvarad sakfråga.⁹⁴

Mureinik påpekar att ett argument som hävdar att någonting är en sakfråga därför att den skall behandlas av juryn ofta resulterar i ett cirkelargument då det å andra sidan är just därför att någonting är en sakfråga som det skall prövas av juryn.⁹⁵

Tanken att skillnaden mellan sakfråga och rättsfråga består i att den första kan bedömas även av en lekman medan den senare kräver rättslig kompetens för att bedömas, är ingenting annat än en variant av den ovan nämnda distinktionen och Mureiniks invändning är giltig även här.⁹⁶

Frågan hur en viss fråga skall kategoriseras kan i sig anses vara en rättsfråga, och en starkt artificiell sådan.⁹⁷

6.1 Thayer

Thayer har skrivit en av de kanske mest klassiska artiklarna på området och det stora flertalet som följer därefter hänvisar till honom. Artikeln "law and fact" in jury trials handlar framför allt om juryinsitutet men innehåller också definitioner av begreppen sakfrågor och rättsfrågor.

Thayer gör skillnad mellan sakfrågor i allmänhet och slutgiltiga sakfrågor (questions of ultimate fact) i synnerhet. Han menar att det endast är med de senare som juryn befattar sig med.⁹⁸

⁹³ Fox, Law and fact, s 551.

⁹⁴ Fox, aa, s 551 f.

⁹⁵ Mureinik, the application of rules: law or fact?, s 589. För liknande argument hänförda till andra instanser i andra rättsordningar, men till konsekvenserna av att någonting är ett sakförhållande är samma invändning giltig.

⁹⁶ Se exempelvis Wilson, a Note on Fact and Law, s 612.

⁹⁷ Isaac, the law and the facts, s 12.

⁹⁸ Thayer, "law and fact" in jury trials, s 149.

För Thayer är frågan om något är ett faktum likställd med frågan om samma sak är sann. En sakfråga är därför detsamma som frågan om ett visst påstående är sant. Han menar dock att ifrågavarande definition är allt för vid. En lyckad definition måste uppfylla två ytterligare saker. Den måste kunna avgränsa sakfrågan till vad som är 'saken' (issue) i målet. "Moreover, the kind of fact that we call 'law' is discriminated, and set apart under its own name."⁹⁹ Thayer definierar sakfråga såväl positivt som negativt. Positivt bygger den på definitionen av fakta, negativt till den del den utgår från definitionen av rättsförhållanden. Definitionerna kompletterar varandra.

Om rättsförhållanden säger Thayer "unless there be a question as to a rule or standard which it is the duty of a judicial tribunal to apply, there is no question of law" Thayer medger själv att den definition av rättsförhållanden han ger inte är tillräcklig, men han fastslår att den är nödvändig. Någon vidare definition av rättsförhållanden erbjuder han inte.¹⁰⁰

Slutligen menar Thayer att metodfrågor (question of method, of procedure) faller utanför distinktionen mellan sak och rättsfrågor.¹⁰¹ "[...] there are rules and laws of procedure, and while, of course, these are to be ascertained by the judges, they are not what is meant [...] when we contrast the law and fact that are blended in the issue."¹⁰² Även bevisfrågor (matter of evidence) skiljer han från såväl sakfrågor som rättsfrågor.¹⁰³

6.2 Morris

"The distinction between them is vitally practical. A question of fact calls for proof. A question of law usually calls for argument."¹⁰⁴ Morris menar att rättsfrågor och sakfrågor existerar som två kvalitativt skilda fenomen samt att det går att skilja dem från varandra.¹⁰⁵ Precis som Endicott senare menar Morris att problem uppstår vid tillämpningen av rättsförhållanden på sakförhållanden. Problemet ligger närmare bestämt i vad själva tillämpningen skall förstås som.¹⁰⁶

I vissa fall krävs ett fastställande av en viss händelse, exempelvis om adekvat kausalitet förelåg mellan handling och skada, innan lagen kan appliceras. Trots detta är frågan om adekvat kausalitet en rättsfråga och inte en sakfråga, då den tillför något mer än sakomständigheterna som sådana.¹⁰⁷

⁹⁹ Thayer, aa, s 152.

¹⁰⁰ Thayer, aa, 153.

¹⁰¹ Thayer, aa, s 153.

¹⁰² Thayer, aa, s 159.

¹⁰³ Thayer, aa, s 156. Jämför med Lindell som i princip använder begreppen sakfrågor och bevisfrågor synonymt; Lindell, aa, s 15.

¹⁰⁴ Morris, law and fact, s 1304.

¹⁰⁵ Morris, aa, s 1306.

¹⁰⁶ Morris, aa, s 1314.

¹⁰⁷ Morris, aa, s 1329.

Kring andra begrepp kan hänförandet till antingen sakförhållanden eller rättsförhållanden bli mer problematiskt då samma mening semantiskt kan avse såväl det förra som det senare. Påståendet ”Pelle bedrev lotteriverksamhet” utgör sakförhållanden då det som avses är ”Pelle bedrev det som av de flesta människor kallas lotteriverksamhet” men rättsförhållanden om det som avses är ”Pelle bedrev det som i laglig mening är att förstå som lotteriverksamhet”.¹⁰⁸

6.3 Endicott¹⁰⁹

Endicotts utgångspunkt ligger i en kritik mot den strömning som vill undvika frågeställningen ”what questions *are* questions of law” till förmån för frågan ”what questions would be *useful to treat* as questions of law”. Hans eget alternativ skall enligt Endicott grundas på analys snarare än på pragmatism.¹¹⁰ En analytisk metod har fördelen gentemot en praktisk att den förmår peka ut motsättningar som det pragmatiska angreppssättet leder fram till. Vidare kan den analytiska metoden förse domaren med domskäl, inte bara domslut.¹¹¹

Endicott delar upp problemet med gränsdragning mellan sak- och rättsförhållanden i tre grupper: sakfrågor (Vad hände den 8 mars? Vad gjorde Pelle?), rättsfrågor (Vilka är rekvisiten i stöldparagrafen?), samt slutligen applikationsfrågan¹¹² (Hade Pelle uppsåt att tillägna sig?). Av dessa riktar Endicott in sig på den sistnämnda då han menar att det är här gränsdragningsproblemen uppstår.¹¹³

Efter att ha avhandlat en rad olika metoder som föreslagits för en analytisk sortering fastnar Endicott för vad han kallar för ”reasonableness test”, och tillskriver testets konsekvens vinsten. Testet går ut på att klara applikationsfrågor behandlas som rättsfrågor medan oklara skall behandlas som sakfrågor. Endicott utvecklar regeln: “When should a question of application be treated as a question of law? When doing so will give effect to the court’s view of what the law requires. That is, when the court decides that the law requires an answer to the question of application.”¹¹⁴

En av de stora förtjänsterna hos Endicott är att han påtalar att en fråga inte nödvändigtvis måste hänföras antingen till kategorin sakfrågor eller

¹⁰⁸ Morris, aa, s 1330, Morris exempel.

¹⁰⁹ Endicott själv skulle inte vilja hänföras till den pragmatiska skolan. Hans starkaste argument mot detta är förmodligen en rädsla för godtycke. Allen och Pardo har kommenterat Endicott i artikeln fact of law, fact in law och där ifrågasatt vad en analytisk angreppspunkt egentligen är om den varken är ontologisk eller epistemologisk. Jag ansluter mig till deras analys och behandlar därför Endicott i denna del.

¹¹⁰ Endicott, Questions of law, s1.

¹¹¹ Endicott, aa, 16.

¹¹² Endicott använder begreppet ”question of application”. Jämför med Lindells subsumtionsproblem.

¹¹³ Endicott, aa, s 1. Mina exempel.

¹¹⁴ Endicott, aa, s 23.

rättsfrågor. Ett möjligt alternativ är att tänka sig att frågan har två delar, en rättslig och en saklig.

6.4 Mureinik

Mureinik utreder i sin artikel om tillämpningsfrågan (question of application) är en rätts- eller sakfråga. Mureinik menar att det finns en tydlig, distinkt skiljelinje mellan rättsfrågor och sakfrågor.¹¹⁵ Utmärkande för rättsförhållanden är följande: Det kan alltid omformuleras som en regel¹¹⁶ och det nås genom rättslig argumentation.¹¹⁷ Rättsförhållanden skiljer sig vidare från sakförhållanden därigenom att det förstnämnda utgör en värdering emedan den senare utgör fakta.¹¹⁸ En egenskap som ofta tilldelas rättsfrågor men som Mureinik menar är felaktig är att rättsfrågor måste vara generella.¹¹⁹ Problemet med att tilldela rättsfrågor en sådan egenskap till skillnad från sakfrågor är att det gör skillnaden mellan de två kvantitativ snarare än kvalitativ.¹²⁰ Sakförhållanden, till skillnad från rättsförhållanden har den egenskapen att de ”add details to the picture that were not there before I drew them. Description or subsumtion is quite different. It adds nothing to what we know; only a new way of looking at it.”¹²¹

¹¹⁵ Mureinik, the application of rules: law or fact?, s 592.

¹¹⁶ Mureinik, aa, s 599.

¹¹⁷ Mureinik, aa, s 601.

¹¹⁸ Mureinik, aa, s 600. Mureinik säger inte rakt ut att rättsförhållanden är en värdering och att sakförhållanden är fakta, det är min tolkning av Mureiniks uttalande: ”the true distinction between law and fact is that the one is a question of value judgment and the other a question of perceptive or factual inferential judgment.”

¹¹⁹ Mureinik, aa, s 597.

¹²⁰ Mureinik, aa, s 599.

¹²¹ Mureinik, aa, s 610.

7 Institutionell rättslära

7.1 Bakgrund

Den institutionella rättsläran (an institutional theory of law) som jag använder mig av grundades av MacCormick och Weinberger.¹²² Deras teori grundar sig i sin tur på Searles institutionella teori¹²³, men skiljer sig från denna på vissa punkter. Jag kommer behandla även Searles teori i detta kapitel trots att han själv inte använder sig av begreppet institutionell rättslära.

Searles teori tillkom som ett sätt att förhålla sig till vissa typer av fakta, däribland rättsförhållanden. Dessa hade under lång tid varit problematiska. I Sverige hade den sk Uppsalaskolan stort genomslag under tidigt nittonhundretal. Denna menade bland annat att rättsregler utgjorde värderingar och att sådana inte kan ha ett sanningsvärde.¹²⁴ Tanken att värderingar saknar sanningsvärde kommer ur värdenihilismen.¹²⁵ Detta är inte någon problematisk ståndpunkt i sig. Problemen uppstår när vi inte alls kan uttala oss med sanningsvärde om dessa värden. Det är till exempel inte vidare problematiskt att hävda att satsen ”det är fel att döda” saknar sanningsvärde i sig. Men om vi extraherar den slutsatsen till att även omfatta satsen ”det är fel att döda enligt svensk lag” så hopar sig problemen. Helt krasst, om uttalanden om vad som gäller enligt ett visst lagsystem saknar sanningsvärde, kommer det bli väldigt svårt att upprätthålla ett sådant lagsystem. Det Searle försökt göra genom att införa begreppen råa och institutionella fakta var att ge oss ett verktyg för att kunna tala om värderingar på ett meningsfullt sätt.¹²⁶

7.2 Råa fakta och institutionella fakta

Searle delar upp fakta i de som existerar oberoende av oss människor, råa fakta, och de som existerar inom ett, av människan skapat, system; institutionella fakta.¹²⁷

¹²² MacCormick, Weinberger, an institutional theory of law, s 6. De använder begreppet Institutional theory of law som jag har valt att översätta med institutionell rättslära.

¹²³ Brute facts and institutional facts på engelska, jag använder de begrepp som förekommer i Ahlins översättning av Searle, the construction of social reality.

¹²⁴ Dahlman, rätt och rättfärdigande, s 61. Den teori som Lindell framlägger kring rättsfrågor får sägas vara ett utslag här av.

¹²⁵ Dahlman, aa s 60 f.

¹²⁶ Searle, konstruktionen av den sociala verkligheten. Begreppen råa och institutionella fakta kommer ursprungligen från Anscombe.

¹²⁷ Searle, aa, s 15 f.

7.2.1 Råa fakta

Råa fakta är de fakta som existerar oavsett människorna, de mänskliga systemen eller betraktaren. Exempel på råa fakta är att vatten kokar vid en viss temperatur, att det är fullt av snö här när jag skriver detta och att mitt skrivbord är fyrkantigt och brunt.¹²⁸ Egenskaper hos råa fakta är inte beroende av om någon iakttar, beskriver eller uppmärksammar dem. De finns där ändå, ursprungligt hos objektet.¹²⁹

Det är viktigt att skilja påståenden om råa fakta från råa fakta i sig självt. Påståenden är alltid i viss mån institutionella fakta därför att språk är institutionella fakta. Skulle vi dock inte göra något påstående om ett rått faktum skulle det råa faktumet ändå existerat. Ja, det skulle rentav fortsätta existera även om det inte fanns någon som skulle kunna göra ett påstående om det, även om det inte fanns någon som kunde erfara det.¹³⁰

Råa fakta är en logisk förutsättning för institutionella fakta varför inte alla fakta kan vara institutionella fakta.¹³¹ Råa fakta måste å andra sidan inte vara fysiska objekt.¹³²

7.2.2 Institutionella fakta

Institutionella fakta hänförs till mänskliga system. De upphör i samma stund som det system de hänförs till upphör, men det innebär inte att de saknar sanningshalt inom systemet.¹³³ Institutionella fakta är inte subjektiva. Bara för att jag personligen slutar värdera pengar kommer inte en hundralapp upphöra att vara värd hundra kronor.¹³⁴ MacCormick beskriver institutionella fakta på följande vis: "It is a fact of the kind which results from the interpretation of human acts and other physical and psychological events in the light of a set of operative human rules and customs".¹³⁵

Institutionella fakta måste iaktas för att vara institutionella fakta. Det innebär att pengar enbart är pengar om det finns några som anser att de är det. Detta tvång hänför sig dock till kategorin pengar, inte till de enskilda objekten. En sedel kan vara pengar utan att någon är medveten om att den specifika sedeln är det.¹³⁶

¹²⁸ Searle, aa, s 15.

¹²⁹ Weinberger, fact and fact-description, s 80 f.

¹³⁰ Searle, aa, s 16.

¹³¹ Searle, aa, s 70.

¹³² Searle, aa, s 48.

¹³³ MacCormick, Weinberger, An institutional theory of law, s 9 f.

¹³⁴ Searle, aa, s 15.

¹³⁵ MacCormick, on analytical jurisprudence, s 99.

¹³⁶ Searle, aa, s 45 f.

Språk är en förutsättning för institutionella fakta, om vi förstår språk som förmågan att representera något annat. Searle kategoriserar i denna mening även stenar som representerar poäng i ett spel som språk. Språket i sig behöver dock inte ytterligare språk för att kunna existera. För att undvika oändlig regress säger Searle att det är tillräckligt för språket att det redan är språk.¹³⁷

De institutionella strukturerna upprätthålls av människor även i situationer då de inte gynnas, eller direkt missgynnas av dem.¹³⁸

Kunskap om institutionella fakta kan inte härledas ur enbart fysiska eller behaviouristiska beskrivningar av verkligheten; något ytterligare måste till. En förståelse av institutionella fakta förutsätter en förståelse av koncept som intentioner.¹³⁹

Searle skiljer mellan två typer av regler: regulativa och konstitutiva. De regulativa reglerna reglerar redan existerande fenomen som att ”det är fel att döda”. De konstitutiva reglerna skapar nya fakta, exempelvis skapar reglerna i schack schack och reglerna i äktenskapsbalken äktenskap.¹⁴⁰ Den konstitutiva regelns form är: X räknas som Y i C. Där X-termen betecknar ett föremål, Y-termen något mer än det föremålets fysiska drag och C representerar en viss kontext. ”Y-termen måste tilldela en ny *status*, som föremålet inte redan har enbart i kraft av att det satisfierar X-termen.”¹⁴¹

MacCormick och Weinberger motsätter sig uppdelningen i regulativa och konstitutiva institutionella fakta. De menar att även det som Searle kategoriserar som konstitutiva regler har regulativa drag. Som exempel härpå anför de att när en pjäs definieras som en schackbonde tillkommer samtidigt regulativa fakta kring hur en bonde får röra sig på brädet.¹⁴²

Institutionella fakta kan indelas i fyra olika huvudgrupper. Den symboliska kategorin har syftet att tilldela mening. Hit hör framförallt olika former av språk. Den andra kategorin, den deontiska, skapar rättigheter och skyldigheter. Hit hör rättssystemet. Hedersbetygelsen främjar statusen för dess egen skull snarare än för de konsekvenser den medför. Hit hör exempelvis hedersnämningar eller tävlingsvinster. Slutligen finns det en procedurkategori som möjliggör ett steg mot makt och ära. Exempel är avlagda röster i ett val eller vunna poäng i ett parti kort.¹⁴³

¹³⁷ Searle, aa, s 73 ff.

¹³⁸ Searle, aa, s106.

¹³⁹ Weinberger, beyond positivism and natural law, s 113.

¹⁴⁰ Searle, aa, s 42.

¹⁴¹ Searle, aa, s 58.

¹⁴² MacCormick, Weinberger, aa, s 23 f.

¹⁴³ Searle, aa, s 113 ff.

Kring ett och samma föremål kan såväl råa som institutionella fakta förekomma. Föremåls funktion, exempelvis, hänför sig till institutionella fakta. Detta är fallet även då funktionen kan tyckas vara oberoende av oss människor, så som att hjärtats funktion är att pumpa blod. När vi tillskriver ett föremål en funktion menar Searle att vi även tillför det ett värde, varför funktioner alltid är institutionella fakta. Att kunna upptäcka funktionen att pumpa blod hos ett hjärta förutsätter att vi redan tillskrivit liv ett värde.¹⁴⁴ För att föremål skall kunna ha funktioner måste de vara delar av ett system. Searle illustrerar detta med att människor enbart kan sägas ha en funktion om de exempelvis är en del av guds plan.¹⁴⁵ När en funktion knyts till ett visst objekt skapas ett institutionellt faktum. Denna handling behöver dock inte vara medveten.¹⁴⁶

7.2.3 Sociala fakta

Sociala fakta definieras av Searle som ”kollektiva intentionala fakta”¹⁴⁷ till skillnad från ”individuella intentionala fakta”¹⁴⁸. Institutionella fakta är en undergrupp av sociala fakta.¹⁴⁹ Searle exemplifierar sociala fakta genom att jämföra en boxningsmatch med en misshandel på stan. En boxningsmatch förutsätter kollektiv intentionalitet hos deltagarna, en misshandel gör det inte.¹⁵⁰

Under stor del av 1900-talet har kollektivistiska handlingar förståtts som att varje deltagande subjekt föreställer sig att ”jag avser och jag tror att du tror att jag avser och jag tror att du tror att jag tror att du tror att jag avser osv”¹⁵¹

Searle ifrågasätter ett sådant betraktelsesätt och menar att man istället kan tänka sig att varje subjekt har en idé om ett kollektiv, vi, som gemensamt tänker sig någonting. Ideér som hänför sig till kollektiv intentionalitet benämner Searle sociala fakta och han betraktar institutionella fakta som en undergrupp till dessa.¹⁵²

Institutionella fakta skiljer sig från sociala fakta genom att de tilldelar objekt en ny kollektiv status och därtill hörande funktion.¹⁵³

¹⁴⁴ Searle, aa, s 28f.

¹⁴⁵ Searle, aa, s 33.

¹⁴⁶ Searle, aa, s 139f.

¹⁴⁷ Searle, aa, s136.

¹⁴⁸ Searle, aa, s 136.

¹⁴⁹ Searle, aa, s 136.

¹⁵⁰ Searle, aa, s 38.

¹⁵¹ Searle, aa, s 40.

¹⁵² Searle, aa, s 41 f.

¹⁵³ Searle, aa, s 102.

7.3 Rätten som ett institutionellt faktum

Rättssystemet är ett dynamiskt system.¹⁵⁴ En av de viktigaste beståndsdelarna i den institutionella rättsläran är att en essentiell del av rätten är dess samverkan med andra organisationer och sociala fakta. Lagen är inte bara i sig ett institutionellt faktum, den består av och skapar också andra sociala fakta.¹⁵⁵

MacCormick och Weinberger definierar sin teori: "our institutional theory of law, however, is not a theory about social institutions, it is a theory of law as a real system of social norms"¹⁵⁶. Rättssystemet konstitueras genom social handling och interaktion.¹⁵⁷

Weinberger lyfter fram en analys av rätten där den förutsätts vara subjektiv, ett uttryck av den enskildes vilja, som ett allvarligt problem vid förståelsen av rätten. Han menar att normer har såväl en reell som en ideell sida.¹⁵⁸ Normer är logiskt sett mentala konstruktioner, som kan existera samtidigt hos flera individer. Alla normer kan uttryckas språkligt och på så vis kommuniceras.¹⁵⁹ Samtidigt är normer reella sociala fenomen. Vi kan tala om normer som något reellt om vi förstår dem som handlingar, uttryck för någons vilja eller viljeyttringar från normgivningsmakten.¹⁶⁰ "The real existence of the legal system is conditioned by a multitude of different circumstances: the law exists in the consciousness of people, meshes in with interconnections of behaviour-patterns and expectations, has standing relationships towards social institutions and observable events."¹⁶¹

För att institutionella fakta skall kunna existera måste det också existera institutioner. MacCormick ifrågasätter Searles förståelse av dessa som regelsystem. Han menar att en sådan definition inte förmår skilja mellan exempelvis avtal som institut och den lagliga regleringen av avtal inom ett visst rättsområde. "Institutions (and institutional facts) in the philosophical sense obviously have something to do with rules, but are not identical with them."¹⁶² Alla lagar som initierar eller avslutar legala institutioner påverkar inte maktförhållandena i samhället.¹⁶³

MacCormick uppmärksammar det faktum att institutioner har två olika språkliga betydelser; legala institutioner såsom äktenskap eller avtal och sociala institutioner som universitet eller sjukhus.¹⁶⁴ För de legala

¹⁵⁴ MacCormick, Weinberger, aa, s 19.

¹⁵⁵ MacCormick, Weinberger, aa, s 20.

¹⁵⁶ MacCormick, Weinberger, aa, s 24 f.

¹⁵⁷ MacCormick, Weinberger, aa, s 26.

¹⁵⁸ Weinberger, the norm as thought and as reality, s 41.

¹⁵⁹ Weinberger, the norm as thought and as reality, s 33 f.

¹⁶⁰ Weinberger, the norm as thought and as reality, s 39.

¹⁶¹ Weinberger, beyond positivism and natural law, s 113.

¹⁶² MacCormick, law as an institutional fact, s 51.

¹⁶³ MacCormick, law as institutional fact, s 62.

¹⁶⁴ MacCormick, law as an institutional fact, s 55 f.

institutionerna skiljer McCormick mellan ett institut i sig själv, och en instans inom institutet, och han menar att själva institutet föregår dess instanser i tiden.¹⁶⁵ Rätten är institutionell i dubbel bemärkelse, såväl socialt som legalt.¹⁶⁶ McCormick fortsätter att utveckla förhållandet mellan lagen och institutionerna: "Rules as institutional facts are not the whole of the law, though they are the singularly important part of it, at least in developed systems."¹⁶⁷

7.4 Epistemologi

Kunskap om rätten förutsätter att det finns sanna rättsförhållanden hävdar Weinberger.¹⁶⁸

Kunskap definieras vanligen som sann, rättfärdigad tro, ibland med tillägg av ytterligare ett villkor, hos vissa andra med 'rättfärdigande' utbytt mot något annat. I samtliga dessa fall är dock sanning en förutsättning för kunskap.¹⁶⁹ Men hur skall vi förstå sanning?

Korrespondensteorins sanningsvillkor är korrespondens mellan tro och verklighet. Teorin förutsätter att det finns en objektiv verklighet, och en trosföreställning är sann om den korresponderar med hur verkligheten är beskaffad.¹⁷⁰

Koherensteorins sanningsvillkor bygger på att kunskapen kan hänföras till ett koherent system. Någon korrespondens mellan systemet och verkligheten fordras inte. Den pragmatiska synen på kunskap menar att någonting är sant om det är användbart i världen såsom jag upplever den.¹⁷¹

Jag kommer i den fortsatta framställningen att utgå från korrespondensteorin. Skulle man föredra en annan sanningsteori kommer det fortsatta resonemanget åtminstone till vissa delar att falla. Jag vill med detta att det skall stå klart för läsaren att man enligt andra teorier kan anse det möjligt att ha kunskap om rätten även utifrån ståndpunkten att rättsförhållanden inte har någon verklig representation, att de inte är reella.

Weinberger menar att kunskap om lagen förutsätter kunskap om samhället.¹⁷²

Anscombe diskuterar hur kunskap om institutionella fakta är möjlig. Hon menar att kunskap om institutionella fakta inte kan komma enbart ur

¹⁶⁵ McCormick, law as institutional fact, s 54.
¹⁶⁶ McCormick, law as institutional fact, s 56.
¹⁶⁷ McCormick, law as institutional fact, s 74.
¹⁶⁸ McCormick, on analytical jurisprudence, s 96.
¹⁶⁹ Hartman, Vetenskapligt tänkande, s 44 f.
¹⁷⁰ Hartman, aa, s 38.
¹⁷¹ Hartman, aa, s 40 ff.
¹⁷² Weinberger, beyond positivism and natural law, s 113.

kunskap om råa fakta. Inte heller kan kunskap om de institutioner som råder i ett samhälle, samt råa fakta om en specifik händelse ge specifika institutionella fakta om den specifika händelsen. Det saknas någon form av koppling mellan institutionen och händelsen. Inte heller subjektens interna intentioner är tillräckligt för att överbrygga klyftan. Det är kontexten som avgör om det handlar om ett specifikt institutionellt faktum och vi kan inte peka ut vilken del av kontexten som är avgörande. Vi kan dock inte heller hänvisa till kontexten i dess helhet, därför att vissa delar av den saknar uppenbar relevans för kategoriseringen.¹⁷³

¹⁷³

Anscombe, aa, s 69 ff

8 Diskussion av den existerande teoribildningen

8.1 Kort om definitioner

Synen som Lindell framlägger, att definitionen av rättsfrågor och sakfrågor bör bero på hur frågorna fastställs snarare än vilken typ av fakta de avser, ställer jag mig starkt tveksamt till. En definition som utgår från hur fakta uppnås fokuserar antingen på det rent pragmatiska användandet eller också på en epistemologisk förståelse av frågan.

Den definition som jag använder har därtill den fördelen att den möjliggör en jämförelse med de, ofta anglosaxiska, artiklar som avhandlar skillnaden mellan rättsförhållanden och sakförhållanden snarare än rättsfråga och sakfråga. Det är möjligt att man i vissa fall rent praktiskt kommer att vilja frångå uppdelningen mellan sakfrågor och rättsfrågor och det är mycket möjligt att tillvägagångssättet kommer vara en avgörande faktor i de fallen. Jag står dock fast vid att man först bör fastslå existensen av en ontologisk skillnad innan man ger sig in på undantagen.

Vilka problem finns då med den gängse uppfattningen av begreppen rättsfråga och sakfråga?

Definitioner kan fylla olika uppgifter. Det är oklart om definitionen av begreppen sakfrågor och rättsfrågor skall fungera deskriptivt, alltså återspegla verkligheten, eller stipulativt, skapa en uppdelning. För rättsförhållanden och sakförhållanden krävs båda typerna av definition. En definition skall beskriva den verkliga uppdelningen mellan rättsfrågor och sakfrågor, om någon sådan existerar. Den andra definitionen, som kan vara identisk med den första, skall stipulera vilken definition som skall användas rättsligt. Jag menar att dessa definitioner bör skiljas åt i detta även om de är identiska just därför att de fyller olika funktioner.

Oavsett vilken funktion som tillskrivs en definition finns de två saker den alltid måste lyckas med; den får varken vara för bred eller för snäv. Enkelt uttryckt den får inte omfatta något som borde falla utanför den och den får heller inte missa sådant den borde omfatta. När det gäller definitionen jag beskrivit ovan är denna för snäv vad gäller rättsförhållanden och för vid vad gäller sakförhållanden. Detta kan illustreras med ett enkelt exempel.

P1 Om en fullmäktige bryter mot sin behörighet binder detta inte fullmaktsgivaren

P2 Fullmäktigen har brutit mot sin behörighet

S Fullmaktsgivaren är inte bunden

Problemet i exemplet är att såväl 'fullmäktige' som 'behörighet' är juridiska begrepp. Vi kan tänka oss en annan subsumtion där P1 innehåller "om ... så föreligger en fullmakt". Det verkar motsägelsefullt att huruvida någon är fullmäktige i ena fallet skulle vara ett rättsförhållande för att i nästa vara ett sakförhållande. I exemplet ovan är påståendet i P2 inget rent sakförhållande. För att definitionen av rättsförhållanden och sakförhållanden ska bli klar måste vi finna ett sätt att sälla bort sådana juridiska konstruktioner från P2 så att denna endast innehåller sakförhållanden. Först då blir definitionen fullständig.

8.2 En kritisk läsning av Lindell

8.2.1 Sakfrågors och rättsfrågors ontologi hos Lindell

Det finns en rad motsägelser hos Lindell som i kombination med att hans argumentation många gånger är bristfällig eller frånvarande gör att jag har relativt svårt att förhålla mig till honom.

Det är svårt att förstå hur Lindell samtidigt kan hävda att rättsförhållanden saknar sanningsvärde men att sakförhållanden har ett sådant och att skillnaden mellan de två utgör en gradskillnad. Var på skalan skulle sanningsvärdet tillkomma? Och hur kan denna vara en kvantitativ skillnad? Menar Lindell att ett påstående kan ha mer eller mindre förmåga att vara sant?

Jag har också svårt att acceptera att Lindell säger sig bygga sin definition av distinktionen mellan rättsförhållanden och sakförhållanden på dess rättsliga konsekvenser¹⁷⁴, samtidigt som han menar att sakfrågor men inte rättsfrågor har ett sanningsvärde. Förmågan att ha ett sanningsvärde måste vara hänförlig till kategoriernas ontologi. Jag har väldigt svårt att tro att Lindell menar att rätten har förmågan att ge något sanningsvärde genom att tillämpa fri bevisprövning på det. Men om en tydlig ontologisk skillnad finns mellan rättsförhållanden och sakförhållanden, varför tycker Lindell i så fall att det är viktigare att fokusera på begreppens rättsliga konsekvenser än deras natur? Och, om rätten inte har förmåga att ge och ta sanningsvärde, blir det då inte paradoxalt att hävda att distinktionen skall göras på rättslig grund och att det utifrån den distinktionen går att uttala sig om sanningsvärdet?

Ett sätt att läsa Lindell, som jag menar är det mest rättvisa, är att utgå från att han rent faktiskt menar att rätten kan frånta något dess förmåga till sanningsvärde. Man får tänka sig att när rättsförhållanden, som är värderingar, reglerar hur vi skall förstå eller förhålla oss till ett faktum så kommer det faktumet därigenom "smittas" med värderingen och mista sitt sanningsvärde. Ur detta synsätt är det inte problematiskt att hävda att endast

¹⁷⁴

Att sakfrågor är de frågor för vilka fri bevisprövning gäller.

de frågor för vilken fri bevisprövning gäller kan behålla sitt sanningsvärde eftersom det endast är dessa som inte "smittas". Någon motsättning mellan att definiera sakförhållanden som de för vilka fri bevisprövning gäller, en legal definition, och tillskriva dem en ontologisk egenskap, förmågan till sanningsvärde finns då inte heller. Skulle frågan prövas på annat sätt skulle den bli en värdering och som sådan förlora sanningsvärdet. Detta kräver dock en väldigt strikt förståelse av begreppet fri bevisprövning. Så fort processen normaliseras kommer den, och de objekt den prövar, smittas och bli värderingar.

För Lindell kvarstår dock ytterligare en invändning till den av honom föreslagna definitionen av sakfrågor och rättsfrågor, den som alla definitioner som bygger på reglernas konsekvenser brottas med; nämligen att de alltid har ett visst mått av cirkularitet inbyggt. Detta har avhandlats i avsnitt 6 och kommer att diskuteras mer ingående nedan. Lindell räddas dock delvis av att hans konsekvenser har en koppling till förmågan att ha ett sanningsvärde.

En partiell räddning av Lindells definition av sakförhållanden fråntar honom inte en av mina starkaste invändningar; Lindells förståelse av rättsförhållandens natur. Lindell menar att rättsförhållanden utgör värderingar och att sådana ej kan ha sanningsvärde. Som framkommit i kapitel 8 är detta dock en mycket olycklig syn på rätten. Det är fullt möjligt att godta såväl att värderingar inte kan ha ett sanningsvärde i sig som att lagregler bygger på värderingar men fortfarande hävda att utsagor om lagregler kan ha ett sanningsvärde. Här är det viktigt att skilja mellan frågan om regeln 'det är fel att döda' har ett sanningsvärde och frågan om det enligt svensk rätt är fel att döda har ett sanningsvärde. Det är i den senare frågan som Lindell hamnar fel. Detta får allvarliga konsekvenser för Lindells hela teori. När Lindell skall lösa problemet med subsumtionen och hur denna skall förstås måste han förhålla sig till att två till synes oförenliga typer av frågor skall förenas, varav den ena har sanningsvärde medan den andra inte har det. På samma sätt kommer Lindells slutsatser kring rättsförhållanden bli felaktiga då han sluter dem kring en felaktig premis, att de saknar sanningsvärde. Jag utgår nu från att Lindell vill utreda rättsläget inom ett konkret rättssystem, inte diskutera vilket som är det sanna sättet att reglera samhället på. Med det senare sättet finns självklart inget svar om man utgår från en värdenihilistisk utgångspunkt.

Skulle Lindell ha fel i sitt antagande att rättsförhållanden som värderingar saknar sanningsvärde får det mer förödande konsekvenser för hans teori än vad som syns vid en första anblick. Från denna nya utgångspunkt förlorar hans definition av sakförhållanden sin relevans. Om den fria bevisprövningen inte har den betydelsen att det endast är under denna som ett sanningsvärde kan behållas, finns det heller ingen större poäng med att utgå ifrån denna. Då kopplingen försvinner drabbas Lindells definition av cirkularitet, och han måste hitta en ny väg ut ur denna.

8.2.2 Gränsdragningsproblematiken

Den dikotomi som Lindell målar upp mellan två motiverade synsätt på gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor, att åtskillnaden går att upprätthålla genom det logiskt-begreppsliga kriteriet eller inte alls därför att det kriteriet inte är giltigt, torde framstå som väl snävt även för Lindell. Att han lägger till möjligheten till ett helt pragmatiskt förhållningssätt ändrar inte detta faktum. Som visats i framställningen i övrigt finns en uppsjö övriga teorier om hur åtskillnaden skall förstås, varav flera är äldre än Lindells avhandling. Jag menar att Lindells utgångspunkt försämras starkt av att han helt ignorerar stora delar av den forskning som föregått honom på området. Lindell kommenterar förvisso de anglosaxiska teorier som framlagts men menar att dessa inte har samma vetenskapliga grund som de tyska. Jag vet inte om flertalet av de anglosaxiska arbeten som jag hänvisar till har undgått Lindell men jag hade uppskattat en lite mer utförlig analys av varför han inte anser dem värda att behandlas.

Lindell uppmärksammar att ett problem hos det logiskt-begreppsliga kriteriet är att begrepp ofta är mer eller mindre vaga. Jag menar att Lindell, när han påpekar detta rör vid ett verkligt problem hos det logiskt-begreppsliga kriteriet, men inte riktigt når fram till det. Problemet kan formuleras som följer: det existerar inget logiskt-begreppsligt angreppssätt. Modellen är i grunden förfelad därför att den bygger på en felaktig förståelse av språkets funktion. Språket består inte av begrepp som representerar olika saker i verkligheten, språket är en dynamisk social institution. Språket representerar inte delar av verkligheten. De språkliga uttrycken är alltid subjektiva och värderande, även när de används för att tala om verkligheten. Det är först om institutionerna och verkligheten bakom språket som vi kan tala om sanning. Det logiskt-begreppsliga kriteriet brottas därför inte med att dess uppgift är mycket svår på grund av ett vagt språk, dess problem består i att dess uppgift är alldeles omöjlig därför att språket inte har de funktioner som kriteriet kräver av det.

8.3 Gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor i processrättsligt motiverad teori

Ingen av de teorier som jag har refererat lyckas presentera en tillfredställande syn på vad rättsförhållanden och sakförhållanden är. Hur konsekvent och genomtänkt är den syn som ligger bakom de processrättsligt motiverade diskussionerna om gränsdragningen mellan sak- och rättsförhållanden? Det är relativt svårt att förhålla sig till de tankar kring sakfrågors och rättsfrågors natur som framkommer i de processrättsligt motiverade utredningarna då dessa inte har legat i fokus för författaren. Det går bara att gissa om författaren om han ställdes mot väggen skulle ha goda argument att komma med som försvarade hans ståndpunkt eller om han

snabbt skulle överge den då han fick den ifrågasatt. Fördelen med dessa teorier å andra sidan är att de i större mån kan sägas representera den allmänna uppfattningen hos jurister. Att bedöma deras hållbarhet blir därför än intressantare. Om man kan finna att någon av dem är konsekvent och har starka skäl som talar för sig kan behovet av djupare teorier på området ifrågasättas. Och omvänt, om de visar sig problematiska är det i sig ett gott skäl för att fördjupa sig i frågan om rätts- och sakförhållandens natur.

Det är tydligt att det krävs en mer avancerad definition än en som hänför sig till de rättsliga följderna. Dels därför att en sådan definition har en inbyggd cirkularitet,¹⁷⁵ men också därför att en dylik definition alltid blir systemspecifik och skapar en svår överbyggnad mellan olika rättssystem.

Thayer likställer sakförhållanden med vad som bäst kan uttryckas som 'försanthållande'. En sådan definition tycks förutsätta att rättsförhållanden ej medför försanthållande. Problemet med att frånta rätten dess sanningsvärde har jag redan påpekat. Det är alltså inte så att Thayers definition av sakfrågor, som han själv gör gällande, inte är tillräcklig, den är felaktig.

Jag har svårt att se någon poäng med att som Thayer gör lägga metodfrågor och bevisfrågor utanför distinktionen mellan rättsfrågor och sakfrågor. Om denna distinktion hänför sig till sakernas natur uppstår frågan vad metodfrågor och bevisfrågor i så fall är för något. Uteslutandet vore praktiskt motiverat om de olika rättsliga konsekvenser som distinktionen aktualiserar inte var aktuella för metodfrågor och bevisfrågor. Trots min mycket begränsade kunskap om amerikansk rätt har jag svårt att se att det skulle vara så. I svensk rätt förhåller det sig inte så.

Thayer säger slutligen att ett nödvändigt men inte tillräckligt villkor för rättsförhållanden är att det rör sig om regler som binder domstolarna. Jag har inget direkt problem med denna ståndpunkt men å andra sidan anser jag inte att den bidrar med särskilt mycket. Mureinik har ett kännetecken som påminner mycket om Thayer i denna punkt. Att rättsförhållanden, till skillnad från sakförhållanden, alltid kan omformuleras som en regel. Där Thayers påstående är relativt problemfritt är dock inte Mureiniks det. Den senares version lider av problemet att det existerar andra regler än de rättsliga; förmågan att omskrivas som regel är således inget exklusivt för rättsförhållanden.

Lösningar som bygger på att man skall göra en skillnad mellan klara och oklara fall, ex Endicott, anser jag inte i sig vara någon lösning alls. Om de inte innehåller någon definition av vad som konstituerar fallen som klara eller oklara har de inte medfört någonting för förståelsen av distinktionens natur. I Endicotts fall har lösningen dessutom begränsad processrättslig nytta då det existerar fall som ligger på gränsen mellan klara och oklara. Det

¹⁷⁵ Det vore i och för sig förmodligen möjligt att undkomma cirkulariteten om definitionen kompletterades med en ytterligare förståelse av varför det var så. Å andra sidan skulle man då kunna hänvisa direkt till den vidare definitionen.

Endicott lyckats genomföra är på sin höjd att begränsa problemet med ett stort oklart område till ett mindre oklart område inom det förra.

En intressant iakttagelse är att Lindell och det logisk-begreppsliga kriteriet utgår från att subsumtion är en rättsfråga och fastställandet av fakta en sakfråga och att gränsdragningsproblemet skall avgöra vilket av de två som är för handen. Endicott och Morris däremot menar att problemet för gränsdragningen ligger hos subsumtionen i sig; att det är oklart vilken kategori den tillhör, men att uppdelningen mellan fastställande av fakta och subsumtion i sig är klar. Det torde således stå klart att någon precisering av de "säkra fallen" inte alls låter sig göras förrän man har en klar definition att utgå från. Att försöka förstå vad rätts- och sakförhållanden är genom att betrakta och analysera de "klara fallen" blir därför problematiskt, man har då redan förutsatt delar av det som skall bevisas. Detta är ett av problemen hos Mureinik.

Mureinik skriver vidare att ytterligare någonting som definierar rättsförhållanden är att de nås genom rättslig argumentation. Men är inte också rättslig argumentation den som jag använder för att nå rättsförhållanden? Jag saknar en djupare analys av begreppet för att undvika cirkularitet. Mureinik anser att sakförhållanden bygger på fakta och rättsförhållanden på värderingar. Problemen med detta synsätt har jag diskuterat under avsnittet om Lindell. Slutligen menar Mureinik att sakförhållanden tillför något nytt till målet till skillnad från rättsförhållanden som endast ger en ny synvinkel. Detta är dock endast skenbart ett nytt argument. Skälet till att rättsförhållanden tillför något nytt är att det avhandlar fakta, och att det endast är fakta som kan tillföras nytt. Om även rättsförhållanden skulle anses utgöra fakta finns det inget som hindrar att nya fakta skulle kunna tillföras målet även genom rättsfrågor. Mureinik bör dock inte avfärdas helt i denna del, han tycks ändå vara något väsentligt på spåret, nämligen att det bara är sakförhållanden som har förmågan att tillföra saker som härrör från verkligheten utanför rättssystemet. Rättsförhållanden är till sin natur bundet till det system som det härrör från och kan bara ge oss ny kunskap om det systemet. Denna diskussion om förmågan att tillföra nya fakta kan jämföras med den diskussion som fördes i RÅ 2006 ref 25 om huruvida ett nytt prejudikat, pekandes i ny riktning, hade tillfört nya fakta som inte existerade dessförinnan.

8.4 Gränsdraging mellan sakfrågor och rättsfrågor i rättsfilosofiskt motiverad teori

Det är väldigt ont om rättsfilosofiskt motiverade teorier som menar att rättsförhållanden och sakförhållanden är till naturen åtskilda. De enda jag har funnit bygger sitt antagande på att rättsförhållanden är värderingar och sakförhållanden fakta. En sådan tolkning kan inte accepteras. Övriga teorier

kommer fram till antingen att en ontologisk skillnad mellan sakförhållanden och rättsförhållanden saknas eller att denna endast är gradvis.

8.4.1 Det existerar ingen skillnad mellan sakfrågor och rättsfrågor

Det är kontraintuitivt att rätts- och sakförhållanden inte skulle vara två skilda ting. Vi jurister, och kanske även gemene man, föreställer oss rätten som något som är skilt från verkligheten i övrigt. Detta är en naturlig konsekvens av att de flesta av oss ser rätten som ett avskilt system.

Att hävda att rätts- och sakförhållanden inte egentligen är åtskilda bör få stora konsekvenser, större än de som många av anhängarna förespråkar. Det bör framtvunga en revision av hur vi pratar om distinktionen då denna ofta förutsätts vara reell. Men det bör också, menar jag, lyfta frågan vilken funktion ett isärhållande i rätten fyller. Det är möjligt att det finns praktiska skäl att ändå rättsligt behandla världen som att den går att dela upp i sak- och rättsförhållanden även om det inte förhåller sig så, men det går inte att förutsätta att starka sådana skäl föreligger.

Att en teori är kontraintuitiv och att den får obekväma praktiska konsekvenser är dock inga argument mot den, om argumenten för den är goda och en samlad teoretisk analys ger att den bör hållas för sann. Så förhåller det sig dock inte med någon av de teorier som föreligger idag.

Allen och Pardo tittar på tidigare teorier och menar att ingen av dem lyckats visa på att någon ontologisk eller epistemologisk skillnad mellan begreppen föreligger. Jag har i och för sig inga invändningar mot slutsatsen att några sådana skillnader ännu inte har visats. I sig är detta dock inte bevis för att en skillnad saknas. För en sådan slutsats krävs inte bara att någon skillnad hittills inte har påvisats, utan därtill att den aldrig kommer att påvisas. Jag har svårt att se att Allen och Pardo lyckas med detta. De menar i och för sig att rätts- och sakförhållanden båda utgör fakta och att någon distinktion därigenom inte uppkommer. Jag tycker att detta är en viktig iakttagelse, att såväl rätts- som sakförhållanden har ett sanningsvärde, men att båda utgör fakta medför inte per se att någon skillnad mellan de två inte kan föreligga. Det kan mycket väl finnas olika typer av fakta. Allen och Pardo har dock en viktig poäng som inte bör fråntas dem – det är problematiskt att tala om rätts- och sakförhållanden som två till naturen skilda ting när ingen har lyckats påvisa vari den skillnaden ligger.

Morawskis utgångspunkt är en annan än Allen och Pardos. Han menar att varken rättsförhållanden eller sakförhållanden utgör fakta. Han förnekar rent av existensen av råa fakta. Detta är dock en ihopblandning av det råa faktumet i sig och vårt yttrande om det. Då språk är institutionella fakta blir alla uttalanden också institutionella. Men det faktum att ett uttalande om ett rätt faktum är institutionellt till sin natur hindrar inte att det råa faktumet inte är institutionellt. Ett faktums råhet ligger i dess existens bortom vårt

medvetandegörande kring det. Att detta skulle fräntas genom att vi blir medvetna och uttalar oss om faktumet vore motsägelsefullt. Morawski har å andra sidan en poäng i att såväl rätts- och sakförhållanden så som de presenteras för rätten är institutionella. En skillnad mellan dem på detta plan är alltså sekundär, den hänför sig inte till yttrandet i sig utan till det faktum som det refererar till. Detta är inte helt oproblematiskt. Dels därför att det i sig inte är klart i vilken mån språket är refererande, och dels därför att det väcker frågan hur osanna påståenden skall kategoriseras.

8.4.2 Skillnaden mellan rättsfrågor och sakfrågor är enbart en gradskillnad

Det är inte helt givet att behandla teorier ihop med det enda gemensamma att de anser att skillnaden mellan rättsfrågor och sakfrågor enbart är en gradskillnad. Monaghans gradskillnad hänför sig till graden av generalitet. Han anser att rättsfrågor är generella och sakfrågor specifika. Om detta vore sant skulle det vara en mycket enkel uppdelning mellan de två. Det är uppenbart så att rättsfrågor i allmänhet är generella och sakfrågor i allmänhet specifika. Jag ställer mig dock tveksam till om en sådan distinktion kan upprätthållas. Generaliteten torde vara kopplad till slutledningens betydelse för kommande fall. Detta är dock inte i sig något som är naturligt utan en rättslig konsekvens, och att låta en sådan avgöra uppdelningen mellan begreppen är problematiskt. Skulle vi fortfarande hävda att sakfrågor var specifika om rättens avgörande i en sakfråga band rätten i framtiden? Och hur förhåller vi oss kring fastställande i domstol av vad som är rådande sedvänja eller handelsbruk. Fastställandet av detta i sig torde vara en sakfråga, men det kan knappast sägas vara specifikt.

Cooks gradskillnad hänför sig till att vi inte kan uttala oss objektivt om fakta. Även om det är så, kan det inte ändå vara intressant huruvida det vi inte kan uttala oss objektivt om gör anspråk på att beskriva en objektiv verklighet eller inte?

8.5 Sambandet mellan det teoretiska och det praktiska perspektivet på gränsdragningen

Även om det finns en rad författare som avhandlat frågan om skillnaden mellan rättsfrågor och sakfrågor så är materialet, med hänvisning till frågans centrala betydelse samt rumsliga och tidsliga universalism, påfallande sparsamt. En annan slående iakttagelse är att nästan alla som tagit sig an att avhandla rätts- och sakförhållandens vara och distinktionen dem emellan tycks svara på olika frågor. Detta gör det material som redan finns relativt tungrott; beröringspunkterna mellan olika avhandlingar är inte uppenbara.

Ett vanligt argument är att distinktionen i det praktiska rättslivet tycks ha sin grund i just pragmatiska överväganden. Även om det skulle stå klart att skillnaden så som den tillämpas idag inte har en teoretisk grund innebär det inte att någon teoretisk skillnad inte existerar. Frågan om den gör det är fortfarande högaktuell, även om skillnaden inte skulle vunnit genomslag i dagens rättspraxis. Att den praktiska verksamheten inte följer någon ontologisk eller epistemologisk skillnad är värre om en sådan skillnad faktiskt existerar. För om vi har en reell skillnad att tala om kan vi problematisera över det faktum att praxis eventuellt inte följer denna, och vidare, först då kan vi alls fastställa huruvida skillnaden tillämpas eller inte.

Hur vi ser på rättsförhållandens och sakförhållandens natur är av stor vikt för den praktiska tillämpningen av begreppen, även när de inte följer varandra. En ontologisk skillnad mellan begreppen är en stor hjälp för rättstillämpningen som då kan utgå ifrån den och har en bas att sedan formulera undantag utifrån. Om skillnad mellan begreppen endast visar sig vara en gradskillnad är det något rätten måste förhålla sig till. Då kategorierna har skilda legala konsekvenser skulle rätten i detta fall behöva konstruera en tydlig skiljelinje. Visar det sig slutligen att distinktionen inte alls motsvarar någonting anser jag att det behövs en ordentlig övervägning av varför den upprätthålls rättsligt. Kanske finns det goda skäl härför men de bör i så fall formuleras tydligt. Rätten behöver i det här fallet konstruera begreppen då det står klart att det inte går att falla tillbaka på deras natur.

Det är inte bara huruvida distinktionen avspeglar någonting verkligt, utan också vad, som är av intresse för det praktiska rättslivet. Om en skillnad hittas vore det intressant att jämföra praxis mot den och se i vilken mån de överensstämmer. Motivation för att behålla eller göra sig av med diskrepanser kan hittas i en pragmatisk diskussion därefter.

Vilket intresse har då den praktiska rättstillämpningen av en teoretisk förståelse om denna, oavsett vad den kommer fram till, riskerar att leda till en stor mängd merarbete i form av utvärdering och eventuellt omformulering av rätten? Ett sådant intresse kanske skulle saknas om distinktionen processrättsligt var oproblematiserad och klar. Så är dock inte fallet. Det råder långt ifrån konsensus kring frågan på det processrättsliga området. Inte heller finns det någon teori som är så framstående att alla andra borde lämnas till förmån för den. Det är i denna verklighet som intresset för en teoretisk undersökning ligger. En bättre förståelse för begreppens natur kan förhoppningsvis ge nya verktyg åt processrätten och därigenom kanske leda en drygt hundraårig diskussion vidare.

9 Krav och förväntningar på en ny teori

Om man alls skall kunna handskas med rättsreglers ontologi tror jag att man måste utgå ifrån den institutionella rättsläran. I alla andra fall kommer man att hamna fel på endera sättet. Naturrättsförespråkaren kommer försätta sig i en hopplös situation då han aldrig kommer kunna bevisa för någon vad som är en del av naturrätten. Utöver detta måste naturrätten brottas med det faktum att teorin, för de flesta människor i dag, inte är intuitiv. I detta läge blir tidigare nämnda problem allt allvarligare.

Den som likt Lindell förespråkar en analys i enlighet med Uppsalaskolan där rättsregler såväl som påståenden om dessa helt saknar sanningsvärde får andra problem. Det blir på många sätt svårt att överhuvudtaget bedriva rättsvetenskap om påståenden reglerna man forskar kring saknar sanningsvärde.

Den tredje parten slutligen, som hävdar att det är meningslöst att skilja mellan rätts- och sakförhållanden, mellan institutionella och råa fakta, därför att några råa fakta inte existerar, får en ny typ av problem. Då råa fakta är en förutsättning för institutionella fakta kommer ett förnekande av råa fakta leda till skepticism eller funktionalism. Åtminstone det tidigare har förödande konsekvenser för rätten.

Att klargöra att rättsförhållanden är en typ av institutionella fakta är inget problem, problemet ligger i att inte alla institutionella fakta är rättsförhållanden. Reciprokt är inte alla sakförhållanden råa fakta. Spelregler exempelvis, är en klassisk variant av institutionella fakta, men alla skulle nog vara ense om att de inte utgör rättsförhållanden. För att kunna dra nytta av teorin kring institutionella och råa fakta för förståelsen av gränsdragningen mellan rätts- och sakförhållanden måste vi kunna skilja ut rättsförhållanden från institutionella fakta i allmänhet. Har vi då alls kommit längre än vi var från början? Är det ett framsteg att kunna formulera frågan vilka institutionella fakta som utgör rättsförhållanden istället för vilka fakta som utgör rättsförhållanden? Jag menar att det är det. Genom den institutionella rättsläran får vi en möjlighet att förstå hur rättsförhållanden, som institutionella fakta, fungerar. För att gå vidare måste vi rent allmänt studera vilka särdrag som präglar rätten som institution och hur denna kan skiljas ut.

Det är svårt att veta hur man skall hantera sakförhållanden i rätten. Skillnaden mellan sakförhållanden och rättsförhållanden blir i rätten sekundär. Det är förhållandena i sig som är åtskilda. De yttranden som vi gör om dem i rätten är alla sakförhållanden i den meningen att det faktum att någon sagt något vid en särskild plats och tidpunkt är ett sakförhållande.

Innehållet i yttrandet är å andra sidan alltid ett rättsförhållande i den meningen att det är fakta i målet.

Man skulle kunna göra en analogi mellan sakförhållanden och rättsförhållanden å ena sidan och råa och institutionella fakta å andra sidan. Sakförhållanden är sakförhållanden därför att de existerar oberoende av rätten. Om vi vaknade upp imorgon i en postapokalyptisk värld där alla rättsliga institutioner hade upphört att existera skulle även rättsförhållandena ha upphört, men sakförhållanden skulle fortsatt existera. Så är fallet även om det då inte längre skulle finnas någon rätt som var intresserad av att peka ut sakförhållandena.

Hjälper denna analogi oss att definiera rättsfrågor och sakfrågor? Kan vi sätta oss i en oklar situation i domstolen och fråga oss "skulle detta faktum kvarstå om rättssystemet upphörde"? Vi kan såklart alltid ställa oss frågan. Svaret på den är dock många gånger svårare än vi tror. Om rättssystemet och dess sanktioner upphörde skulle säkert många av dess institutioner finnas kvar ett bra tag efteråt. Och det är fullt möjligt att många av dem föregick rättssystemet. När en viss rättslig institution har existerat tillräckligt länge tenderar den att även etablera sig utanför den rättsliga sfären. Kanske är denna dubbelhet en del av vad som gör det så svårt att skilja mellan rättsförhållanden och sakförhållanden.

Käll- och litteraturförteckning

Allen, Ronald J, Pardo, Michael S., *Fact in law and facts of law*, the international journal of evidence and proof, nr 7, 2003, s 153-171

Anscombe, *On brute facts*, Analysis, Vol. 18, No. 3, 1958, pp. 69-72

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Nordstedts juridik, 2 uppl, 2003

Cook, Walter Wheeler, 'Facts' and 'Statements of Facts', the University of Chicago Law Review, Vol. 4, No. 2, 1937, pp. 233-246

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande – en tematisk introduktion i allmän rättslära*, Studentlitteratur, 2007

Ekelöf, Per Olof, *Rättegång IV*, Norstedt juridik, 6 uppl, 2008

Endicott, Timothy, *Questions of law*, Law Quarterly review, nr 114, 1998, s 292-321

Fox, Jabez, *Law and Fact*, Harvard Law Review, vol 12, nr 8, 1899, s 545-552

Friedman, Richard D, *Standards of persuasion and the distinction between fact and law*, Northwestern University Law review, Vol 86, nr 4, 1992, s 916-942

Hartman, Jan, *Vetenskapligt tänkande från kunskapsteori till metodteori*, Studentlitteratur, Uppl 2, 2004

Isaac, Nathan, *The law and the facts*, Colombia Law review, vol 22, no 1, 1922, s 1-13

Lawson, *Proving the law*, Northwestern University law review, vol 86, nr 4, s 859-904

Lindell, Bengt, *sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus förlag, 1987

MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, *an institutional theory of law, new approaches to legal positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986

MacCormick, Neil, *Law as an institutional fact*, MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, an institutional theory of law, new approaches to legal positivism, D. Reidel Publishing Company, 1986, s 49-76

- MacCormick, Neil, *On analytic jurisprudence*, MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, an institutional theory of law, new approaches to legal positivism, D. Reidel Publishing Company, 1986, s 93-110
- Monaghan, Henry P, *Constitutional fact review*, Colombia Law Review, Vol 85, No 2, 1985, s 229-279
- Morawski, Lech, *Law, fact and legal language*, Law and Philosophy, nr 18, 1999, s 461-473
- Morris, Clarence, *Law and fact*, Harvard law review, Vol 55, No 8, 1942, s 1303-1341
- Mureinik, Etienne, *The application of rules: law or fact?*, The Law quarterly review, vol 98, 1982, s 587-620
- Searle, John R., översättning Ahlin, Staffan, *Konstruktionen av den sociala verkligheten*, Daidalos, 1997
- Thayer, James B., "*Law and fact*" in *Jury Trials*, Harvard law review, vol 4, no 4, 1890, s 147-175
- Weinberger, Ota, *the Norm as thought and as reality*, MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, an institutional theory of law, new approaches to legal positivism, D. Reidel Publishing Company, 1986, s 31-48
- Weinberger, Ota, *Facts and Facts descriptions: a logical and methodological reflection on a basic problem for the social sciences*, MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, an institutional theory of law, new approaches to legal positivism, D. Reidel Publishing Company, 1986, s 77-92
- Weinberger, Ota, *beyond positivism and natural law*, MacCormick, Neil, Weinberger, Ota, an institutional theory of law, new approaches to legal positivism, D. Reidel Publishing Company, 1986, s 111-126
- Wilson, W. A., *A Note on Fact and Law*, the Modern Law Review, vol 26, nr 6, 1963, s 609-624
- Zuckerman, Adrian A.S., *Law fact and justice?*, Boston university law review, vol 66, 1986, s 487-508

Rättsfallsförteckning

NJA 1999 s 554

RÅ1993 ref 17

RÅ 2006 ref 25