

Något om Ekelöfs teleologiska metod

1. Trots sin höga ålder är Per Olof Ekelöf alltjämt vetenskapligt aktiv och det som är mest förvånansvärt är att han ännu är kapabel till förnyelse när han skriver uppsatser eller ger ut nya upplagor av sina läroböcker.

Ekelöfs läroböcker i processrätt är strängt vetenskapliga. Rättegång I innehåller en introduktion till lagtolknings- och rättskällelära. Här presenterar Ekelöf sin *teleologiska* metod. I denna recension koncentrerar jag mig på denna metod.¹

2. Jag fick nyligen anledning att mycket grundligt studera denna metod. Trots att det stod i kurslitteraturen — något förenklat sagt — att metoden är inaktuell och konstig, hade en begåvad student, numera jur kand Johan Backman, intresserat sig för metoden. Även hans inställning var till en början negativ — så sent som i uppsatsens första version var han mycket kritisk. Men efter långa diskussioner med mig började han — och jag — inse, hur oförstående och orättvis kritiken mot Ekelöfs metod hade varit. När man läser kritiska framställningar av metoden i läroböcker och uppsatser, har man ofta svårt att känna igen metoden.²

Dessutom: Ekelöfs kritiker brukar tillämpa hans metod på konstruerade exempel för att visa, att den leder till djärva analogier eller lagstridiga reduktionsslut. I stället borde man undersöka, hur mästaren själv tillämpar sin metod. Man kan jämföra en lagtolkningsmetod med ett medicinskt instrument. Att en klåpare kan döda patienten med instrumentet är inget bra argument mot dess användning, om det fungerar bra i sakkunniga händer.

Jag har haft stor nytta av Johan Backmans examensarbete ”Synpunkter på Ekelöfs teleologiska metod” (Juridiska institutionen, Uppsala universitet 1989, stenc.), när jag har skrivit denna recension.

3. Utgångspunkten är *lagens ordalydelse*, som bl. a. ger information om

- (1) hur en rättsnorm skall ”konstrueras” för att sedan bli tillämpad på konkreta fall (”tolkningsdirektiv”)
- (2) Hur en rättsnorm kommer att ”konstrueras” och tillämpas på konkreta fall (förutsebarhet när det gäller ”normundersåtar”)
- (3) hur lagen är avsedd att fungera och hur den faktiskt fungerar.

¹ Vid sidan av Rättegång I (ny uppl. av § 1, Inledning, i: Supplement, 7 uppl. Lund 1990) kan hänvisas till följande arbeten av Ekelöf: År den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap, Lund 1951; Teleological Construction of Statutes, Scandinavian Studies in Law 2, 1958 s. 75–117; Från en forskares verkstad, i verket Uppsalaskolan — och efteråt, Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala 1978.

² Bland Ekelöfs tidigaste kritiker kan nämnas *Phillips Hult*, Lagens bokstav och lagens andemening, SvJT 1952 s. 579 ff. och *Åke Malmström*, Till frågan om lagtolkningsmetoderna, SvJT 1952 s. 657 ff.; senare kommentarer: *Alf Ross*, Om ret og retfærdighet, 3 uppl, København 1971 s. 168; *Stig Strömholm*, Teleologisk metod och likformig argumentation, i Idéer och tillämpningar, Stockholm 1978 s. 277 ff.; *id*, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 2 uppl, Stockholm 1988 s. 428 ff.; *Jacob W.F. Sundberg*, Fr. Eddan t. Ekelöf, Stockholm 1978 s. 279 ff.

För straffrättens vidkommande se *Hans Thornstedt*, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, i: Festskrift för Nils Herlitz, Stockholm 1955 s. 319 ff. (mycket kritisk).

I svensk litteratur är det väl *Aleksander Peczenik* (!) som bäst har förstått Ekelöf; se *Peczenik*, Juridiskens metodproblem, 1 uppl., Stockholm 1974 s. 163 och *id*, Rätten och förnuftet, 2 uppl. Stockholm 1988 s. 300 ff.

På sin tid fick metoden kritik för den skillnad den förutsätter mellan lagtext och rättsnorm. För Ekelöf är den tillämpliga rättsnormen nämligen resultatet av *tolkning och argumentation*; år 1958 skrev han uppsatsen "Teleological Construction of Statutes" (i *Scandinavian Studies In Law*). Att lagtillämparen på detta sätt konstruerar rättsnormer lät en gång frirättsligt och godtyckligt. Det är inte längre så. Idag är det allmänt accepterat, att rättsnormen är betydelseinnehållet av normsatsen samt att det sätt varpå betydelsen växer fram ger uttryck för mycket annat än enbart äkta tolkning av lagtext, förarbeten eller dylikt. När lagtillämparen exempelvis åberopar prejudikat eller ger konkret betydelse åt sådana begrepp som skälighet är det inte längre fråga om någon äkta tolkning av själva lagen. Argumenten kommer från utanför — jag har kallat lagtillämpningen för "oäkta tolkning" — vilket är ungefär detsamma som "konstruering" enligt Ekelöf.³

4. Det har sagts, att Ekelöf inte fäster tillräckligt avseende vid lagtexten. Fallet är dock enligt min mening exakt det motsatta. Även när det gäller sakargument spelar lagtexten den viktiga rollen av *utgångspunkt*.

Lagtexten har enligt Ekelöf en mångdubbel funktion när man uppställer, konstruerar en rättsnorm:

- (1) Textens mening har ett *kärnområde*, som möjliggör särskiljandet mellan
 - a) klara/oklara subsumtionsfall
 - b) typiska/atypiska subsumtionsfall.
- (2) Lagtexten utgör grunden för *förutsebarheten* av besluten; att rättssäkerheten enligt Ekelöf är ett mycket viktigt teleologiskt argument är en omständighet som hans kritiker ofta förbiser. Att den på lagtexten baserade förutsebarheten får betydelse just genom resonemang om rättssäkerhet är ett mycket sympatiskt drag hos den teleologiska metoden. Lagtexten är inget självändamål; den därpå baserade faktiska förutsebarheten kan vara olika beroende på ett antal omständigheter, bl. a. textens entydighet. Dessutom kan behovet av förutsebarhet variera.
- (3) Texten ger också information om lagens motiv, dvs. hur den är avsedd att fungera; man kan sedan bedöma, i hur hög grad dess funktion har motsvarat förväntningarna.

Enligt Ekelöf bör man med lagtexten såsom utgångspunkt fastställa, vilka subsumtionsfall som är klara och *typiska* och hör till stadgandets funktionsområde; dessa skall sedan jämföras med atypiska fall — med tanke på stadgandets *syftemål*, som man likaså utreder med hjälp av bl. a. lagtexten.

Enligt Ekelöfs kritiker är detta ett cirkelresonemang.⁴ Jag kan inte ens riktigt förstå, hur beaktande av lagtexten i olika sammanhang skulle innebära något cirkelslut. Dessutom förbiser man en sak. Det är fråga om en *tankeprocess*, där lagtextens mening *inte behöver vara densamma som den konstruerade normen, dvs. "tolkningsresultatet"*. Man talar om den s. k. *hermeneutiska* cirkeln, där tolkningsresultatet preciseras under tolkningsprocessens gång. Just så är fallet även med Ekelöfs teleologiska metod; lagtillämpning är inte någon logisk slutledning, utan en process. Med hermeneutikens språkbruk: lagtillämparens uppfattning om lagens mening är den *förkun-*

³ Se Hannu Tapani Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, Uppsala 1988 s. 63 ff.

⁴ Så t. ex. Ross s. 171 n 2; Hult s. 590 f.; Malmström s. 666 f.

skap, varifrån han utgår, när han börjar analysera ett tillämpningsfall. Är det fråga om ett klart och typiskt fall, behövs ingen vidare precisering. Men om det är fråga om fakta, som faller utom lagstadgandets kärnområde, räcker förkunskapen inte. Att domarens uppfattning om lagens riktiga tillämpning *preciserar* efter beaktande av argument som han får fram med hjälp av denna förkunskap innebär inget cirkelresonemang.

5. Att sluta sig från uttalanden eller handlingar till motiven bakom dessa är kanske spekulativt — men historiker gör sådant varje dag. Att Ekelöf i detta sammanhang betonar lagtexten såsom *utgångspunkten* för motivotolkningen ger uttryck för hans skepsis till förarbetenas *auktoritet* såsom rättskälla. Man är vid lagtolkning inte bunden till de uppfattningar om lagens ändamål och funktion som kommit till uttryck i förarbeten. Trots att Ekelöf tar hänsyn till förarbeten — vilket med all önskvärd tydlighet framgår av bl. a. serien ”Rättegång” — tillmäter han dem en klart svagare normativitet än vissa andra forskare.

En standardkritik mot Ekelöfs metod är, att den upphör att vara teleologisk, när det finns ett *prejudikat*, där man har tagit ställning till en kontroversiell tillämpningsfråga. Ekelöf accepterar då prejudikatet såsom vägledande trots att det kanske inte alls återspeglar den teleologiska metoden. Ekelöf har motiverat denna sin syn med den roll som prejudikat — särskilt inom processrätten — bör tillmätas: man bör kunna lita på prejudikat med tanke på förutsebarhet och rättssäkerhet. Men Ekelöf anser, att även prejudikat bör tolkas teleologiskt. (Dessutom bör man ha i minnet, att Ekelöf i grund och botten representerar den skandinaviska realismen. Det är typiskt för realismen, att man fäster stort avseende vid prejudikat.)

Det som givetvis vållar vissa svårigheter är att fastställa lagens *syftemål* genom att studera dess *funktion* på dess typiska tillämpningsområde.⁵ Det har invänts mot Ekelöfs metod, att sociologisk kunskap om lagens funktion är bristfällig samt att det är svårt att fastställa lagens syftemål, eftersom lagar brukar ge uttryck för mera än en enda ”*télos*”. Båda invändningarna går ut på att visa, att metoden leder till vaga och godtyckliga argument. För min del vill jag bara konstatera, att metoden går ut på att *åtminstone i någon mån* styra argumentering; alternativet är här nämligen inte någon bättre bunden argumentation, utan en fri anhopning av sakargument, såväl allmänna (rättvisa, skälighet, rättssäkerhet) som instrumentella (mål-medelresonemang av olika slag). Det är inte alls klart, om Ekelöfs metod är sämre än fri teleologi, när det gäller undvikande av oklarhet och godtycke.

6. Det som jag ovan sagt låter kanske mera som ett försvar för Ekelöfs teleologiska metod än som ett kritiskt ställningstagande. Och det är faktiskt så, att jag jag blivit frapperad av de likheter som finns med min ”finalistiska” konception (se Hannu Tapani Klami, *Anti-Legalism*, Turku 1980) och Ekelöfs metod — som jag nästan helt ignorerade, när jag utvecklade mina egna tankegångar. Men det finns problem, som Ekelöfs kritiker har förbisett men som utgör åtminstone smärre stötestenar för metoden.

⁵ *Hult* s. 590 f.; *Malmström* s. 662; *Thornstedt* s. 349. Men: trots att det kanske finns divergerande ändamål, är det ofta möjligt att sammanväga dem och uppnå ett slags vektorprodukt. Se *Klami* s. 80 f. och *Backman* s. 49 f. Jfr *Backman* s. 53 f: ”Att söka antaga vissa verkningar, att från dessa komma fram till det relevanta ändamålet och att väga detta mot andra också beaktansvärda, är *svårt*. För den enskilde rättstillämparen — med begränsad tillgång till bl. a. tid — kan det vara närmast omöjligt.”

Analogi, reduktionsslut, restriktiv ”tolkning” osv. är *namn* på olika slags rättstillämpning. De är inte några slutledningar, utan olika *resultat* av argumentering.⁶ Nu, när det gäller kritiken att den teleologiska metoden skulle utmyнна i alltför djärva analogier som utgör fara för rättssäkerheten, har Ekelöf hävdad, att fallet är exakt det motsatta. Nutida lagstiftning brukar *täcka för mycket*. Den teleologiska metoden leder således oftare till *restriktiv* rättstillämpning än till en extensiv sådan.⁷

I princip kan givetvis även en restriktiv lagtillämpning utgöra fara för rättssäkerheten, om exempelvis förmåner, avdragsrätter eller dylikt uteblir. Men i *allmänhet* är rättssäkerheten mindre hotad, om rättsliga ingripanden uteblir än när man utvidgar lagbudens tillämpningsområde genom målinriktade resonemang.

Problemet är nu följande. Utgångspunkten för Ekelöf är lagens ordalydelse. Men denna är alltid *relaterad till fakta*. Det finns ett antal möjligheter, ex.vis:

- (1) klar lagtext, oklara fakta, oklar subsumtion
- (2) klar lagtext, klara fakta, oklar subsumtion
- (3) oklar lagtext, klara fakta, oklar subsumtion
- (4) oklar lagtext, oklara fakta, oklar subsumtion

Om lagtexten är oklar, brukar subsumtionsfrågan ävenledes bli oklar; om å andra sidan fakta i målet är oklara, blir även subsumtionsfrågan oftast oklar, oberoende av lagtexten. Det är ofta ytterst svårt att skilja på bevisvärdering och subsumtion. Rekvisiten av olika ”grova” brott är ofta svårtolkade — men så är också bevisningen. Om ett narkotikabrott bör anses vara ”grovt” beror på ett resonemang, där man ständigt pendlar mellan normativa och kognitiva synpunkter. Helt enkelt: *helhetsbedömning* med inslag av både lagtolkning och bevisvärdering.⁸

Nu kommer jag till den största svagheten i Ekelöfs teleologiska metod — samtidigt som jag medger, att det inte är fråga om någonting som skulle göra metoden oanvändbar.

Grunden för bedömningen av ett lagbuds funktion och syftemål utgör dess *ordalydelse* — enligt Ekelöf. Ordalydelsen kan dock ge upphov till tre slags problem. (1) tolkningsfrågor; (2) bevisfrågor; (3) subsumtionsfrågor. Ordalydelsen kan vara vag eller mångtydig, den kan förutsätta prövning eller värdering (1); den kan förutsätta svar på frågor som är mycket svåra i ljuset av den bevisning som i mål av ifrågavarande slag brukar vara tillgänglig; den kan medföra svårigheter, som ansluter sig till både (1) och (2), ty tolkningsfrågor brukar bli subsumtionsfrågor liksom fallet är även med bevisfrågor.

7. Poängen är nu följande. Lagens ordalydelse skall vara utgångspunkten för resonemang om dess funktion och syftemål. Men det rättsliga språket är sådant, att det ofta är svårt att skilja mellan oäkta, konstruktiv ”tolkning”, subsumtion och bevisvärdering. Jag sade ovan, att Ekelöf har blivit beskylld för en alltför hög frirättslig attityd gentemot den skrivna lagen — och att

⁶ Se *Klami* s. 66 f. och 77 f.

⁷ Detta framhäver Ekelöf särskilt i uppsatsen *Från en forskares verkstad*.

⁸ Om denna problematik se *Hannu Tapani Klami, Johanna Sorvettula, Minna Hatakka, Legal Language and Evidence*, i: *Festschrift für Kazimierz Opalek*, Berlin 1989 (i tryck); se även *Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987, passim.

jag själv tycker, att fallet är just det motsatta. Detta tycker jag alltjämt — på de grunder som jag har anfört.

Det är inte resonemanget vid sidan av lagtexten som är godtyckligt. *Det är själva lagtexten som på sätt och vis är godtycklig.* Vad betyder detta? Jo, det finns mer eller mindre klara, entydiga, öppna osv. lagar. Vid Ekelöfs konception får en ganska tillfällig omständighet — lagtextens entydighet — en betydande roll när det gäller valet av sakargument. Det är ju lagtexten som utgör skiljelinjen mellan typfall och icke-typfall. Men rättsnormernas funktion kan i hög grad vara beroende av *bevisfrågor* som återigen ofta är beroende på det sätt varpå rättsnormer tillämpas.

En "radikal" teleologisk metod för rättstillämpning förutsätter, att man omfattar ungefär samma syn också på bevisfrågor, dvs. att beviskrav och bevisbörderegler ger uttryck för samma slags resonemang som vid "tolkningsfrågor". *Klassificering* av ett tillämpningsproblem såsom en *rättsfråga* eller *sakfråga* får inte vara avgörande, när det gäller argumentering. Det är ju ofta mycket svårt att säga, om ett subsumtionsproblem beror på tolknings- eller bevisvårigheter.

Ekelöfs andra stora insats inom juridiken hänför sig till bevisteorin; personligen anser jag, att hans bevisvärdemetod⁹ är ännu originellare och viktigare än den teleologiska metoden. Bevisvärdemetoden bygger på sannolikhetsläran; här har teleologiska argument ingenting att göra. Däremot är *beviskrav* och *bevisbörda* i princip *normativa* ställningstaganden till bevismässig ovisshet.¹⁰

Ekelöf har i olika sammanhang betonat, att man vid uppställandet av beviskrav och bevisbörderegler bör ta hänsyn till de materiella normernas genomslagskraft.¹¹ Hans (och Olivecronas) lära om bevisbördan är klart teleologisk också den — även om jag inte har märkt, att Ekelöf själv hade insett sambandet mellan den teleologiska metoden och hans bevisbördelära. Olivecronas och Ekelöfs bevisbördelära har blivit starkt kritiserad av bl. a. Bolding¹² och senast Lindell. Huvudinvändningen är, att man inte får "offra den materiella sanningen på samhällsnyttans altare" samt att materiellt sett *felaktiga* beslut knappast kan befrämja några vettiga målsättningar. Det är nämligen välkänt, att höga beviskrav (enligt Ekelöf i regel "styrkt") tillsammans med oflexibla bevisbörderegler är ägnade att leda till felbeslut.

När man dock läser "Rättegång IV", ser man, att det sätt varpå Ekelöf uppställer bevisbörderegler är långt mindre teleologisk än man skulle tro; samtidigt är det något förvånansvärt, att den teleologiska metoden inte tillämpas på regler om beviskrav och bevisbörda. De är visserligen oskrivna, men jag inser inte, varför man inte kunde tillämpa den teleologiska meto-

⁹ Om bevisvärdemetoden se *Per Olof Ekelöf*, Rättegång IV, 5 uppl, Stockholm 1982 s. 10 ff.; men Ekelöf har fortsatt att utveckla även denna sin metod, se ex.vis uppsatserna *My Thoughts on Evidentiary Value*, i: *Evidentiary Value* (utg av P Gärdenfors & al), *Essays Dedicated to Sören Halldén*, Lund 1984 s. 9 ff.; *Bevisvärde*, *Filosofisk Tidskrift* 3/1988 s. 1 ff.; rec av Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor*, SvJT 1988 s. 23 ff.

¹⁰ *Ekelöf*, Rättegång IV s. 77 ff.

¹¹ Senast i uppsatsen *En rättsvetenskaplig tragedi i* : Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1985 s. 131 ff. (det handlar om den enl. Ekelöf orättmätiga kritik som riktades mot Olivecronas bevisbördelära), samt i recensionen av Lindells doktorsavhandling, SvJT 1988 s. 23 ff.

¹² *Per Olof Bolding*, *Beviskrav och bevisbörda*, Lund 1983, passim; *Lindell*, *Sakfrågor och rättsfrågor*, särsk. s. 284 ff.

den på sedvanerättsliga regler trots att den vanliga utgångspunkten, lagtexten, saknas.¹³

Ekelöf anser visserligen — på samma sätt som Olivecrona — att bevisbördans placering måste bli beroende av om den materiella regeln skall tillämpas analogt eller e contrario, då rättsfaktums existens är mer eller mindre osäker. Det är viktigt, att den materiella regelns *ändamål* får genomslagskraft i samhällslivet, inte att meddelade domar, som grundas på bevisbördan, i så stor utsträckning som möjligt är materiellt riktiga. Den materiella sanningen är inte alltid ägnad — enligt Olivecrona och Ekelöf — att befrämja den materiella regelns ändamål. Ekelöf vill fastställa den materiella regelns ändamål med hjälp av sin teleologiska metod. Han skriver:

Antag att det föreligger endast en förhållandevis svag bevisning för ett rättsfaktum. Skulle den materiella regelns tillämpning även i sådana fall medverka till förverkligande av dess ändamål, borde denna anses vara *analogt* tillämplig och den presterade bevisningen sålunda *tillräcklig*.¹⁴

Resonemanget är: om man med hjälp av den teleologiska metoden kommer till slutsatsen: analog tillämpning vid svag bevisning, är resultatet: sänkta beviskrav. Om slutsatsen däremot är: e contrario vid svag bevisning är resultatet: höga beviskrav.

För det första: jag kan inte instämma i något sådant resonemang som innebär, att ändamålet helgar medlet. Endast mycket dåliga materiella regler kan upprätthållas med hjälp av materiellt sett oriktiga beslut.

För det andra: jag anser, att fasta bevisbörderegler är oförenliga med resonemang, där bevisbördan är det medel varmed den materiella regelns genomslagskraft uppnås. Om beviskravet är flexibelt, så måste även reglerna om bevisbördan vara flexibla. Med andra ord: bevisbördereglerna måste ävenledes tillämpas på ett målinriktat sätt.

Men bevisbördereglerna ger uttryck för delvis *andra* målsättningar än de materiella normerna. Man måste ta hänsyn till *bevismöjligheterna* samt den socialt sett rättfärdiga riskfördelningen, när det gäller eventuella felbeslut i endera riktningen. I denna uppsats kan jag inte gå närmare in på denna problematik¹⁵, men det är uppenbart, att reglerna om beviskrav och bevisbörda har *sin egen teleologi*, som endast delvis är beroende av den materiella rätten. Men detta är inte någon egentlig invändning mot Ekelöfs teleologiska metod, utan raka motsatsen: metoden är tillämplig på bevisfrågor i en omfattning, som mästaren själv inte fullt har insett.

8. Denna "lagens teleologi", som enligt Ekelöf bör vara vägledande, när lagtillämparen konstruerar rättsnormer, består av de materiella rättsreglernas *handlingsdirigerande funktion*, bedömd på grundval av de s. k. klara fallen. Denna allmänna funktion är någonting annat än stadgandets genomslagskraft i klara fall. Ekelöf talar här om "ultimära ändamål", liksom att det

¹³ Sänkta beviskrav för vissa typfall ger givetvis uttryck för ett visst teleologiskt resonemang, men i de sammanhang där Ekelöf i Rättegång IV talar om sänkta beviskrav hänvisar han bara till bevisvårigheter eller sociala hänsyn. Det för den teleologiska metoden typiska resonemanget om rättsnormens typiska/atypiska natur och funktion saknas här.

¹⁴ Karl Olivecrona, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Uppsala 1930 s. 130; Ekelöf, *Rättegång IV* s. 99 f.

¹⁵ Hannu Tapani Klami, Johanna Sorvettula, Minna Hatakka, *Burden of Proof — Law of Truth?*, ScandStL 1990 (i tryck).

är rättskipningens uppgift i kravmål att öka villigheten att ge kredit och chansen att få sådan.¹⁶

Man ser här en mycket viktig utgångspunkt, som emellertid ofta har blivit förbisedd. Det är fråga om den rättsliga argumentationens *övergripande kriterier*, något som i modern rättsteori kallas för "deep-justification". För många rättsteoretiker är detta kriterium den materiella rättvisan — eller, liksom Peczenik¹⁷ uttrycker detta, den *materiella rättssäkerheten* (till skillnad från ren förutsebarhet, som ju kan omfatta hur oacceptabla beslut som helst). Ekelöf talar om *styrning* och *samhällsmoral*.¹⁸ Jag ser här en mycket relevant skillnad. Trots att även de som talar om en sammanvägning av olika tolkningsdata¹⁹ givetvis beaktar olika argument avseende tolkningsbeslutets allmänna effekter, är det sist och slutligen fråga om *konkret* helhetsbedömning. Man kan tala om beslut på *mikronivån*, medan Ekelöf tar sikte på *makroeffekter*, när han hänvisar till rättsreglernas allmänna handlingsdirigerande funktion.

Det som i olika sammanhang har ansetts vara t. o. m. stötande är Ekelöfs uppfattning, att de materiella reglernas handlingsdirigerande funktion tillåter en viss "felmarginal": ett klart prejudikat bör åtföljas även om detta inte skulle basera sig på ett helt acceptabelt teleologiskt resonemang. Och: *horribile dictu*, man bör vara beredd att riskera felbeslut, som baserar sig på regler om beviskrav och bevisbörd.

Jag delar dock här Ekelöfs grundsyn. Felaktiga beslut kan ej helt undvikas — vittnen kan exempelvis tiga eller ljuga. HD träffar inte heller alltid rätt. Men: felbeslut i bevisfrågor är i särskilt hög grad ägnade att undergräva rättskipningens och hela rättsordningens allmänna legitimitet. Det gäller därför att ta ställning till dylika risker, inte bara att förkasta det i sig orealistiska och ouppnåeliga idealet om ett enda riktigt beslut i såväl sak- som rättsfrågor.

Felbeslut medför alltid olägenhet. De kan — på det hela taget — inte ha någon *positiv* handlingsdirigerande funktion. Trots allt är en viss beslutsrisk *tolerabel*. För att härleda rationella regler om beviskrav och bevisbörd ur en dylik riskbedömning behövs ett beslutsteoretiskt resonemang, som i princip är "teleologiskt".²⁰ Det räcker inte, att man — såsom Ekelöf gör — uppställer dylika regler på grundval av de berörda materiella reglernas syftemål. Ett dylikt resonemang innebär nämligen inte något egentligt ställningstagande till den acceptabla beslutsrisken.

Hannu Tapani Klami

¹⁶ Ekelöf, Supplement s. 57 o 59.

¹⁷ Peczenik, Rätten och förnuftet s. 23 ff. och passim.

¹⁸ Ekelöf, Supplement s. 46 ff.

¹⁹ Se ex.vis Jan Hellner, Rättsteori, Stockholm 1988 s. 63 och Peczenik, Rätten och förnuftet s. 239.

²⁰ Se Hannu Tapani Klami, Mikael Marklund, Marja Rahikainen, Johanna Sorvettula, Ett rationellt beviskrav — teori och empiri, SvJT 1988 s. 588 ff.