INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CLVI]

ALEKSANDER PECZENIK

VAD ÄR RÄTT?

OM DEMOKRATI, RÄTTSSÄKERHET, ETIK OCH JURIDISK ARGUMENTATION

NORSTEDTS JURIDIK

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2021

eISBN: 9789198649710
ISBN: 9138504499 (originalutgåva i tryck)
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.106



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

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f426d

NORSTEDTS
JURIDIK

INSTITUTET FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING [CLVI]

ALEKSANDER PECZENIK

Vad är rätt?

Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation

FRITZES

Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB

Adress till förlaget:
Fritzes Förlag AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Fax 08-20 50 21, telefon 08-690 90 90

Vad är rätt?
Aleksander Peczenik
Upplaga 1:1
ISBN 91-38-50449-9
© 1995 författaren och Fritzes Förlag AB
Sättning: Graphic Systems, Stockholm
Tryck: Graphic Systems, Göteborg 1995

Att mångfaldiga innehållet i denna skrift, helt eller delvis,
utan medgivande av Fritzes Förlag AB, är förbjudet enligt lagen
(1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Förbudet gäller varje form av mångfaldigande:
såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Tolkning av gällande rätt är juridikens huvuduppgift. Vad menas med att rätten är gällande? Är juridikens begreppsbildning förenlig med rättssäkerheten? Lagtolkningen genomsyras av praktiska (ytterst sett etiska) avvägningar. Måste inte avvägningarna mynna ut i en osäkerhet? Till sist: Är rättssäkerheten förenlig med ett annat viktigt ideal – rättvisan i det individuella fallet?

Förevarande framställning bygger på fem tidigare arbeten, *Juridikens metodproblem* (1974), *The Basis of Legal Justification* (1983), *Rätten och förnuftet* (1986), *On Law and Reason* (1989) och *Juridisk argumentation* (1990 – med Aulis Aarnio och Gunnar Bergholtz). Arbetsmaterial, uppläggning, problem och lösningar har emellertid omarbetats radikalt. De tidigare arbetena kan betraktas som mellanstationer på en lång resa som kanske tar slut i och med denna bok.

Jag tackar alla som varit vänliga att kommentera manuskriptet till denna framställning. Särskilt tack vill jag rikta till Joakim Nergelius. Institutet för rättsvetenskaplig forskning har lämnat generöst ekonomiskt stöd till arbetet. Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har beviljat bidrag till tryckningskostnaderna. För detta bistånd tackar jag hjärtligt.

Aleksander Peczenik

Kortfattad innehållsförteckning

1 *Rättssäkerheten* 43
1.1 Stabilitet och flexibilitet 43
1.2 Rättens kristendenser i välfärdsstaten 46
1.3 Frågan om rättens legitimitet 47
1.4 Rättsstaten 50
1.5 Rätten och demokratin 63
1.6 Rättssäkerhetskravet 89

2 *Rätten* 101
2.1 Teori om gällande rätt. Inledning 101
2.2 Rättspositivismen 110
2.3 Rätt och etik – om naturrättsläran 133
2.4 De klassiska lärornas otillräcklighet 138
2.5 Gällande rätt – ett system av normer, handlingar och värden 150
2.6 Rättsnormer och institutionella fakta 159
2.7 Intern giltighet 183
2.8 Extern giltighet 186
2.9 Juridisk avvägningslära 199

3 *Rättskällor* 204
3.1 Juridisk relevans. Sakskäl och auktoritetsskäl 204
3.2 Rättskällor 209
3.3 Lagar och andra föreskrifter 227
3.4 Sedvana 229
3.5 Prejudikat 232
3.6 Förarbeten 241
3.7 Doktrin 260
3.8 Utländsk rätt 264
3.9 Lagförslag och tidigare gällande lag 271
3.10 Lösning av kollisioner mellan rättsnormer 273
3.11 Rättskällor och rättssäkerhet 286

4 *Argumentationen* 289
4.1 Svåra fall 289
4.2 Stöd inom den juridiska argumentationen 299
4.3 Argumentationsnormer och olika juridiska roller 305
4.4 Rättsdogmatiken 312
4.5 Vissa vetenskapsteoretiska synpunkter 320
4.6 Lagtolkning i svåra fall 329
4.7 Vissa klassiska lagtolkningsmetoder 330
4.8 Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning 338
4.9 Analogislut 341
4.10 Teleologisk lagtolkning 362
4.11 Den juridiska sammanvägningsmetoden och rättssäkerheten 375

5 *Etiken* 378
5.1 Frågan om juridiska värderingar kan vara riktiga 378
5.2 Olika värdeteorier och etiska läror 382
5.3 Uppsalaskolan 388
5.4 Hares utilitarism 398
5.5 Rättvise- och rättighetsläror 409
5.6 Gemenskapsetiken 430
5.7 Praktisk mening 439
5.8 Norm- och värdesatsers teoretiska mening – *prima facie*-värden och värdeprinciper 444
5.9 Mer om teoretisk mening av norm- och värdesatser. Slutgiltiga norm- och värdesatser 484

6 *Rätten och etiken* 520
6.1 *Prima facie*-rätten som en del av *prima facie*-etiken 520
6.2 Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken 548
6.3 Motståndsrätt mot förtryck 554
6.4 Åter till rättssäkerheten 562

7 *Sammanhanget* 564
7.1 Inledande anmärkningar om domens motivering 564
7.2 Sammanhängande motivering – den rättsfilosofiska bakgrunden 571
7.3 Sammanhängande motivering: poängen, begreppet, olika motiveringskrav 573

7.4 Sammanhang. Egenskaper hos en teoris stöd – djup och bred motivering, prioritetsordning, ömsesidigt stöd 576
7.5 Relevans 585
7.6 Generalitet 592
7.7 En teoris räckvidd 597
7.8 Avvägning mellan olika motiveringskrav 601
7.9 Tidsmässig koherens 603
7.10 Rationell diskurs 610

8 *Det rätta svaret?* 627
8.1 Rationalitet och kunskap om rättigheter 627
8.2 Rättighetstesen 627
8.3 Ett enda rätt svar? 644
8.4 Sammanhang, riktighet och sanning 652
8.5 Varför skall juridisk argumentation vara rationell? 676
8.6 Slutord – den relativa rättssäkerheten räcker till 698

Innehåll

1 Rättssäkerheten 43

1.1 Stabilitet och flexibilitet 43

1.1.1 Förutsebarhet och ovisshet 43

1.1.2 Spänningen mellan lagen och rättvisan 44

1.1.3 Spänningen mellan lagen och samhällets dynamik 45

1.1.4 Arbetsdelning mellan lagstiftaren och lagtolkaren 46

1.2 Rättens kristendenser i välfärdsstaten 46

1.2.1 Rättsstatsideologin och välfärdsstaten 46

1.2.2 Den moderna statens problem 47

1.3 Frågan om rättens legitimitet 47

1.3.1 Misstro mot myndigheter 47

1.3.2 Allmänt systemförtroende och dess gränser 48

1.3.3 Legitimitet och argumentation 49

1.3.4 Legitimitet och rättssäkerhet 49

1.3.5 Frågor att behandla 50

1.4 Rättsstaten 50

1.4.1 Sammanfattning av rättsstatens egenskaper 50

A *Lag och ordning* 50

B *Rättsstaten och rättssäkerheten* 51

C *Vissa faktorer som främjar rättssäkerheten* 51

D *Exakta och generella regler* 52

E *Likhet inför lagen* 52

F *Rättsreglernas stabilitet* 53

G *Subsumtion; normrationalitet* 53

H *Öppenhet* 54

I *En viss maktdelning. Domstolarnas roll* 55

J *Makthavarnas ansvar* 58

K *Rättens särart och autonomi* 58

L *Den juridiska argumentationen och yrkesjuristerna* 58

1.4.2 Vissa problem angående normrationalitet 59

1.4.3 Vissa etiska problem 60
A *Rättsstat i materiell mening* 60
B *Åter om balans mellan lag och rättvisa* 61
C *Åter till rättsstat och välfärdsstat* 62
D *Det materiella rättsstatsbegreppets karaktär* 63

1.5 Rätten och demokratin 63
1.5.1 Demokratibegreppet 63
A *Demokratibegreppets vaghet* 63
B *Demokratibegreppets tillämpningsområde* 64
C *Demokratins övergripande idé. Folkstyre, folkvilja och demokrativärden* 64
C1 Den klassiska uppfattningen: folkstyre 64
C2 Folkvilja 64
C3 Demokrativärden 66
C4 Ett nödvändigt villkor för demokrati 67
C5 En ekonomisk modell 67
C6 En republikansk modell 68
C7 En diskursmodell 69
C8 Åter till folkviljan 71
1.5.2 Inledande anmärkningar om tillräckliga villkor för demokrati 71
1.5.3 Mer om kännetecken på demokrati 73
A *Majoritetsbeslut* 73
A1 Fria val och allmän rösträtt 73
A2 Motivering av principen om fria val och allmän rösträtt 73
A3 Majoritetsprincipen som ett demokratikrav 73
A4 Majoritetsprincipen och demokratibegreppet 74
A5 Demokrati i materiell bemärkelse 74
A6 Minoritetsskydd 75
A7 Majoritetsstyre och rättstillämpning 76
B *Politisk intresserepresentation* 77
B1 Intresserepresentation och demokratibegreppet 77
B2 Parlamentarismen – en idealmodell 77
B3 Korporativism. Spänningen mellan särintressen och gemensamma bästa 78
B4 Byråkratisering eller de bortglömda målen 78
B5 Maktkalkyler i stället för argumentation 80

B6 En principiell kritik av parlamentarismen? 80
C *Medborgarnas deltagande i politiken och rättsskipningen* 81
D *Fri åsiktsbildning* 81
E *Fri tillgång till information. Öppenhet* 82
F *Fri- och rättigheter* 83
G *Rättssäkerhet* 84
H *Maktdelning* 85
I *Kontrollen över politiska beslut* 86
J *De politiska befattningshavarnas ansvar* 86
1.5.4 Återblick – det materiella demokratibegreppets karaktär och dess konsekvenser 87
A *En sammanjämkning av olika demokrativärden* 87
B *Förhållandet mellan begreppen rättsstat, demokrati och rättssäkerhet* 87

1.6 Rättssäkerhetskravet 89
1.6.1 Begreppet »rättssäkerhet» – förutsebarhetskravet 89
A *Språkbruket* 89
B *Förutsebarhet* 89
C *Förutsebarhetskravets motivering* 90
D *Formalistisk användning av ordet »rättssäkerhet»* 90
1.6.2 Materiell rättssäkerhet 91
A *Rättssäkerhet som en katalog över normer och krav* 91
B *Rättssäkerhetsprincipen och den fullständiga rättssäkerhetsnormen* 92
C *Etik i vidsträckt bemärkelse* 93
D *Begreppet »materiell rättssäkerhet»* 94
E *Exkurs om en felaktig användning av uttrycket »materiell rättssäkerhet»* 95
1.6.3 Varför bör förutsebarhetsprincipen jämkas samman med andra etiska värden? 95
A *Vissa områden där sammanjämkningen är mindre viktig* 95
B *Mer om privaträtten – illusioner och verklighet* 96
C *Hitlerargumentet* 97
D *Slutsatsen: rättssäkerhet och oetisk lag* 98
1.6.4 Materiell rättssäkerhet och juridisk metod 99

A *Materiell rättssäkerhet som juridikens övergripande mål* 99
B *En konsekvens: den juridiska metodens två sidor* 99
C *Ett socialt ansvar för den materiella rättssäkerheten* 100

2 Rätten 100

2.1 Teori om gällande rätt. Inledning 100
2.1.1 Framställningens huvudproblem 100
2.1.2 Varför behövs en teori om gällande rätt? 102
A *Den naiva teorin: gällande rätt är uppskriven i lagboken* 102
B *Intellektuell nyfikenhet* 102
C *Behovet att besvara skeptiska invändningar* 102
D *Nyfikenhet angående rättens legitimitet* 103
E *Svåra fall* 103
2.1.3 Alf Ross' prognosteori 103
A *Huvudtesen* 104
B *Grundantagandena* 104
C *Det rättsfilosofiska antagandet: effektivitetsteori* 104
D *Det vetenskapsteoretiska antagandet: verifikationism* 105
E *Prognosteorin som grundantagandenas konsekvens* 105
F *En klyfta mellan rättsvetenskap och rättspraxis* 105
G *Vissa motexempel* 106
H *Problemet med felaktiga prognoser* 106
I *Kvasiprognoser – cirkelslut 1* 106
J *Domstolsbegreppet – cirkelslut 2* 107
K *Ett räddningsförsök: domarideologi* 107
L *Verifikation eller väsentlighetsbedömning* 107
M *Väsentlighetsbedömning och hermeneutik* 108
N *Ämbetsmannavälde?* 109
O *Insikten i rättens komplexitet* 109
2.1.4 Begreppet »gällande rätt» – praktisk och teoretisk mening 109

2.2 Rättspositivismen 110
2.2.1 Inledning 110
2.2.2 Hans Kelsens »rena rättslära» 111
A *Rätten som en tvångsordning* 112
B *Den rena rättsläran. Vara och böra* 112

C *Den rena rättsläran. Rätten och etiken* 113
C1 Kelsen om rätten och etiken 113
C2 Kritik. Rättsbegreppets beroende av etiken i vissa fall 115
C3 Kritik. Kelsens irrationalism 115
D *Kelsens avsatsteori* 116
E *Kelsens teori om grundnormen* 116
E1 Grundnormen som juristernas antagande 116
E2 Grundnormen som rättens giltighetsgrund i en juridiskt tillräcklig argumentation 118
E3 Grundnormen och rättens enhet 118
E4 Kelsens största förtjänst: insikten om den juridiska argumentationens särart 121
E5 Grundnormen och rättens djupgående giltighetsgrund 121
2.2.3 Herbert Harts rättsteori 122
A *Intern synvinkel* 122
B *Primära och sekundära regler. Igenkänningsregeln* 123
B1 Primära och sekundära regler 123
B2 Igenkännings- och erkännanderegeln 123
B3 Igenkännings- och erkännanderegeln och Kelsens grundnorm 124
B4 Igenkännings- och erkännanderegeln – vaghet 124
C *Rätt och etik* 125
D *Naturrättens minimiinnehåll* 126
E *»Rättens öppna vävnad» och domarens skön* 127
F *Harts förtjänst – insikten om den juridiska argumentationens relativa särart* 129
2.2.4 Den institutionalistiska rättspositivismen 129
A *Rättens komponenter* 129
B *Rätten och etiken* 130
C *Värderelativism* 130
D *Värderationalism* 130
E *Den juridiska argumentationen* 130
F *Värderingsfrihet och teorival* 131
G *Kritik* 132
H *Den institutionalistiska positivismens förtjänst – insikten om den juridiska argumentationens komplexitet och dess rationalitet* 132

2.3 Rätt och etik – om naturrättsläran 133
2.3.1 Inledning 133
A *Naturrättsläran besvarar frågan varför rätten bör följas* 133
B *Naturrätten och etiken. Vaghetsproblemet* 133
C *Naturrätten och människans naturliga ändamål* 134
D *Thomas av Aquino* 134
E *En naturrättslära utan religion* 135
F *Naturrättsläran och samhällsfördraget* 136
2.3.2 Om en modern naturrättslära 136
A *Naturrättslärans pånyttfödelse* 136
B *Alfred Verdross' teori* 137

2.4 De klassiska lärornas otillräcklighet 138
2.4.1 Naturrättslärans och rättspositivismens problem. Kort om begreppet »*prima facie*» 138
A *Inledning – fem distinktioner* 138
B *Naturrättslärans problem* 138
B1 Naturrättslärans definition av gällande rätt är inte tillfredsställande 138
B2 Naturrättslärans svar på den normativa frågan varför rätten bör följas är logiskt tvivelaktigt 139
B3 Naturrättsläran brukar inte skilja mellan prima facie och slutgiltiga norm- respektive värdesatser 139
C *Kort om begreppet »prima facie»* 140
D *Rättspositivismens problem* 140
D1 Rättspositivismen är i princip korrekt när det gäller att beskriva enskilda lagar ur extern synvinkel 140
D2 Juristens interna synvinkel – definitionsfrågan och extrema orättvisor 140
D3 Rättspositivismen har fel när det gäller att fastställa den tolkade rättens giltighet 141
D4 Rättspositivismen är korrekt när det gäller att i ett normalt samhälle juridiskt besvara frågan om en rättsregel skall följas 141
D5 Rättspositivismen har fel när det gäller att besvara frågan om rätten skall följas i ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning 142

2.4.2 Vissa generella argument för och mot en positivistisk bestämning av begreppet »gällande rätt» 142
A *Avvägning som bestämmer ett teorival* 142
B *Språkbruksargumentet* 142
C *Enkelhetsargumentet* 143
D *Effektivitetsargumentet* 143
E *Demokratiargumentet* 144
F *Onödighetsargumentet* 145
G *Redlighetsargumentet* 145
H *Rättssäkerhetsargumentet* 145
H1 Precisionsfrågan 145
H2 Frågan om materiell rättssäkerhet 146
I *Relativitetsargumentet* 147
J *Slutsatsen: tredje rättsteori?* 148
2.4.3 En »vetenskaplig» metateori som rättspositivismens sista räddningsförsök 148

2.5 Gällande rätt – ett system av normer, handlingar och värden 150
2.5.1 Hur skall begreppet »gällande rätt» analyseras? 150
A *Beskrivning och värdering* 150
B *Motsägelsefrihet och sammanhang (koherens)* 151
C *Teorins kärna: juristens interna synvinkel i ett normalt samhälle* 151
D *Teorins periferi* 151
E *Teoretiskt intresse* 152
2.5.2 Gällande rätt – komponenter 152
A *Rätten som ett normsystem* 152
B *Rätten och makten* 152
C *Rättens komplexitet* 153
D *Närmare om rättens komponenter* 153
2.5.3 Gällande rätt som ett system 154
2.5.4 Gällande rätt som en del av verkligheten 156
2.5.5 Rättens omgivning – särskilt om ekonomiska makten 158

2.6 Rättsnormer och institutionella fakta 159
2.6.1 Normbegreppet – en norm som ett komplex 159
A *Bakgrunden – något om teoretiska och praktiska satser* 159
B *Begreppet »norm»* 160
2.6.2 Handlingsregler och målnormer 162

2.6.3 Komponenterna i en fullständig rättslig handlingsregel 162
2.6.4 Konstitutiva normer och institutionella fakta 163
2.6.5 Rättsliga kvalifikationsnormer 165
2.6.6 Rättsliga kompetensnormer och rättighetsnormer som särfall av kvalifikationsnormer 165
A *Begreppet »kompetensnorm»* 165
B *Kompetensnormer som kvalifikationsnormer* 166
C *Kompetenser utan kompetensnormer?* 168
D *Rättslig makt, anspråk och rättighetsnormer* 168
2.6.7 Kan kvalifikationsregler översättas till handlingsregler? 169
A *En ofullständighetsteori* 169
B *Ett särfall – teorin om s.k. mellanbegrepp* 170
C *Teorin om s.k. mellanbegrepp – en oändlig regress angående rättsföljder?* 171
D *Teorin om s.k. mellanbegrepp – en oändlig regress angående rättsfakta?* 171
E *En namngivningsteori: kvalifikationsnormer bestämmer att en viss normativ kvalitet skall anses föreligga* 172
F *Mer om namngivningsteorin: uppfattningen att olika människors eniga tro bildar verklighetsunderlag för en rättslig kvalitet* 172
G *Teorin om att kvalifikationsnormer egentligen saknar normativ karaktär* 173
H *En etisk poäng med kvalifikationsnormer* 173
2.6.8 Institutionella fakta 175
A *Konstitutiva normer som nödvändiga betingelser för institutionella fakta* 175
B *Konstitutiva normer som andra slags betingelser för institutionella fakta* 176
C *Materiella fakta som nödvändiga betingelser för institutionella fakta* 176
D *Språnget från råa fakta till institutionella fakta* 178
E *Institutionella fakta och vissa praktiska begrepp* 178
F *Förhållande till tid och rum* 179
G *Ett komplex av skilda slags komponenter* 179
H *Intern synvinkel* 180

I *Frågan om institutionella fakta »verkligen» existerar* 180
J *Vissa konsekvenser angående begreppet »gällande rätt» – frågan om »övernormer»* 181

2.7 Intern giltighet 183
2.7.1 Inledande anmärkningar om intern giltighet 183
2.7.2 Formaljuridiskt, etiskt och sociologiskt giltighetsbegrepp 184
A *Det formaljuridiska giltighetsbegreppet* 184
B *Det etiska giltighetsbegreppet* 185
C *Det sociologiska giltighetsbegreppet* 186

2.8 Extern giltighet 186
2.8.1 Extern giltighet. Inledning 186
A *Allmänt om kännetecken på extern giltighet* 186
B *Begreppets värdeöppenhet* 187
2.8.2 Definitionsfrågan. Normer om rättssystemets struktur och funktioner 187
2.8.3 Definitionsfrågan. Rättssystemets effektivitet och öppenhet 189
A *Allmänt om normer och handlingar* 189
B *Effektivitet i vardagslivet* 190
C *Effektivitet vid myndighetsutövning* 190
D *Öppenhet* 190
E *Begreppsbildning. Professionella juristers roll* 191
2.8.4 Definitionsfrågan och den normativa frågan. Rätten och etiken 191
A *Huvudtesen* 191
B *Gränsdragningen mellan ett normalt samhälle och ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning. Ett exempel* 191
C *Gränsdragningen mellan ett normalt samhälle och ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning. En skenbar paradox* 192
D *Kravet på att ett rättssystem inte är genomgående extremt oetiskt* 193
E *Gällande rättsordning och etiken – en viss precisering* 194

F *En konsekvens: föränderlighet av begreppet »gällande rätt»* 195
G *En djupgående grund för rättens nödvändiga samband med etiken: rätt, tvång och riktighet* 195
2.8.5 Valet mellan konkurrerande definitioner av »gällande rätt» 196
A *En definition av »gällande rätt»* 196
B *Vissa fördelar med den ovan föreslagna definitionen* 197
C *En jämförelse med Alexys teori* 198

2.9 Juridisk avvägningslära 199
2.9.1 Avvägning och rättssystemets externa giltighet 199
2.9.2 Avvägning och rättsnormernas interna giltighet 200
2.9.3 »Gällande rätt» – ett vagt begrepp med en fast begreppskärna 201
A *Alternativa definitioner och begreppets fasta kärna* 201
B *Vaghet av olika kännetecken på gällande rätt* 202
C *Sammanjämkning av olika kännetecken på rättslig* 202

3 Rättskällor 203

3.1 Juridisk relevans. Sakskäl och auktoritetsskäl 203
3.1.1 Begreppet »juridisk relevans» 203
A *Ett exempel* 203
B *Begreppet* 204
3.1.2 Sakskäl 207
3.1.3 Auktoritetsskäl 208

3.2 Rättskällor 209
3.2.1 Inledning om begreppet rättskällor 209
A *Källor till rättslig auktoritet* 209
B *Begreppet formella rättskällor* 210
C *Rättskällebegreppets vaghet* 211
D *Rättskällebegreppets mångtydighet. Rättens kausala »källor», kunskapskällor och giltighetsrekvisit* 211
D1 Orsaker till en rättsnorms innebörd 211
D2 Informations- och kunskapskällor 211
D3 Giltighetsrekvisit: den »sista faktorn» 212
3.2.2 Rättskälleläran 212
3.2.3 Inledning om rättskällenormer. Rättskällor som skall, bör, respektive får åberopas som auktoritetsskäl 213

3.2.4 Vad menas med »skall beaktas som auktoritetsskäl», »bör beaktas som auktoritetsskäl» och »får åberopas som auktoritetsskäl»? 218
A *»Skall» och »bör»* 218
B *Allmänt om prioritetsordning mellan rättskällor* 219
C *Vissa institutionella konsekvenser* 220
3.2.5 Varför bildar juridisk argumentation en särskild argumentationstyp? 221
A *En generell kunskaps- och vetenskapsteoretisk förklaring och motivering* 221
B *En etisk förklaring och motivering* 221
3.2.6 Varför har vi en tredelning av rättskällor? 222
3.2.7 Mer om rättskällenormer 223
A *Rättskällenormers funktioner* 223
B *Rättskällenormers prima facie-karaktär* 225
C *Vissa fakta bakom rättskällenormerna* 225
D *Rättskällenormernas motivering* 225
E *De sedvanerättsliga rättskällenormernas dignitet inom rättsordningen* 227

3.3 Lagar och andra föreskrifter 227
3.3.1 Inledande anmärkningar 227
3.3.2 Lagens juridiska nödvändighet 228
3.3.3 Varför bör lagen ha en dominerande ställning i juridisk argumentation? 228

3.4 Sedvana 229
3.4.1 Sedvanans funktion 229
3.4.2 Sedvanans auktoritet 229
3.4.3 *Opinio necessitatis* 230
3.4.4 Sedvanerätt och myndigheters praxis 230
3.4.5 Sedvanans rättsliga ställning 231

3.5 Prejudikat 232
3.5.1 Inledning 232
3.5.2 *Ratio decidendi* 232
A *Frågan om väsentliga likheter* 232
B *Ratio och dicta* 233
C *Likheter och prejudikatregler* 234
D *Ett anfört och ett konstruerat ratio decidendi* 235

E *Ändrad praxis* 235
F *Rationalitet och auktoritet* 237
3.5.3 Vissa skäl för och mot att prejudikat bör följas 238
3.5.4 Prejudikatens roll 239

3.6 Förarbeten 241
3.6.1 Inledning 241
3.6.2 Är intentionstolkningen möjlig? Begreppet »lagstiftarens vilja» 243
3.6.3 Lagstiftarens vilja och lagens ändamål 245
3.6.4 Är lagens rimliga ändamål förenligt med demokrati? 245
3.6.5 Bör man beakta förarbetena? 246
3.6.6 Förarbetens ställning i svensk rätt. Inledning 249
3.6.7 Förarbetens ställning i svensk rätt. Vissa rättskällenormer 252
3.6.8 Förarbetenas roll – vissa utvecklingstendenser 256
3.6.9 Svenska förarbeten i europeisk union 257

3.7 Doktrin 260
3.7.1 Inledning 260
3.7.2 Doktrinen som en rättskälla 262
3.7.3 Doktrinens betydelse i svensk rätt 262
3.7.4 Grunden för doktrinens auktoritet 262
3.7.5 Vissa faktorer som påverkar doktrinens auktoritet 263

3.8 Utländsk rätt 264
3.8.1 Den främmande rättens faktiska inflytande på den inhemska juridiken 264
3.8.2 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl. En direkt hänvisning i inhemsk lag 265
3.8.3 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl utan direkt hänvisning i inhemsk lag. Vissa speciella omständigheter 266
3.8.4 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl i övrigt 267
3.8.5 Värdegemenskap mellan inhemsk och utländsk rätt 268
3.8.6 Värdegemenskap mellan inhemsk och utländsk rätt – nödvändigheten av en samlad bedömning 268
3.8.7 *Preaesumptio similitudinis* och rättsordningars gemensamma kärna 269
3.8.8 Vissa teoretiska slutsatser 270

3.9 Lagförslag och tidigare gällande lag 271
3.9.1 Lagförslag 271
3.9.2 Upphävd lag 272

3.10 Lösning av kollisioner mellan rättsnormer 273
3.10.1 Kollision mellan regler och kollision mellan principer 273
A *Logiskt, empiriskt och värdemässigt oförenliga regler* 273
B *Total och partiell oförenlighet* 274
C *Kollision mellan principer* 275
3.10.2 Juridisk lösning av kollisioner mellan rättsnormer 276
A *Rättens och rättsvetenskapens upplösning?* 276
B *Antagandet om rättssystemets enhet* 278
C *Den juridiska tolkningens mål: att göra rättsordningen så sammanhängande som möjligt* 280
3.10.3 Kollisionsnormer 280
A *Huvudregler* 280
B *Harmoniseringsregler* 280
C *Prioritetsregler* 281
3.10.4 Kollisionsnormers *prima facie*-karaktär. Kollisionslösning i konkreta fall 285

3.11 Rättskällor och rättssäkerhet 286

4 Argumentationen 289

4.1 Svåra fall 289
4.1.1 Rättstillämpning i rutinfall och i svåra fall 289
A *Inledning – begreppet rättstillämpning* 289
B *Subsumtion i rutinfall* 290
C *Svåra fall* 291
D *Subsumtion i svåra fall* 291
4.1.2 Exempel 1. Mångtydighet 292
4.1.3 Exempel 2. Vaghet 293
4.1.4 Värdeöppenhet 293
4.1.5 Exempel 3. Analogislut 295
4.1.6 Exempel 4. Ett val mellan olika tillämpliga lagbestämmelser 296
4.1.7 Ett val mellan olika rättsföljder 296
4.1.8 Regel och undantag 297

4.1.9 Exempel 5. Obsolet lag 297
4.1.10 Exempel 6. Ny teknik m.m. 298
4.1.11 Exempel 7. Bevisning av fakta 298

4.2 Stöd inom den juridiska argumentationen 299
4.2.1 Ett exempel på juridisk argumentation 299
4.2.2 Juridisk argumentation som en dialog 300
4.2.3 Juridisk argumentation som en logisk slutledning. Ett exempel 300
4.2.4 Tillagda värdepremisser och avvägning 302
4.2.5 En mer eller mindre djupgående argumentation 302
4.2.6 Juridisk argumentation som ett rimligt språng 302
4.2.7 Olika slags juridiska språng och transformationer 303
A *Det rättsgrundande språnget* 304
B *Inomrättsliga språng* 304
B1 Språng till rättskällor 304
B2 Språng till juridisk tolkning 305

4.3 Argumentationsnormer och olika juridiska roller 305
4.3.1 Argumentationsnormer 305
4.3.2 Olika juridiska roller och argumentationstyper 308

4.4 Rättsdogmatiken 312
4.4.1 Rättsdogmatiken och andra rättsvetenskapliga discipliner 312
4.4.2 Rättsdogmatik och rättspraxis 313
4.4.3 Rättsdogmatiska teorier och begrepp 317
A *Frågeställningen* 317
B *Exempel 1 – adekvansteorier* 317
C *Exempel 2 – äganderättens övergång* 318
D *Slutsatsen* 319

4.5 Vissa vetenskapsteoretiska synpunkter 320
4.5.1 Inledande anmärkningar om vetenskapsteori och juridik 320
4.5.2 Juridisk induktion? 321
4.5.3 Juridiska hypoteser? 322
4.5.4 Juridikens grundantaganden. Åter frågan om relevans 323
4.5.5 Juridikens arbetsprogram 326
4.5.6 En slutsats angående rättssäkerhet 328

4.6 Lagtolkning i svåra fall 329

4.7 Vissa klassiska lagtolkningsmetoder 330
4.7.1 Bokstavstrogen tolkning 330
4.7.2 Vissa krav på språklig konsekvens 331
4.7.3 Logisk lagtolkning. Subsumtionens betydelse 333
4.7.4 Kvasilogiska maximer 333
4.7.5 Systematisk tolkning 335
4.7.6 Tolkning påverkad av begreppsanalys 337
4.7.7 Tolkning påverkad av olika rättsdogmatiska teorier 337
4.7.8 Sammanhangets betydelse 337

4.8 Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning 338

4.9 Analogislut 341
4.9.1 Begreppet »laganalogi» 341
A *Definition och vissa logiska frågor* 341
B *Analogi och normgeneralisering* 342
C *Laganalogi i olika rättsordningar* 343
4.9.2 Motsatsslut 344
4.9.3 Luckor i lagen 345
A *Laganalogi och analogi inom lagen* 345
B *Luckor i lagen och luckor i rättsordningen* 346
C *Olika slags luckor i lagen* 346
4.9.4 Institutanalogi och rättsanalogi 349
4.9.5 Valet mellan laganalogi och motsatsslut 350
A *Ett val mellan två olika rättssäkerhetsaspekter* 350
B *En »rättsrealistisk» kritik* 351
C *Laganalogi och motsatsslut som argumentformer* 351
D *Argumentationsnormer för valet mellan laganalogi och motsatsslut* 352
D1 Väsentlighetsnormen 352
D2 Normer som främjar beslutsfattandets förutsebarhet 354
D3 Skillnader mellan olika rättsområden 358
D4 Skillnader mellan olika rättsliga relationer 358
D5 Skillnaden mellan analogi och extensiv lagtolkning 358
D6 Normer som främjar beslutsfattandets uniformitet och dess sammanhang med generella principer 358
D7 Slutsatser 360
4.9.6 Valet mellan flera analogier 360

4.9.7 Argument *a fortiori* 361

4.10 Teleologisk lagtolkning 362
4.10.1 Strukturen 362
4.10.2 Subjektiv och objektiv teleologisk lagtolkning 364
4.10.3 Den klassiska och den radikalteleologiska lagtolkningen 366
4.10.4 Ekelöfs lära. Inledning 367
4.10.5 Ekelöfs lära. Precisionsproblemet 369
4.10.6 Ekelöfs lära. Problemet med flera ändamål 371
4.10.7 Ekelöfs lära. Problemet med den förenklade rättskälle- och metodläran 372
4.10.8 Ekelöf och uppsalaskolan 373
4.10.9 Vissa slutsatser om Ekelöfs metod 375

4.11 Den juridiska sammanvägningsmetoden och rättssäkerheten 375
4.11.1 Lagens ändamål och avvägning 375
4.11.2 Teleologisk lagtolkning eller den juridiska sammanvägningsmetoden? »Eklektiker» och »fanatiker» 376
4.11.3 Åter till rättssäkerheten 376

5 Etiken 378

5.1 Frågan om juridiska värderingar kan vara riktiga 378
5.1.1 Inledning – en teori om juridisk argumentation 378
A *Frågan om den juridiska argumentationens rättfärdigande* 378
B *Mer om rättfärdigandefrågan – samspel mellan det normativa och det deskriptiva* 378
C *Ett juridiskt tillräckligt och ett djupgående rättfärdigande* 378
D *Den allmänna rättsläran* 378
5.1.2 Juridiska tolkningssatser 381
A *En säregen blandning* 381
B *Oförenliga antaganden?* 381
C *Problemställningen* 381

5.2 Olika värdeteorier och etiska läror 382
5.2.1 Inledning 382
A *Teorier om värdesatsers innebörd* 382
B *Teorier om värdens existens* 383
C *Teorier om kunskap om värden* 384

5.2.2 Värdenaturalism 384
5.2.3 Värdeobjektivism 386
5.2.4 Emotivism, värdenihilism och värdeskepticism. Rättsnihilism 387

5.3 Uppsalaskolan 388
5.3.1 Axel Hägerströms filosofi 388
A *Hägerströms verklighetslära* 388
B *Hägerströms värdelära – frågan om samband med tid och rum* 389
C *Hägerströms värdelära – frågan om självmotsägelse* 389
D *Hägerströms kritik av gällande rätt* 390
E *Kort om Hägerströms elever* 391
5.3.2 Karl Olivecrona om fristående imperativer och deras funktioner 391
5.3.3 Tore Strömbergs konventionalism 393
5.3.4 En kritik av uppsalaskolan 394
A *Uppsalaskolans negativa verkningar för juridiken* 394
B *Kritiska synpunkter på värdenihilismen* 394

5.4 Hares utilitarism 398
5.4.1 Det etiska språket, bl.a. universaliserbarhet 398
5.4.2 Det etiska språket. Preferensutilitarism 400
5.4.3 En preferensavvägning 400
5.4.4 Det etiska tänkandets två nivåer 403
5.4.5 Kritik av Hares teori 404
A *Materiella slutsatser ur universaliserbarhetsteorin?* 404
B *Vissa motexempel och naturrättsliga antaganden* 406
C *Moores fråga* 406
D *Rättigheternas särställning* 407
E *Kan olika personers preferenser jämföras med varandra?* 408

5.5 Rättvise- och rättighetsläror 409
5.5.1 Inledande anmärkningar om olika rättvise- och rättighetsläror 409
A *Rättvisa som det högsta värdet* 409
B *Exempel på olika rättviseläror* 409
B1 Allmänfilosofiska teorier 410
B2 Kasuistiska teorier 410
B3 Psykologiska och sociologiska teorier 411

5.5.2 Rättvisa och jämlikhet 411
A *Den formella rättviseprincipen* 411
B *Materiella principer för distributiv rättvisa* 412
C *Kollisioner mellan olika materiella rättviseprinciper* 412
D *Fördelningsföremål* 413
E *Relation mellan fördelningsgrundande egenskaper och den andel som man bör få* 413
E *Likaviktprinciper* 414
F *Rättviseprincipernas vaghet* 414
5.5.3 John Rawls' rättviselära 415
A *Teorins ändamål och den utvalda metoden* 415
B *Ursprungspositionen* 416
C *Rawls' rättviseprinciper* 417
D *Prioritetsordning mellan principerna* 418
E *Kritik – måste rationella individer välja Rawls' principer?* 418
F *Kritik – rättvisa för den sämst ställda eller för alla?* 419
G *Kritik – vad är primära värden?* 420
H *Kritik – prioritetsordning mellan principerna* 420
I *Kritik – förtjänst eller »genetisk lotteri»?* 421
J *Kritik – Moores fråga* 421
5.5.4 Robert Nozicks rättviselära 422
A *Rättvis fördelning eller välförvärvade rättigheter?* 422
B *Rättvist förvärv och rättvis överlåtelse* 423
C *Minimalstaten* 424
D *Kritik – rätt till en råvara?* 424
E *Kritik – lärans vaghet* 425
F *Kritik – samhällets nya medlemmar* 425
G *Kritik – en etisk maktutövning i minimalstaten?* 425
H *Kritik – Moores fråga* 426
5.5.5 Vissa sammanfattande synpunkter avseende frågan om rättvisa och rättigheter 427
A *Poängen med rättvisebedömningar – idén om ett »suum»* 427
B *Ett »suum» och rättigheter* 427
C *Övergripande rättviseprinciper* 428
D *Vissa mer konkreta rättviseprinciper* 429
E *En slutgiltig rättvisebedömning* 430

5.6 Gemenskapsetiken 430
5.6.1 Gemenskapsetiken i allmänhet 430
A *Inledning* 430
B *Rättvisa som ett av flera värden* 433
5.6.2 Ett exempel på gemenskapsetik: MacIntyres dygdlära 434
A *En duglighetslära* 434
B *Olika verksamheter* 434
C *Etisk duglighet* 435
D *Tradition* 435
E *Förtjänst* 437
F *Kritik* 437
5.6.3 Gemenskapsetikens huvudproblem 439

5.7 Praktisk mening 439
5.7.1 Praktisk mening hos normsatser 439
A *Inledning* 439
B *Allmänt om praktisk mening* 440
C *Normer och vilja* 441
5.7.2 Praktisk mening hos värdesatser 443

5.8 Norm- och värdesatsers teoretiska mening – prima facie-värden och värdeprinciper 444
5.8.1 Motiverbarhet och teoretisk mening av etiska och juridiska norm- och värdesatser 444
A *Frågan »varför?»* 444
B *Olika sätt att motivera etiska norm- och värdesatser* 445
C *Begreppet teoretisk mening av norm- och värdesatser* 446
5.8.2 Principer, etiska läror och värden 446
A *Principer* 446
A1 Begreppet värdeprincip 446
A2 Principers roll i rättsordningen 447
A3 Explicita och implicita principer 447
A4 Olika slags rättsprinciper 448
A5 Principers prima facie-karaktär 450
B *Enigheten om kännetecken på det etiskt goda* 450
B1 Huvudtesen 450

B2 Hur uttrycker sig enigheten om etiska värden och värdeprinciper? 451
B3 Enighetsuppvisande fakta och värdegrundande fakta 451
B4 Värdebegreppet 451
C *Generella läror om etisk godhet* 452
D *Etikens ostridiga mål – hänsyn till andra människor* 453
E *Preferensutilitarismens särställning* 453
E1 Preferensutilitarismens huvudidé 453
E2 Preferensutilitarism, rättigheter och rättvisa 453
E3 En idealteori om etikens mål 454
E4 Medvetna preferenser och omedvetna livsnödvändigheter 455
E5 Preferenser och gemenskapsetiken 455
E6 Ett preferensutilitaristiskt antagande om etikens mål 455
E7 Begreppet »etiskt gott»? 455
E8 Idealteori och praktiskt användbara kännetecken 456
F *Olika slags värden* 457
F1 Individuella värden 457
F2 Kollektiva värden m m 457
G *Vissa kommentarer om olika värden* 458
5.8.3 *Prima facie*-karaktären hos etiska principer, värden och läror 459
A *Kort om slutgiltiga norm- och värdesatser* 459
B *Prima facie-norm- och värdesatser* 459
C *Konkurrens mellan olika principer, värdesatser och läror* 460
D *Hypotesen om avvägningars betydelse* 461
E *Prima facie-karaktär av generella etiska principer, värdesatser och läror* 463
F *En konsekvens angående logiken* 464
G *En konsekvens angående lärornas sanningsvärde* 464
5.8.4 Det etiska språket. Möjliga etiska *prima facie*-satser 465
5.8.5 Den etiska kulturen. Primär relevans 466
A *Begreppet »primär etisk relevans»* 466
B *Kulturbegreppet* 467

C *Begreppet »normal»* 469
D *Gemensamma punkter av alla kulturer? Medfödd kunskap?* 469
5.8.6 Fundamentism och koherentism 471
A *Fundamentism* 471
B *Sammanhangsteori (koherentism)* 472
C *Två former av juridisk fundamentism: positivism och naturrättslära* 473
D *En juridisk sammanhangsteori* 473
5.8.7 Säkerhet och livsformen 473
A *Satser som är säkra var för sig* 473
B *Livsformen* 474
C *Grundläggande begrepp* 476
D *Wittgenstein om sammanhang* 476
E *Vissa sammanfattande synpunkter om säkra satser och livsformen* 476
F *Prima facie-norm- och värdesatser som en beståndsdel av vår livsform* 477
G *Prima facie- rätten som en beståndsdel av vår livsform* 478
5.8.8 Relevans och det språkligt möjliga 479
A *Steget från relevans till det språkligt möjliga* 479
B *Steget från det språkligt möjliga till relevans* 479
5.8.9 Steget från teoretiska satser till etiska *prima facie*-slutsatser 480
5.8.10 Åter till osäkerhetsproblematiken 482
5.9 Mer om teoretisk mening av norm- och värdesatser. Slutgiltiga norm- och värdesatser 484
5.9.1 Slutgiltig skyldighet i motsats till skyldighet *prima facie*. Kritisk etik 484
A *Huvudtesen* 484
B *Slutgiltiga norm- och värdesatser* 484
B1 Inledning 484
B2 Avvägningsmässigt slutgiltiga norm- och värdesatser 485
B3 Slutgiltigt handlingsrättfärdigande norm- och värdesatser 485
C *Intern synvinkel och kritisk etik* 486

5.9.2 Avvägningars betydelse i etisk argumentation 486
A *Avvägning mellan principer respektive värden – inledning* 486
B *Ändamålet: en idealteori om den bäst motiverade etiska ståndpunkten* 486
C *Kravet på en fullständig motivering* 486
D *Kravet på en fullständig avvägning* 486
5.9.3 Avvägning mellan principer och värden – ett exempel 489
5.9.4 Rationalitet 490
A *Logisk rationalitet* 491
B *Sammanhangsrationalitet* 491
C *Debattrationalitet* 491
D *Förhållandet mellan olika rationalitetskrav* 491
E *Mer om förhållandet mellan logisk rationalitet och andra rationalitetskrav* 492
E1 Huvudteser 492
E2 Språng inom den etiska argumentationen 492
E3 Rimligt språng 493
E4 Begreppet »rimligt stöd» 494
E5 Begreppet »rimlig sats» 494
E6 Rimliga slutgiltiga etiska satser 495
E7 Rimliga etiska prima facie-satser 495
5.9.5 Ändring av värden 496
A Äkta och oäkta ändring 496
B Mer om oäkta ändring 497
5.9.6 Sekundär etisk relevans 497
A *Begreppet »sekundär relevans»* 497
B *Sekundär relevans och avvägning* 498
B1 Frågeställningen 498
B2 Huvudtesen 498
B3 Valet av argumentationens utgångspunkt 499
B4 Kollision mellan värden 500
B5 Avvägning och en äkta värdeändring 501
C *Sekundär relevans och avvägning i juridiken* 502
D *Slutsatser angående gränsdragningen mellan relevans och avvägning* 504
5.9.7 Den slutgiltiga avvägningens egenskaper 504
A *Nödvändighet* 504

B *Konkret sammanhang* 504
C *Sammanhangets betydelse* 504
D *En avvägning mellan flera värden* 505
E *Avvägningens resultat: ett konkret värdeomdöme, en konkret norm, en generell regel eller en princip* 506
5.9.8 Den etiska argumentationens slutpunkt 508
A *Ett omotiverat antagande som argumentationens slutpunkt* 508
B *Personliga preferensers roll* 508
C *Argumentationens slutpunkt: ett konkret värdeomdöme eller en regel* 510
D *Ingen avvägningskalkyl* 510
E *Avvägning mellan etiska prima facie satser – betydelsen av analogislutet* 511
F *Argumentationens slutpunkt: ett värdeomdöme eller ett värdesystem* 511
5.9.9 Avvägning mellan regler 512
5.9.10 Steget från teoretiska satser till slutgiltiga etiska slutsatser? 514
A *Teorin om enighet mellan alla etiska läror* 514
B *Teorin om det viktigaste värdet* 516
C *Teorin om enighet mellan många etiska läror* 517
D *Slutsatsen om avvägning och rättssäkerhet* 517
5.9.11 Steget från slutgiltiga etiska satser till teoretiska slutsatser 517

6 Rätten och etiken 520

6.1 *Prima facie*-rätten som en del av *prima facie*-etiken 520
6.1.1 Utgångspunkten: en värderande juridik 520
6.1.2 Juridisk argumentation är ett särfall av praktisk argumentation 522
6.1.3 Den första slutsatsen: Alla etablerade rättsregler har *prima facie*-karaktär 525
6.1.4 Den andra slutsatsen: En etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen 527
6.1.5 Vissa skäl för den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa lagen 528
A *Bakgrunden – varför bör man handla etiskt?* 528
B *Ordningsargumentet* 529

C *Mer om ordningsargumentetet: marknadsmisslyckanden* 531
D *Utilitaristiska skäl för att ha en ordning* 532
E *Medborgarnas implicita samtycke och löfte som ett argument för att lyda lagen* 533
F *Hypotetiskt samtycke av rationella och opartiska individer* 534
G *Ömsesidighetsargumentet* 534
H *Livsformsargumentet* 534
I *Laglydnadsplikten och begreppet »gällande rätt»* 535
J *Om begreppet »etisk skyldighet»* 536
K *Kan en egoist övertygas om att han bör lyda lagen?* 537
L *Moralbildningsargumentet* 537
M *Demokratiargumentet* 538

6.1.6 Vissa ytterligare synpunkter på den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa lagen 540

6.1.7 Mer om grundnormen 541
A *Juristernas generella grundnorm i ett normalt samhälle* 541
B *Författningens bokstav och den riktigt tolkade författningen* 542
C *Normalt samhälle och ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning* 542
D *Kännetecken på gällande rättsordning och frågan om varför rätten skall följas* 543
E *Den dolda slutledningen* 543
F *Kelsens grundnorm för all juridik och olika mer detaljerade grundnormer som förutsätts i mån av behov* 545
G *De konditionala grundnormernas existens* 546
H *De konditionala grundnormerna och etiken* 546
I *De konditionala grundnormerna och ömsesidigt stöd i juridisk argumentation* 547

6.1.8 Sammanfattning 547

6.2 Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken 548

6.2.1 Den slutgiltigt bindande etiken måste beakta den etablerade rätten 548

6.2.2 Den slutgiltiga rätten som en tolkad rätt 548

6.2.3 Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken 549
6.2.4 Juridisk argumentation som ett särfall av etisk argumentation 550
6.2.5 Exkurs. Är särfallteserna naturrättsliga? 552
6.2.6 Vissa skäl för att lyda de normer som har stöd av förnuftig juridisk argumentation 553

6.3 Motståndsrätt mot förtryck 554
6.3.1 Inledning 554
6.3.2 Motståndsformer 555
A *Tyst olydnad* 555
B *Demonstrativ och fredlig (»civil») olydnad* 555
C *Olydnad med inslag av våld. Väpnad revolution* 556
6.3.3 Villkor för motståndsrätt 557
A *Klar övervikt för etiska skäl mot laglydnad* 557
A1 Vilka skäl kan väga tyngre än skyldigheten att lyda lagen? 557
A2 Förhållandet mellan lagen och olydnadshandlingen 558
B *Argumentationens utsiktslöshet* 559
C *Vissa invändningar* 560
6.3.4 Argumentationsbördan 561
6.3.5 Slutsatsen om motståndsrättens berättigande 562

6.4 Åter till rättssäkerhet 562

7 Sammanhanget 564

7.1 Inledande anmärkningar om domens motivering 564
7.1.1 Inledning 564
7.1.2 Olika motiveringstyper 565
7.1.3 Inte allt är möjligt 569
7.1.4 Varför bör domen motiveras? 571

7.2 Sammanhängande motivering – den rättsfilosofiska bakgrunden 571
7.2.1 Striden om koherensbegreppet 571
7.2.2 Koherens genom generella principer 572
7.2.3 Koherens genom modifiering av data 572
7.2.4 Kort om koherens och tiden 573

7.3 Sammanhängande motivering: poängen, begreppet, olika motiveringskrav 573

7.3.1 Begreppet »sammanhängande motivering» 573
7.3.2 Olika motiveringskrav 575
7.3.3 Sammanhangsteorins karaktär 576

7.4 Sammanhang. Egenskaper hos en teoris stöd – djup och bred motivering, prioritetsordning, ömsesidigt stöd 576
7.4.1 Många satser som stöds med skäl 576
7.4.2 Långa argumentkedjor – en djup motivering 577
7.4.3 Samband mellan argumentkedjor – bred motivering 577
7.4.4 Prioritetsordningar av skäl 578
7.4.5 Ömsesidigt stöd och meningssammanhang 579
A *Begreppet »ömsesidigt stöd»* 579
B *Empiriskt ömsesidigt stöd* 580
C *Analytiskt ömsesidigt stöd* 580
D *Normativt ömsesidigt stöd* 582
E *Komplext ömsesidigt stöd* 583
F *Motiveringskrav på ömsesidigt stöd?* 584

7.5 Relevans 585
7.5.1 Relevans och relevant stöd 585
A *Olika discipliner* 585
B *Relevansbegreppet* 586
C *Etisk relevans* 587
D *Särskild relevans* 587
E *Nödvändigt stöd* 588
F *Motiveringskravet avseende särskild relevans* 589
7.5.2 Relevans och argumentkedjor 589
A *Problemställning – varför finns det argumentkedjor?* 589
B *Argumentkedjor och argumentationsnivåer* 590
C *Argumentationens faktiska uppdelning i olika typer* 590
D *Varför finns det olika argumentationstyper? En kausalförklaring* 590
E *En hypotes om kunskapens bestående struktur* 591
F *Varför finns det argumentkedjor, särskilt relevanta satser och argumentationsnivåer? Inre sammanhang inom en argumentationstyp* 591
G *Varför finns det argumentkedjor, särskilt relevantasatser och argumentationsnivåer? Antagandet om inre sammanhang och sanning* 591

7.6 Generalitet 592
7.6.1 Allmänt om begreppens generalitet 592
A *Sambandet mellan egenskaper hos en teoris stöd och egenskaper hos dess begrepp* 592
B *Inledande anmärkning om generalitet* 592
C *Universalitet* 592
D *Generalitet i strikt mening* 593
E *Begreppslig familj* 594
F *Motiveringsteser och motiveringsprinciper om generalitet* 595
G *Generalitet och enkelhet* 595
7.6.2 Mer om generalitet – begreppsligt förhållande mellan olika teorier 596

7.7 En teoris räckvidd 597
7.7.1 Sammanhang och data 597
A *Huvudtesen* 597
B *Skeptikerns fråga* 597
C *Sammanhängande motivering som ett »filter» för »data-kandidater»* 597
7.7.2 Antal livsområden 599

7.8 Avvägning mellan olika motiveringskrav 601
7.8.1 Sammanjämkning 601
7.8.2 Rutinfall och motiveringskrav 602
7.8.3 Ytterligare om personliga preferensers roll i argumentationen 603

7.9 Tidsmässig koherens 603
7.9.1 Koherens och tradition 603
7.9.2 Diakron koherens och logiken 605
7.9.3 Ändringar inom en tradition 605
7.9.4 Traditionens successiva förändring 606
7.9.5 Motiveringstes och princip om diakron koherens 608

7.10 Rationell diskurs 610
7.10.1 Saklighet och konsensus 610
A *Utgångspunkt: endast en relativ säkerhet av sammanhängande motivering* 610
B *Inledande anmärkningar om saklig debatt* 610
C *Kort om Habermas och Alexy* 611
D *Huvudtesen om sammanhang och saklighet* 611

E *Motivering, debatt, kultur och livsform* 612
7.10.2 Robert Alexys regler
för den rationella praktiska diskursen 613
7.10.3 Alexys rationalitetsprinciper 619
7.10.4 Alexys regler för den rationella juridiska debatten 620
7.10.5 Är Alexys system av rationalitetsnormer allmängiltigt? 625
7.10.6 Diskurs, motivering och etiskt handlande 626

8 Det rätta svaret? 627

8.1 Rationalitet och kunskap om rättigheter 627
8.1.1 Utgångspunkt: rationalitet och det rätta svaret 627
8.1.2 Kort om Dworkins teori 627

8.2 Rättighetstesen 627
8.2.1 Inledning – Dworkin om rättsprinciper 627
8.2.2 Dworkins rättighetstes 629
8.2.3 Att ha rätt och att ha en rättighet 630
8.2.4 Skyldigheter utan rättigheter 630
8.2.5 En rättighet som ett »trumfkort»? 632
8.2.6 Förutbefintliga rättigheter? 632
A *Dworkins tes om förutbefintliga rättigheter* 632
B *Domare som rättighetsskapare* 632
8.2.7 Frihet 633
A *Frihetsbegreppet* 633
B *Kort om utilitaristiska frihetsgrunder* 635
C *Universella frihetsgrunder?* 635
C1 Minimala frihetsläror 635
C2 En handlingslära 635
C3 En diskurslära 637
D *»Förutbefintlig» etisk prima facie-frihet* 639
E *Ingen »förutbefintlig» och slutgiltig etisk frihet* 640
8.2.8 Anspråk 640
A *Anspråksbegreppet* 640
B *»Förutbefintligt» prima facie-anspråk* 641
C *Indirekt prima facie-anspråk*
härlett av prima facie-skyldighet 642
D *Inget »förutbefintligt» slutgiltigt anspråk* 642
8.2.9 Kompetens 643

A *Kompetensbegreppet* 643
B *»Förutbefintlig» prima facie-kompetens. Ingen slutgiltig kompetens* 643
C *Implicit rättslig prima facie-kompetens* 643
D *Implicit etisk prima facie-kompetens* 643
8.2.10 Sammansatta rättigheter 644
8.2.11 Samspel mellan olika personers slutgiltiga rättigheter 644

8.3 Ett enda rätt svar? 644
8.3.1 Tesen om ett enda rätt svar 644
A *Inledning – två versioner* 644
B *Hercules* 645
C *Om rätt och rättighet* 646
D *Exkurs om filosofisk metod* 647
8.3.2 Ojämförbarhet och dess konsekvenser 648
A *Allmänt om ojämförbarhet* 648
B *Avvägningsmässig konsekvens: flera rätta svar* 649
C *Handlingsmässig konsekvens – inget rätt svar* 650
8.3.3 Varför kan skäl och motskäl vara ojämförbara? 650
A *Vissa synpunkter på språket, avvägningar och valfriheten* 650
B *Objektivitet och relativism* 652
C *Rätt svar och sanning* 652

8.4 Sammanhang, riktighet och sanning 652
8.4.1 Sanningsteorier 652
A *Sanningsbegreppets olika aspekter* 652
B *Sanning som överensstämmelse mellan tro och fakta* 652
C *Koherensteori om sanning* 652
D *Konsensusteori om sanning* 652
E *Pragmatisk teori om sanning* 652
F *Den icke-kognitivistiska teorin om sanning* 655
G *De icke-klassiska sanningsteoriernas principiella svaghet* 655
8.4.2 Mer om korrespondensteorin 656
A *Vad är fakta?* 656
B *Vad är överensstämmelse med fakta?* 656
C *En försvagad korrespondensteori* 657
8.4.3 Sanning och sammanhängande motivering 658

8.4.4 Konsensus, sammanhang, måluppfyllelse och sanning 659
A *Konsensus, sammanhang och sanning* 659
B *Måluppfyllelse* 660
C *Måluppfyllelse, konsensus, sammanhang och sanning* 660
D *Sanningskriterierna och skepticism* 661
8.4.5 Sanning och praktiska satsers riktighet 661
A *Sanning av norm- och värdesatser i språkteoretisk mening* 661
A1 Inledning 661
A2 Sanning av etiska prima facie-norm- och värdesatser – frågan om praktisk mening 661
A3 Sanning av etiska prima facie-norm- och värdesatser – frågan om kulturrelativitet 662
A4 Ingen sanning av slutgiltiga norm- och värdesatser 664
A5 En klassifikation av teorier om norm- och värdesatsers innebörd 665
B *Finns det några etiska värden, skyldigheter och rättigheter?* 665
B1 *Prima facie*-värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existens 665
B2 Prima facie-värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existens – frågan om obestämdhet och relativitet 665
B3 Värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existenssätt 667
B4 En klassifikation av teorier om prima facie-värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existens 667
B5 Inga förutbefintliga och slutgiltiga värden, skyldigheter och rättigheter 668
B6 Ontologisk relativism i fråga om etiska värden, skyldigheter och rättigheter? 669
C *Kunskap om värden, skyldigheter och rättigheter* 669
C1 Kunskap om etiska prima facie-värden, skyldigheter och rättigheter 669

C2 Ingen sanning i kunskapsteoretisk mening av slutgiltiga norm- och värdesatser 670
D *Sanning om institutionella fakta* 671
E *Sanning om gällande rätt – satser om den etablerade rättens ordalydelse* 672
F *Sanning om gällande rätt – tolkningssatser* 672
G *Riktighetsbegreppet* 674
H *Riktighet och sanningskriterierna* 674
8.4.6 Riktighetskriterierna och rättssäkerhet 675

8.5 Varför skall juridisk argumentation vara rationell? 676
8.5.1 Inledning. Varför skall teoretiska satser vara språkligt korrekta, motsägelsefria och motiverade? 676
A *Varför skall teoretiska satser vara logiskt rationella?* 676
B *Varför skall teoretiska satser åtföljas av sammanhängande motivering?* 677
8.5.2 Varför skall praktiska satser vara logiskt rationella? 678
A *Språklig korrekthet* 678
B *Logisk motsägelsefrihet. Prima facie-norm- och värdesatser* 678
C *Logisk motsägelsefrihet. Slutgiltiga praktiska satser* 680
C1 Inledning 680
C2 Meningen hos logiska ord 681
C3 Omöjliga intentioner 681
C4 Omöjliga skyldigheter 682
D *Problemet med regel och undantag* 682
E *Logiskt korrekta slutledningar* 683
8.5.3 Varför skall praktiska satser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa empiriska och tekniska skäl 685
8.5.4 Varför skall juridiska slutsatser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa tekniska skäl 687
8.5.5 Varför skall en debatt vara rationell? Vissa empiriska, tekniska och universalpragmatiska skäl 689
8.5.6 Varför skall praktiska satser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa begreppsliga skäl 691
A *Praktiska satser och motivering* 691
B *Begreppet »att motivera»* 692
C *Begreppen »riktigt», »rimligt» och »objektivt»* 692
D *Begreppet »att tänka förnuftigt»* 692

E *Begreppet »avvägning»* 693
F *Begreppet »rättvisa»* 693
G *Begreppet »det etiskt goda»* 694
H *Kravet på generell motivering* 694
8.5.7 Varför skall en debatt vara rationell? Vissa begreppsliga skäl 695
8.5.8 Varför skall juridiska värdesatser vara rationella? Vissa begreppsliga skäl 696
8.5.9 Begreppen och livet 696
8.6 Slutord – den relativa rättssäkerheten räcker till 698

Litteratur 701

Rättsfallsregister 728

Sak- och personregister 729

1 kap. Rättssäkerheten

1.1 Stabilitet och flexibilitet

Avsnitt 1.1-1.3 bygger på en framställning författad av *Aulis Aarnio*, se Peczenik m.fl. 1990, 11-18.

1.1.1 Förutsebarhet och ovisshet

Den s.k. rättspositivistiska tankemodellen definierar rättsordningen som ett system av rättsregler. Rättsreglerna jämförs med järnvägsspår: antingen följer man reglerna eller också bryter man mot dem. Jämförelsen pekar dessutom på en annan viktig sida hos rättsnormerna. Medborgarna följer de flesta rättsnormer automatiskt. Vi tillägnar oss de handlingsmönster som reglerna förutsätter utan att fråga om skäl eller förnuft bakom reglerna.

Det är emellertid inte så sällan osäkert, vilken regel som skall följas. Reglerna uttrycks genom språket och språkliga uttryck kan vara vaga, mångtydiga eller motstridiga. Vi liknar alla den som på järnvägsstationen ser korsande spår utan att veta vilka som leder till en viss destination. Man måste välja en viss norm – ett visst handlingsmönster.

Rättssystemet är aldrig så fullständigt att varje enskilt fall kan avgöras med hjälp av klara och entydiga regler. Det finns ofta oklarheter, luckor och motsägelser. Dessutom kan en del regler vara föråldrade. Inom rättsteorin har det visserligen funnits läror och skolor som drömt om fullständiga lagar. En sådan utopi var den exegetiska skolan, som utövade stort inflytande i Napoleons Frankrike. Enligt denna skulle alla juridiska problem och enskilda fall avgöras enligt någon lag eller – om lagen till äventyrs inte gav ett klart svar – i enlighet med lagstiftarens avsikter. Sådana drömmar upplöstes relativt snart i verklighetens kalla ljus då det konstaterades att varken lagregler eller lagstiftaravsikter var entydiga. Det behövdes en mer mångfasetterad argumentering. Den exegetiska skolans sammanbrott ledde således till en viktig slutsats, nämligen att domaren, advokaten och

byråkraten gång på gång möter ett och samma problem, ovisshet om rättssystemets innehåll.

Utläggning av lagens bokstav, »exeges», var under större delen av 1800-talet den enda erkända juridiska metoden i fransk rättsdogmatik. Denna exegetiska skola har under 1900-talets första årtionden framgångsrikt kritiserats av bl.a. François Gény, jfr Strömberg 1989, 41 och 80; jfr vidare Olivecrona 1976, 53 ff.

Ovissheten måste ändå bemästras på något sätt. Alla fall måste avgöras och varje rättsregel måste kunna ges ett tydbart innehåll. Alternativet är kaos och anarki. Domaren måste försöka hitta ett jämviktsläge mellan den av lagstiftningen skapade stabiliteten och den vid tillämpningen nödvändiga flexibiliteten. Stabiliteten garanterar kontinuitet i samhällets utveckling och befrämjar medborgarnas likhet inför lagen samt gör att rättsliga avgöranden kan förutses. Flexibiliteten, å sin sida, anpassar lagen till livets krav.

Spänningen mellan stabilitet och flexibilitet har på många sätt kommit till uttryck i det rättsliga språket. Det har talats om en spänning mellan den formalistiska och den substantiella rätten. Schablonmässigt tillämpande av formella regler får inte hindra medborgarnas materiella intressen från att realiseras. Här kan man också tala om den formalistiska i motsats till den elastiska attityden vid lagtolkning.

Frågeställningen innefattar också motsättningen mellan legalistiska och s.k. frirättsliga tänkesätt. En legalist försöker så noggrant som möjligt följa lagreglerna eller en klar sedvana. Den extreme legalisten vill inte ens tolka lagen utan blott tillämpa den (jfr den exegetiska skolan). Den elastiska attityden tar intryck också av andra argument, som prejudikat, förarbeten, rättsvetenskapliga arbeten och praktiska skäl.

1.1.2 Spänningen mellan lagen och rättvisan

En ytterligare möjlighet att uttrycka kärnpunkten i denna spänning är att tala om förutsebarhet och rättvisa.

Den extreme legalisten försöker garantera avgörandets maximala förutsebarhet medan rättvisan uppfattas som en blott etisk egenskap med endast svag anknytning till det rättsliga beslutsfattandet. Legalisten är således inte intresserad av att förverkliga rättvisa i rättstillämpningen.

Den stela legalismen betonar samtidigt domarens makt och auktoritet. Lagen är tillräcklig och inga komplicerade lagtolkningsmetoder behövs.

Om lagen är klar måste den följas. Om den skulle vara oklar kan och bör domaren använda sin auktoritet och sitt omdöme för att fritt avgöra målet.

Myntet har emellertid också en annan sida. Den juridiska argumentationsmetoden har genom en historisk utvecklingsprocess anpassats till att förnuftigt avväga lagens bokstav och rättvisans krav. Detta faktum har man insett sedan antiken. I den romerska republiken anpassades sålunda den ursprungligen primitiva civilrätten till rättvisans krav, genom att pretorn kunde befalla domaren att döma som om ett i *ius civile* föreskrivet faktum förelåg, fast så inte var fallet. Så småningom utvecklade pretorerna i nära kontakt med praxis ett helt nytt rättssystem. Rättvisebedömningen i konkreta fall utvecklades således till ett antal rättsregler. En delvis liknande utveckling skedde i England under medeltiden.

I det moderna rättstänkandet är det ännu viktigare att finna en balans mellan stabilitet och flexibilitet, eller mellan förutsebarhet och rättvisa. Vi godkänner helt enkelt inte en lag eller rättstillämpningsakt i ett enskilt fall om dess resultat är oförutsebart eller klart och tydligt orättvist. Juristens grundläggande uppgift i dagens samhälle är att finna en väl argumenterad och avvägd kompromiss mellan stabilitet och flexibilitet, dvs. en lösning som försöker tillfredsställa både den formella likheten inför lagen och den materiella rättvisan.

Här finns ett av den moderna rättens huvudproblem. Som ett exempel kan nämnas tolkning och tillämpning av generalklausuler såsom 36 § avtalslagen om »oskäliga avtalsvillkor». Tack vare sådana normer kan lagstiftaren undvika en detaljerad reglering av alltför komplicerade förhållanden. Ändå täcker generalklausulerna ett stort antal konkreta fall och de gör det möjligt för domaren att ta hänsyn till den materiella rättvisan. Om man emellertid alltför mycket betonar skälighetsargument och materiell jämlikhet hotas förutsebarheten och den normala avtalsmekanismen. Så skulle bli fallet om nästan varje avtal kunde jämkas på grund av oskälighet. Lagen som alltid skall grundlägga förutsebarhet leder då till motsatsen och möjligheten till planmässigt handlande undergrävs. Regelns ideologiska grund kommer då att innehålla motsättningar.

1.1.3 Spänningen mellan lagen och samhällets dynamik

Samhället förändras dessutom i allt snabbare takt och dess struktur blir alltmer komplicerad. Om rätten inte anpassas till förändrade förhållanden, blir den en utvecklingens broms. Ju mer dynamisk samhällsutvecklingen är, desto större flexibilitet krävs av rättssystemet. Detta betyder att

domstolarnas ansvar i det moderna samhället åtminstone är lika stort eller större än det var i gårdagens stabila agrarsamhälle.

NJA 1966 s. 210. HD gjorde avsteg från allmänna rättsgrundsatser i skadeståndsrätten, varvid JustR Conradi anförde: »I anslutning till den snabba omdaning samhället genomgår måste också skadeståndsrätten utvecklas och förändras. Eftersom uppgiften att närmare bestämma skadeståndsrättens innehåll även i en mängd centrala hänseenden – såsom culpa, orsak, adekvans, rättsstridighet och vad som menas med skada – icke ägnar sig för lagstiftning, måste detta utvecklingsarbete i stor utsträckning ankomma på domstolarna».

1.1.4 Arbetsdelning mellan lagstiftaren och lagtolkaren

Men varför anpassas lagarna till »livets» och rättvisans krav genom tolkning, inte enbart genom kontinuerliga lagändringar?

1. Lagstiftningsapparaten är för stel och tung för att i brådskande fall kunna reagera så snabbt som en sund samhällsutveckling förutsätter.

2. Lagstiftaren kan inte på förhand förutse eller rättvist reglera alla de fall som i praktiken kan komma att inträffa. De värderingar som måste göras vid lagtolkning, bl.a. avseende frågan om huruvida en dom av ett visst slag är rättvis, är i princip lättast att göra i konkreta fall, inte *in abstracto*.

3. Förvisso skulle tolkningsproblem kunna lösas av förhandsbesked, givna av lagstiftaren. Domaren har emellertid långt större praktisk erfarenhet i att tillämpa den juridiska metoden på konkreta fall än de lagstiftande organen.

1.2 Rättens kristendenser i välfärdsstaten

1.2.1 Rättsstatsideologin och välfärdsstaten

Här finns en viktig anknytning till den s.k. rättsstatsideologin. Det har varit typiskt för rättsstaten att en medborgare åtnjuter rättsskydd både mot enskilda och mot staten. Rättsstatsideologin betonar därför förutsebarheten och rättsnormernas roll som styrningsinstrument. Rättsskyddet är m.a.o. ett formellt skydd och likheten inför lagen en formell likhet.

Den moderna nordiska välfärdsstaten är emellertid till dels mindre väl förenlig med denna klassiska modell. Välfärdsstaten skapades av strävanden efter trygghet och jämlikhet. Den betonar den enskildes materiella intressen och den svagare partens skydd mot den starkare. I välfärdsstaten

ger rätten vissa medborgare materiella fördelar och man kan därför tala om materiellt rättsskydd. För att tillförsäkra dessa värden har rätten sedan artonhundratalet expanderat på ständigt nya områden.

1.2.2 Den moderna statens problem

Välfärdssamhällets och den moderna rättens utveckling för med sig olika problem, såsom korporativism, byråkratisering, överreglering, försvagning av rättens inre sammanhang och inte minst försvagning av rättens legitimitet. Se närmare avsnitt 1.5.3B nedan.

Det politiska beslutsfattandet löper risken för att otillbörligt påverkas av olika särintressen. Politiska partier utgör maktkoalitioner som ofta representerar vissa socialekonomiska gruppintressen. Samtidigt har korporationer som arbetsgivar- och löntagarorganisationer kommit att dominera politiken.

En annan fara hör samman med att alltmer av beslutanderätten överflyttats från riksdagen till byråkratin. Experternas och yrkespolitikernas makt har ökat på riksdagens bekostnad.

Ett ytterligare problem kan betecknas som överreglering. En rättsnorm är alltid ett svar på ett samhälleligt problem. I idealfallet befinner sig normeringen i balans med det objekt som normeras. Det betyder att ett visst handlande eller sakförhållande inte får »övernormeras» utan att man riskerar normeringens effektivitet. Om t.ex. en näringsidkares hela verksamhet normeras så detaljerat att ramarna för egna, självständiga beslut blir för snäva, förlorar normeringen åtminstone en del av sin effektivitet. Rättsnormerna alstras allt fortare, ofta utan att någon tänker på lagstiftningsverksamhetens slutmål.

Förvaltningen blir följaktligen mer och mer komplicerad och den sektoriseras på ett sätt som förhindrar att beslutsfattarna ser komplicerade helheter och sammanhang mellan olika sakfrågor. Det rättsliga tänkandet löper risken att förvandlas till ett icke sammanhängande konglomerat av tillfälliga problemlösningar. Rättens inre rationalitet hotar att falla sönder.

1.3 Frågan om rättens legitimitet

1.3.1 Misstro mot myndigheter

Allt detta har många viktiga konsekvenser. I ett väl fungerande samhälle har rättsordningen en hög *legitimitet*. Begreppet »legitimitet» är visser-

ligen mångtydigt och det används i olika betydelser och sammanhang. I sin huvudbetydelse innebär begreppet emellertid att normerna, institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna. Rättens legitimitet kan emellertid ifrågasättas.

För det första står medborgarna alltmer främmande inför förvaltningen. Det har alltid funnits en klyfta mellan byråkratin och den vanlige medborgaren, men i det moderna samhället är denna klyfta än vidare. Medborgarna är medvetna om utvecklingen och detta faktum får viktiga socialpsykologiska följder. Misstro mot myndigheter uppstår på samma gång som byråkratins ställning stärks. Å andra sidan medför politikernas behov av ökad sakkunskap, tillsammans med deras förståeliga motstånd mot att bli beroende av de sakkunniga, att s.k. professionella politiker blir allt vanligare. Misstron fördjupas i takt med växande korporativism, överreglering och försvagning av rättens inre sammanhang. Till följd av detta måste den allvarliga frågan ställas om den politiska demokratins natur förändrats.

1.3.2 Allmänt systemförtroende och dess gränser

Förvisso är det vanligt att den enskilde är obekant med större delen av den rättsliga normeringen. Det finns mängder av normer och vissa är så tekniska att den enskilde inte kan förstå deras innehåll, mål eller konsekvenser. I sådana mycket vanliga fall får den rättsliga normeringen sin legitimitet genom ett allmänt systemförtroende. Medborgarna litar på systemet och härigenom litar de också på dess produkter. Det är tillräckligt att normerna tillkommit i laga ordning. Om allt sker enligt stadgade regler är allmänheten benägen att godkänna resultaten. Medborgarna diskuterar inte på ett rationellt sätt beslutens innehåll och betydelse utan de är i stället lojala mot hela systemet. Rättens godtagbarhet och systemets trovärdighet grundar sig endast på det faktum att stadgade former följts noggrant. Det stora antalet lagar och dessas detaljrikedom medför, att det inte är möjligt för en vanlig medborgare att kontrollera lagarnas innehåll. Systemets produkter måste ändå godkännas.

På sådana områden där den rättsliga normbildningen anknyter direkt till vardagslivet är situationen mer komplicerad. Så är t.ex. fallet inom familjerätten och stora delar av straff- och arbetsrätten. Legitimiteten måste på dessa områden skapas på ett helt annat sätt.

I några fall godkänns normen som legitim om den tillfredsställer intressen hos den grupp som den berör. Som ett exempel kan nämnas olika

slags löne- och sociala reformer, som arbetsgivar- och löntagarorganisationer (ofta i samråd med regeringen) kommit fram till. De är legitima så långt som de motsvarar de intressen som organisationerna företräder.

I vardagslivet är legitimiteten beroende av medborgarnas sociala medvetenhet och deras värdeskalor och värderingar. I detta hänseende kan man också säga, att legitimiteten är etisk till sin natur. Om normeringen inte motsvarar denna »ideologi» uppkommer det förr eller senare ett tryck mot förändring. Om det är fråga om domstolsavgöranden, så kan domstolarna på lång sikt förlora åtminstone en del av sitt ursprungliga förtroende.

1.3.3 Legitimitet och argumentation

Domstolarna kan bevara medborgarnas förtroende genom att göra domar och beslut tillgängliga för offentlig kritik. Då de berörda vet på vilka grunder olika frågor har avgjorts, kan de godkänna avgörandena. Utan denna öppenhet kan domstolarna inte förvänta sig godkännande från medborgarna. Rättsordningen och rättstillämpningen är m.a.o. invävda i legitimitetsproblematiken. En väl fungerande demokrati förutsätter öppenhet, då öppenhet gör kontroll möjlig. Legitimiteten beror på kontrollens effektivitet och kontrollen fungerar endast om besluten kan visas vara grundade på hållbara och relevanta skäl. Således kommer till sist domstolars och andra myndigheters legitimitet att bero av god och utförlig rättslig argumentering som övertygar de av avgörandena berörda.

En stor del av den kommande framställningen har just som sin uppgift att utveckla metoden för en sådan juridisk argumentation.

1.3.4 Legitimitet och rättssäkerhet

Legitimiteten bygger ofta på rättssäkerheten. Fast rättssystemet uppvisar olika slags defekter kan det accepteras av medborgarna, om defekterna mildras av väl motiverad rättspraxis. Motiveringen måste kunna övertyga medborgarna, att makten trots allt utövas inom en rättslig ram. Om den juridiska argumentationen bidrar till att maktutövningen är på detta sätt förutsebar, icke godtycklig, främjar den även rättens legitimitet.

1.3.5 Frågor att behandla

Frågan om rättens legitimitet kommer nu att belysas mer ingående. Rätten är legitim i den mån den sammanhänger med
- rättsstaten som skapar rättssäkerhet och likhet inför lagen (avsnitt 1.4 och 1.6 nedan); och
- demokratin som ger folket inflytande på maktutövningen och garanterar vissa grundläggande rättigheter (avsnitt 1.5 nedan).

1.4 Rättsstaten

1.4.1 Sammanfattning av rättsstatens egenskaper

A LAG OCH ORDNING

I sin ideala typ förutsätter rättsstaten att den offentliga makten utövas inom en rättslig ram. Maktutövningen är förutsebar med stöd av rättsreglerna, icke godtycklig.

Det ovan sagda måste preciseras, eftersom maktbegreppet är ofrånkomligt omstritt (»*essentially contestable concept*»; jfr Lukes 1974).

- Det går att skilja mellan faktisk och normativ makt. Faktisk makt kan anses vara detsamma som sannolikheten för att få igenom sin egen vilja i ett samhälleligt förhållande, oavsett varpå denna sannolikhet beror (Weber 1976, 37). Normativ makt föreligger då en person genom sina handlingar kan skapa avsedda normer. Rättslig makt är ett särfall som föreligger då en person genom sina handlingar kan skapa avsedda rättsnormer (jfr Ross 1968, 130).
- En persons förmåga att skapa rättsnormer grundar sig i regel på redan föreliggande (och gällande) rättsnormer (se vidare avsnitt 2.6.6C nedan). Om de kompetensgrundande rättsnormerna är kända skapar de *alltid* en viss förutsebarhet: man vet vem som har den rättsliga makten. Men den rättsliga maktutövningens *innehåll* kan ändå lämnas åt makthavarnas godtycke.
- I sin ideala typ förutsätter emellertid *rättsstaten* att även maktutövningens innehåll regleras av rättsnormerna. Medborgarna måste kunna veta allt väsentligt om *hur* makten kommer att utövas, inte endast vem som kommer att göra det.

Helt visst måste *all* statlig maktutövning i någon mån underkastas regler. Om *alla* regler om maktutövning försvinner, upplöses staten. Detsamma sker om reglerna konsekvent bryts av myndigheterna. Att maktutövningen

i någon mån följer vissa regler är m.a.o. en nödvändig betingelse för att en stat finns till (jfr bl.a. Frändberg 1993b, 43).

Alla civiliserade stater bygger sålunda på »lag och ordning». Därmed skyddas medborgarna mot ett laglöst våld. Ett visst mått av »lag och ordning» kännetecknar sålunda normala stater och alla normala rättsordningar, såväl rättsstatliga som inte. Om *all* ordning försvinner, upplöses såväl staten som rättsordningen helt. Detta ordningsminimum tillförsäkras av de egenskaper som alla normala rättsordningar besitter, jfr avsnitt 2.7 och 2.8 nedan. Redan detta ordningsminimum skapar *samhällsfred*, och därmed ges individen ett visst rättsligt skydd mot våld. *Åke Frändberg* (1993) kallar detta fenomen för »rättstrygghet». Att skapa samhällsfred är enligt Frändberg rättsordningens bestående (»perpetual») funktion – nära förknippad med rättsordningarna som sådana.

Alla slags generella regler – såväl i rättsstaten som i andra statstyper – gör dessutom rättsliga beslut i viss mån förutsebara.

B RÄTTSSTATEN OCH RÄTTSSÄKERHETEN

Rättsstaten kännetecknas emellertid av att maktutövningen i *hög grad* följer rättsreglerna. Maktutövningen i en rättsstat uppvisar följaktligen en *hög grad* av förutsebarhet. Det föreligger m.a.o. en hög grad av »formell» *rättssäkerhet*. Beslutens förutsebarhet *skyddar den enskilde mot godtycklig maktutövning*. Rättsstatsidealet förutsätter sålunda att det skyddsminimum som all rätt skapar för den enskilde förstärks: rättsreglerna har ett sådant innehåll att individen inte endast skyddas mot laglöst våld utan även mot själva skyddsorganisationen – staten (jfr Frändberg 1993). Staten uppfattas i detta sammanhang som en *makt*organisation och rätten som en maktbegränsande faktor (jfr Bäumlin 1975, 2041 ff).

Därmed ökar medborgarnas chans att *handla planmässigt*.

C VISSA FAKTORER SOM FRÄMJAR RÄTTSSÄKERHETEN

Vid i övrigt oförändrade omständigheter är rättssäkerhet desto bättre

- ju exaktare och generellare rättsreglerna är (punkt D nedan);
- ju bättre dessa regler återspeglar idealet om likhet inför lagen (punkt E);
- ju långsammare reglernas förändringstakt är (punkt F);
- ju fler statliga beslut som bestäms av sådana regler (punkt G);
- ju öppnare rättsreglernas innehåll och rättstillämpningspraxis är för allmänhetens insyn (punkt H);
- ju större den oavhängighet är som domstolarna åtnjuter (punkt I);

- ju effektivare det ansvar är som åvilar makthavarna (punkt J);
- ju mindre beroende rätten är av andra samhälleliga normer och institutioner (punkt K); och till sist
- ju bättre den juridiska argumentation som stöder rättsreglernas tolkning och tillämpning är (punkt L).

Alla dessa faktorer är relevanta för vår tolkning av rättsstatsbegreppet och rättsstatsideologin.

Rättsstatsideologin uppfattas av Frändberg (1993) som »amalgamation» av fyra olika grundvärden kring denna huvudprincip. Dessa grundvärden är närmare bestämt rättslikhet (icke-diskriminering, jfr punkt E nedan), rättssäkerhet (jfr ovan), rättstrygghet (skydd mot våld) och öppenhet (»accessibility» – rättstillgänglighet, jfr punkt H nedan).

Den förevarande framställningen utgår från en mer omfattande lista av kännetecken på att en stat är en rättsstat. Utökningen beror främst på att den juridiska *argumentationen* tillmäts en viss betydelse för rättsstatsbegreppet. »Rättstrygghet» behandlas däremot inte, eftersom skydd mot våld är en egenskap av alla rättsordningar, inte blott rättsstatliga sådana.

Angående rättsstatsbegreppet jfr även bl.a. Taxell 1989 kap D 3 (139–145); Bertilsson 1985, 25–38; Frändberg 1986, 21 ff; Dahlberg-Larsen 1984; Dreier 1991b, 73 ff; Seyersted 1984.

D EXAKTA OCH GENERELLA REGLER

Det ovan sagda har vissa konsekvenser för rättsreglernas utformning, innehåll och stabilitet.

Som nämnts kännetecknas rättsstaten av att maktutövningen i *hög grad* följer rättsreglerna. Maktutövningen i en rättsstat uppvisar nämligen en hög grad av förutsebarhet endast om rättsreglerna är tillräckligt exakta och generella.

Visserligen förekommer exakta och generella regler i alla stater. Men i en rättsstat bestämmer rättsreglerna i hög grad nästan alla myndigheters verksamhet. Därmed har de en dominerande ställning. Rättsstatens ordning kräver sålunda att all rättskipning och myndighetsutövning sker inom rättens ram.

E LIKHET INFÖR LAGEN

Formell likhet inför lagen är en konsekvens av att alla myndigheters verksamhet i en rättsstat bestäms av generella rättsregler. Ingen får sålunda tilldelas förmåner som rättsreglerna inte medger, eller slippa pålagor och straff som rättsreglerna påbjuder.

Likhet inför lagen i en *materiell mening* förutsätter dessutom att ingen diskriminering får förekomma. Närmare bestämt måste de av rättsreglerna gjorda distinktionerna mellan olika människor ha en etisk motivering. Lagen får t.ex. särbehandla människor på grund av kön, men endast för att ge dem skydd (genom att det underrepresenterade könet erhåller viss förtur vid anställning m.m.), inte för att ge uttryck för etiskt omotiverade föreställningar om ett köns generella överlägsenhet.

Varje rättsstat förutsätter formell likhet inför lagen. En materiell likhet inför lagen gör rättsstaten bättre, men den är inte nödvändig för att en stat skall vara en rättsstat.

F RÄTTSREGLERNAS STABILITET

För att uppfylla sin handlingsdirigerande funktion måste rättsregler vara tämligen stabila. Visserligen får de ändras men inte hur fort som helst. Alltför snabba regeländringar medför kaos, ty varken myndigheterna eller medborgarna hinner med att anpassa sig till nyheterna. Ingen effektiv rättsordning kan sålunda underskrida ett visst stabilitetsminimum. I en rättsstat måste reglerna vara så pass stabila att de ger medborgarna en fast ram inom vilken de kan planera sina handlingar.

G SUBSUMTION; NORMRATIONALITET

En rättsstat kännetecknas inte endast av rättsreglers ovan angivna utformning, innehåll och stabilitet utan framför allt av rättssäkerhetsbefrämjande myndighetspraxis.

Närmare bestämt måste alla rättsliga beslut i en rättsstat *subsumeras* under generella rättsregler, dvs. de måste uppfattas som rättsreglernas tillämpning.

Max Weber har konstaterat att rättsstaten uppvisar en hög grad av *normrationalitet*. Det är nämligen rationellt att följa rättsregler. Domstolsavgöranden är typexempel på normrationalitet. Domaren följer vissa generella och relativt exakta regler.

Rättsstaten befrämjar dessutom *mål*rationell verksamhet. En person handlar målrationellt om han försöker upptäcka det mest effektiva medlet för ett angivet mål. De samhälleliga strukturer som kännetecknar rättsstaten skapar sålunda ramar såväl för medelkalkyler som regeltillämpning. En rationell samhällsstruktur möjliggör m.a.o. både rättstillämpning och den byråkratiska förvaltningen. Målrationalitet och normrationalitet är dessutom sammanbundna med varandra. I en rättsstat är det i regel *mål*rationellt att handla *norm*rationellt. Oftast lönar det sig att följa rättsreglerna.

En person som försöker upptäcka det mest effektiva medlet för ett angivet mål har följaktligen inte råd att ständigt bryta mot lagen.

Enligt Weber kan människans verksamhet vara antingen rationell eller icke-rationell. En handling kan vara antingen målrationell, normrationell eller värderationell. Det sistnämnda innebär att människan bedömer målens värde oberoende av de medel som kan väljas. Hon handlar desto mer rationellt ju mer systematiskt, abstrakt och generellt det värdesystem är som kommer till användning vid val mellan olika värdealternativ.

Webers uppgift var att förklara den moderna västerländska rationaliteten. Förvisso har alla kulturer rationella drag. Den antika egyptiska arkitekturen, den grekiska filosofin, den romerska kapitalismen eller den romerska rätten var knappast irrationella. I västerlandet har emellertid rationaliteten fått en annan dimension. Det är typiskt, att den naturvetenskapliga metoden utvecklades just i västerlandet, att där finns universitet för att rationellt och systematiskt bedriva vetenskap och undervisning, att också musiken, arkitekturen och bildkonsten använder rationella metoder, att just här finns moderna stater med grundlagar, domstolar och förvaltning och att den moderna kapitalismen uppkom i Europas kärna. Den rationella rätten måste förstås mot denna bakgrund.

Weber talar också om kulturens rationalisering: de gamla magiska elementen i det västerländska tänkandet har försvunnit. Världsbilden har blivit systematisk och den förmedlas med symboliska uttryck (såsom t.ex. i naturvetenskaperna).

Se Weber 1976, 12 ff.

H ÖPPENHET

Förutsebarheten främjas av att rättsreglerna i en rättsstat *tillämpas på ett öppet sätt*. De viktigaste rättsreglerna offentliggörs, många myndighetspersoner är kända och agerar öppet och medborgarna har insyn i allmänna handlingar. Viktigast är domstolarnas skyldighet att offentliggöra alla relevanta skäl för (och emot) sina avgöranden. Skälen publiceras som domstolens domskäl. Argumentationens öppenhet hör således till grundprinciperna för det rationella beslutsfattandet.

Visserligen kan ingen stat finnas till utan att befolkningen eller åtminstone makteliten får en viss kunskap om maktutövningens beskaffenhet och dess regler. Men i en rättsstat är såväl rättsreglerna som praxis i hög grad tillgängliga för alla. Sekretess är ett undantag, öppenhet en huvudregel.

»Rättstillståndet förutsätter maktfördelning» (Kriele 1988, 30). Ett maktmonopol innebär alltid ett hot mot individens frihet. Inte ens riksdagen bör ha hela den offentliga makten (jfr t.ex. Hayek 1982 band 3, 3 ff., 133 ff. m.m.). Rättsstatens ordning ger domstolarna och de rättstillämpande myndigheterna en viss självständighet gentemot lagstiftaren och regeringen.

En stat kan helt visst finnas till utan denna självständighet. Domstolarna kan t.ex. fortlöpande styras av kungen eller regeringspartiet. En sådan stat saknar emellertid en viktig rättsstatlig egenskap. En stark ställning för domstolarna utgör ett viktigt skydd för individen. Domstolarnas ställning hade blivit för svag om lagstiftaren fått behörigheten att i detalj styra rättstillämpningen. Lagstiftaren bör överhuvudtaget inte belastas med frågor rörande enskilda fall. Endast på så sätt kan han koncentrera sig på sin egentliga uppgift.

Domstolarnas oavhängighet kan betraktas i samband med den tredelning som i anslutning till *Montesquieus* grundtankar kom till uttryck i den amerikanska konstitutionen. Enligt denna lära måste lagstiftning, domsmakt och verkställande makt skiljas åt för att garantera de demokratiska institutionernas funktion. Den svenska regeringsformen bygger visserligen på folksuveränitetsläran, inte på maktdelningsläran, jfr t.ex. 1 kap. 4 och 6 §§. Likväl stadgar regeringsformen att ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall tillämpa rättsregel i särskilt fall (11 kap. 2 §). Domstolarnas oavhängighet utgör ett minimum utan vilket en *rättsstat* är otänkbar.

Det vore dessutom ett brott mot rättsstatens grundprinciper om t.ex. högsta domstolen började ge generella normer utan anslutning till konkreta problemlösningar. Domstolarnas uppgift är inte att tävla med lagstiftaren utan att lösa individuella fall i enlighet med lagstiftningen. Samma problem uppkommer då riksdagen ger mycket elastiska eller öppna normer, bl.a. ramlagar som förvaltningen kan tillämpa självständigt. Normgivningsmakten har då delvis övergått till byråkratin. Om detta sker på ett okontrollerbart sätt, kränker man rättsstatens grundsatser om maktdelning.

Den enskilde bör ha en möjlighet att överklaga förvaltningsbeslut inför en domstol. Allmänna domstolar – som har en lång oavhängighetstradition – är i detta sammanhang att föredra framför specialdomstolar. De sistnämnda kan försvaras endast om deras kompetensområde begränsas till tvister vilka kräver specialkunskap.

En särskild betydelse har domstolarnas lagprövningsrätt.

Lagprövningsrätten förekommer i stor utsträckning i USA, jfr det viktiga prejudikatet *Marbury v Madison*, (1803), I Cranch (US Supreme Court Reports) 137. Lagprövningen förekommer även i Tyskland, jfr Art 93 och 100 Abs 1 S 1 *Grundgesetz* men t.ex. inte i England.

I Norge har lagprövningsrätten erkänts i stor utsträckning, bl.a. i rättsfallen Rt 1918 I s. 401 och Rt 1976 s. 1. I Danmark är domstolarnas lagprövningsrätt principiellt erkänd men utövas restriktivt, så att t.ex. Ross (1958, 132) ifrågasatte dess praktiska betydelse.

I Sverige får domstol eller annat offentligt organ icke tillämpa en föreskrift som står i strid med grundlagen eller med en överordnad författning. »Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart», jfr 11 kap. 14 § regeringsformen.

Enligt förarbetena (jfr konstitutionsutskottets betänkande 1978/79:39 med anledning av propositionen 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m., 13) reglerar denna bestämmelse lagprövnings*rätten*. En avvikande mening har visserligen uttalats av *Nils Jareborg* (1992, 72): »det som regleras är *normprövningsplikten* ('får föreskriften icke tillämpas')», medan »normprövningsrätten redan nu omfattar mer än normprövningsplikten» (id. 73). Jareborg har förvisso avslöjat att grundlagens uttryck »skall... underlåtas endast om» är lexikaliskt sett svårtolkat. Vad gäller om felet inte är uppenbart? Kanske bestämmer paragrafen en skyldighet att icke underlåta tillämpningen, m.a.o. en skyldighet att tillämpa föreskriften. Kanske bestämmer den endast att domstolen respektive myndigheten inte har någon skyldighet att underlåta tillämpningen, men väl *får* underlåta den (jfr avsnitt 4.9.2 nedan om skillnaden mellan ett starkt och svagt motsatsslut!). Enligt juristernas härskande mening skall man emellertid följa förarbetena och konstatera att en av riksdagen eller regeringen beslutad föreskrift måste respekteras så länge den håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av grundlagsbestämmelsen i fråga.

Lagprövningsrätten utövas följaktligen i en mycket begränsad omfattning.

De lege ferenda är lagprövningsrättens omfattning föremål för olika kontroverser, varvid institutets motståndare ofta gör gällande att domstolar och andra myndigheter har en i förhållande till folkrepresentationen underordnad funktion och därför inte borde få underkasta riksdagens beslut någon prövning. Lagprövningsrättens anhängare anför däremot ofta olika maktdelnings-, sammanhangs- och rationalitetshänsyn.

> »Rättssystemet måste 'gå ihop'. Det behövs en övernorm för valet mellan motstridiga lösningar även för de undantagsfall där den högsta lagstiftande makten har fattat ett beslut, som står i strid med de normer som reglerar dess verksamhet och kompetens... Den som intager ståndpunkten, att 'lagen' inte har någon annan legitimation än 'folkviljan'... och att den senares företrädare bör kunna suveränt behandla sina egna tidigare antagna grundlagsnormer, ikläder sig... därmed också skyldigheten att visa *dels* varför man överhuvudtaget funnit det nödvändigt att omge folkrepresentationens verksamhet med tvingande regler, *dels* hur den intagna ståndpunkten låter sig förenas med den i regeringsformen (1 kap. 1 § tredje st.) uttryckta principen, att den offentliga makten utövas under lagarna» (Strömholm 1988, 206).

Bör inte »uppenbarhetsrekvisitet» avskaffas? Bör inte en särskild författningsdomstol inrättas för mål rörande lagars grundlagstridighet? En sådan domstol skulle kanske visa större mod, förutsatt att utnämningsproceduren till den och följaktligen dess sammansättning kom att garantera dess oavhängighet. Frågorna är som bekant politiskt omstridda. Svaren beror inte minst på domstolarnas vilja att utöva lagprövningsrätten samt på deras förmåga att därvid begränsa sig till juridisk argumentation, utan att fälla rent politiska omdömen.

Vissa utländska exempel avskräcker. Det talas ibland om normbildningens »justicialisering» (jfr Görlitz och Voigt 1985, 145 ff). Den tyska *Bundesverfassungsgericht* agerar t.ex. som en »överlagstiftare» som med stöd av grundlagens vaga principer nyskapar ett omfattande regelsystem. Denna praxis kan leda till »politisk immobilism». Angelägen lagstiftning kan nämligen bromsas på grund av politikernas rädsla för domstolens negativa reaktion (147). Tyska förvaltningsdomstolar kan likaledes med stöd av vag lagstiftning utöva påtaglig politisk makt, t.ex. bestämma om tillstånd för uppförande av ett kärnkraftverk (149). Kort sagt, får domstolarna »lagstifta» om kärnkraften, abortfrågor, europeiska unionens organisation eller fredsbevarande militära insatser?

Svenska domstolar har som bekant mindre makt men politikerna kan ändå använda sig av justicialisering för att så länge som möjligt slippa ansvar för kontroversiella beslut. Vattendomstolens roll i »kampen» om Öresundsbron är ett lärorikt exempel.

Ett annat slag av justicialisering lär vara en unik svensk företeelse. Besvärsprövningen vid förvaltningsdomstolar omfattar både laglighets- och lämplighetsfrågor. En förvaltningsdomstol kan t.ex. behöva ta ställning till frågan om socialbidragets storlek i ett konkret fall. Ställningstagandet måste vara uttryck för en sammanvägning av allmänna sakskäl, varvid domstolens rent juridiska kunnande spelar en liten roll. (Rättsprövning vid allmänna domstolar begränsas däremot med rätta till laglighetsfrågor, jfr Marcusson 1992, 121 ff.).

J MAKTHAVARNAS ANSVAR

Det ovan sagda måste kompletteras med att maktutövningen i en rättsstat sker under *ansvar*; t.ex. tjänstemän svarar straffrättsligt för myndighetsmissbruk (jfr 20 kap. brottsbalken), olika former av disciplinärt ansvar förekommer osv.

Visserligen kan ingen stat finnas till utan att maktutövarna åtminstone ansvarar inför sina överordnade. Men i en rättsstat svarar tjänstemän även inför dömande instanser som tillämpar gällande rätt.

K RÄTTENS SÄRART OCH AUTONOMI

Rättsstatens rättssystem har i viss mån lösgjort sig från andra samhälleliga normsystem, först och främst från etiken. Rätten är ett relativt autonomt fenomen. Rättssystemet är i stor utsträckning oberoende av andra slags regler och giltighetskällor.

Autonomin tillförsäkras av bl.a. följande omständigheter:

- En stor del av rättssystemet skapas avsiktligt, t.ex. genom lagstiftning.
- Reglernas giltighet kan i stor utsträckning bestämmas utan någon hänvisning till etiken eller religionen.
- Rättsreglerna tolkas på ett särskilt – juridiskt – sätt.

Längre fram får vi se att rättens förhållande till etiken är mycket invecklat. Så mycket är emellertid klart att rättsstaten möjliggör för domstolar och myndigheter att dagligdags tillämpa rättsreglerna på en stor mängd rutinfall utan att man för den skull behöver tänka på etiska värden.

Rättens autonomi förekommer visserligen inte endast i en rättsstat utan även i varjehanda polisstater m.m. Men det finns också stater i vilka rätten och religionen blandas samman; i vissa islamiska stater bygger t.ex. straffrätten öppet på en religiös tradition. Endast starka motskäl kan motivera slutsatsen att en stat som i hög grad kännetecknas av en sådan sammanblandning ändå är en rättsstat.

L DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONEN OCH YRKESJURISTERNA

Rättens autonomi uttrycker sig som sagt bl.a. i det särskilt juridiska argumentationssätt som stöder rättsreglernas tolkning och tillämpning. Följaktligen måste rättsstatens normsystem tillämpas av professionella jurister som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder. Juristkåren behärskar diskussionen om rätten. Den juridiska kulturen är en typisk expertkultur.

Jurister förekommer visserligen inte endast i en rättsstat utan i även i många andra stater. Men deras argumentationsmetod i en rättsstat kännetecknas av hänsyn till rättssäkerhet, likhet inför lagen och andra rättsstatliga värden. I vissa andra statstyper, såsom nazistiska eller kommunistiska diktaturer, har dessa värden spelat en mindre framträdande roll. Diktaturer är ofta juristfientliga. Dessutom kan juristyrket i en diktaturstat förändras så pass mycket att det blir tveksamt huruvida dess utövare kan betecknas som jurister i vanlig mening. De personer som i Östtyskland på fyrtiotalet på löpande band dömde slumpmässigt utvalda syndabockar till döden uppfattades visserligen av regimen som både jurister och domare. I själva verket var de emellertid snarare terrorister och mördare.

1.4.2 Vissa problem angående normrationalitet

Rättsstatsteorin är emellertid behäftad med vissa problem.

Angående *lagstiftningens* roll måste följande uppmärksammas. Hela den samhälleliga planeringen utgår från en tanke, nämligen att lagstiftaren som den högsta institutionen definierar relevanta mål för samhällsutvecklingen. Enligt Max Weber innebär detta, att lagstiftaren tänker *både mål- och värderationellt*. Saken är emellertid mer komplicerad. Inte ens lagstiftaren är fri att värdera olika mål, utan måste begränsa sig till de mål för vilkas förverkligande det finns tillräckliga medel. Mål bestäms ofta genom medel. Detta kan medföra att målen inte underkastas en tillräcklig analys. Det Weberska tänkesättet är endast en idealmodell som bortser från livets mångfald. Modellen är ett värdefullt redskap för teoretiska analyser, men den får inte förväxlas med en verklighetsbeskrivning. Idealet motsvarar m.a.o. knappast realiteterna i de nordiska länderna.

Domarens roll är också komplex. I enlighet med det formella rättsbegrepp som Weber representerade borde det finnas en klar skillnad mellan lagstiftaren och domaren. Den sistnämnde följer regler och är därför bunden av det normrationella idealet. Om detta ideal fick ensamt bestämma rättsstatsbegreppet skulle den rättsstatliga domaren likna en automat, som subsumerar fallet under en klar rättsregel. Ur en annan synvinkel kunde man då säga, att domaren inte värderar normeringens mål utan godkänner målen som givna och endast försöker finna de riktiga medlen för dem. Det normrationella idealet får emellertid inte drivas så långt. Som kommer att konstateras senare i denna framställning, måste domaren ta ställning också till värderingar (etiken). I svåra fall kan han inte klara sig utan att prioritera en viss lösning framför en annan. Domarens besluts-

fattande är alltså i sådana fall delvis mål- och delvis värderationellt, självfallet vid sidan av den i övrigt härskande normrationaliteten.

Den viktigaste skillnaden mellan lagstiftaren och domaren ligger i det faktum att lagstiftarens värderingsmöjligheter är större än domarens, fast också lagstiftaren på många olika sätt är bunden vid samhällets etablerade värden.

Weber skulle utan tvekan acceptera tanken att den juridiska kulturen är en typisk expertkultur. Denna tanke är emellertid svår att förena med föreställningen att domaren är en subsumtionsautomat. Den juridiska kulturen omfattar en särpräglad lagtolkningsmetod. Man behöver däremot inte någon särskild lagtolkningslära för att automatiskt följa den exakta lagens bokstav. Det skulle räcka att kunna värdera bevismaterialet, vara läskunnig och flitig. Det enda nödvändiga inslaget i juristutbildningen för domaren vore då träning i bevisvärdering.

1.4.3 Vissa etiska problem

A RÄTTSSTAT I MATERIELL MENING

Andra problem är ännu viktigare. Rättsstatsbegreppet har karakteriserats ovan på ett »formellt» sätt, dvs. utan hänsyn till frågan om dess förverkligande är etiskt godtagbart. Det behandlade rättsstatsbegreppet kan därför betecknas som *formellt*. Men de ovan behandlade kännetecknen på en rättsstat är inte det enda som är värdefullt i vårt samhälle. De bestämmer inte slutgiltigt om ett statsskick är legitimt. De är blott bedömningsskäl som kan förlora en »tävling» mot vissa motskäl. Uttrycket »vid i övrigt oförändrade förhållanden» antyder att så är fallet: Det slutgiltiga omdömet måste bygga på en avvägning och sammanjämkning mellan flera skäl, sammanbundna med olika värdeladdade begrepp, såsom rättsstat, demokrati, rättssäkerhet m fl. Rättsstatens normsystem är nämligen *inte* legitimt om det genomsyras av stora orättvisor. Den legitima rättsstaten måste visa respekt för ett minimum av mänskliga och medborgerliga *fri- och rättigheter*.

Man kan sålunda tänka sig en stat i vilken alla är kungens slavar. Kungens makt utövas visserligen med hjälp av exakta och generella rättsregler som garanterar alla slavars likhet inför lagen. Ingen får sålunda tilldelas förmåner som lagen inte medger, eller slippa pålagor och straff som lagen påbjuder. Maktutövningen är öppen, förutsebar, juridiskt skicklig och kontrollerad av oavhängiga domstolar. Ändå genomsyras rättsordningen av stor ofrihet. Slavarna har ingen privat sfär alls. Lagen bestämmer i detalj var varje slav skall bo, vem som får gifta sig med vem,

vem som får studera och vem som skall utföra de farligaste arbetsuppgifterna. Man skulle visserligen kunna kalla en sådan stat för en rättsstat i en viss (»formell») mening med dess legitimitet skulle knappast godkännas i vår kulturkrets. Tydligen behövs det också ett annat rättsstatsbegrepp, nämligen det *materiella.*

Mänskliga och medborgerliga fri- och rättigheter har härmed ett nödvändigt samband med begreppet *»rättsstat i materiell mening»*. På så vis leder t.ex. tesen att Sverige är en rättsstat i materiell mening logiskt till slutsatsen att den svenska rättsordningen innehåller institutionella garantier för vissa grundläggande fri- och rättigheter.

Ralf Dreier (1991b, 74 ff.) definierar rättsstatsbegreppet »huvudsakligen» som ett statsskick uppbyggt kring maktdelningsprincipen och skyddet för individens grundläggande mänskliga och medborgerliga rättigheter. Av dessa två principer följer tre ytterligare sådana. Tillsammans bestämmer de fem kännetecken på att en stat är en rättsstat: grundläggande rättigheter, maktdelning, förvaltningens lagenlighet (jfr 1.4.1B ovan), rättsskydd genom oavhängiga domstolar (jfr 1.4.1I) och den statliga maktutövningens förutsebarhet (jfr 1.4.1A ovan).

Vår lista på rättsstatens kännetecken är förvisso mer omfattande. Samtidigt har två inskränkningar gjorts: Inte alla utan endast vissa mänskliga och medborgerliga rättigheter uppfattas som nödvändiga för en rättsstats existens. Dessa rättigheter återspeglar rättsstatsbegreppet. Övriga grundläggande rättigheter, såsom yttrandefriheten, mötesfriheten, demonstrationsfriheten, föreningsfriheten, religionsfriheten, skyddet mot diskriminering m.m. är förvisso nödvändiga för en väl fungerande *demokrati*, men knappast för rättsstatens existens. Likaledes utgör den klassiska maktdelningslärans förverkligande en faktor som fördjupar demokratin, men inte något nödvändigt villkor för en rättsstat. För att en rättsstat finns till räcker det med att domstolarnas oavhängighet garanteras.

Den materiella rättsstaten ger sålunda medborgarna mera än en blott formell rättssäkerhet, varmed menas att myndighetsutövningen kan förutses med stöd av lagen. Formell rättssäkerhet är visserligen ett viktigt värde, men detta värde – i likhet med alla andra sådana – måste vägas samman med andra värden. *Materiell rättssäkerhet* är avvägningens resultat (se avsnitt 1.6.3 nedan!).

B ÅTER OM BALANS MELLAN LAG OCH RÄTTVISA

Weber förutspådde följaktligen redan i början av detta århundrade, att rätten blir mer och mer »materialiserad» i den betydelsen att olika slags etiska, ideologiska eller politiska synpunkter får större roll i det rättsliga tänkandet, inte bara i lagstiftningen utan också i rättstillämpning och

förvaltning. En sådan »materialisering» är en nödvändig förutsättning för rättens legitimitet. Den får emellertid inte gå för långt, ty då kommer rättens formella rationalitet att hotas. Man kan också säga att Weber var rädd för att rättsstaten kunde försvinna. För rättsstaten är det nämligen väsentligt att den formella rationaliteten inte helt och hållet förlorar sin roll i rättstillämpningen (jfr Weber 1976, 648 ff. och Habermas' kritik: 1981 band 1, 362 ff.). Återigen måste man betona vikten av den balans mellan stabilitet och flexibilitet, m.a.o. mellan lag och rättvisa, som behandlades i avsnitt 1.1 ovan.

c ÅTER TILL RÄTTSSTAT OCH VÄLFÄRDSSTAT

Begreppet välfärdsstat (jfr avsnitt 1.2.1 ovan) är likaledes förenat med vissa materiella krav, såsom att rättsordningen och staten aktivt bidrar till att uppfylla människors legitima behov, t.ex. på det sociala området. Rättsstatens och välfärdsstatens krav kan konkurrera med varandra. I vissa fall kan t.ex. välfärdsstatens ökade anspråk på att aktivt uppfylla människors behov leda till en minskning av den för rättsstaten typiska förutsebarheten och omvänt kan krav på ökad förutsebarhet framtvinga en minskning av välfärdsstatens aktiva roll.

Ett exempel. Den svenska välfärdsstatens grundprincip »den enskilde skall genom biståndet tillförsäkras en skälig levnadsnivå» (6§ 2 st. socialtjänstlagen) är en vag generalklausul. En lång rad rättsfall har tagits upp i lagboken för att öka förutsebarheten. En viss obestämdhet lär emellertid vara ofrånkomlig.

Konkurrens utesluter emellertid inte ett nödvändigt samspel.

För det första kan välfärdsstaten inte fungera utan en relativt hög uppfyllelse av rättsstatens krav. Alla fördelar och intressen som välfärdsstaten garanterar och skyddar är rättsliga. Den enskilde har m.a.o. kvar många av rättsordningen bestämda rättigheter och skyldigheter även om innehållet nu är typiskt för välfärdsstaten. Formellt rättsskydd är sålunda en nödvändig förutsättning också för välfärdsstaten. Detta betyder att den viktigaste uppgiften för juristen i välfärdsstaten är att söka en balans mellan rättsstatsideologin och välfärdsstatens grundvärden. Rättstillämpningen i välfärdsstaten måste därför stanna inom rättsreglernas ram. I normala fall betyder det, att lagstiftningen ger dessa ramar och när domaren tolkar reglerna sker det inom de sålunda bestämda gränserna. Man kan då säga att rättsstatsideologin är grundvalen för all rättstillämpning och att välfärdsstaten förutsätter att rättsstatsideologin upprätthålls.

För det andra kräver alla tre begreppen, rättsstat, demokrati och välfärdsstat, att rättsreglernas innehåll uppfyller ett visst etiskt minimum.

Till sist måste inte blott rättsreglernas innehåll utan även lagtolkning och rättstillämpning vara etiskt godtagbara. En sådan rättstillämpning är inte någon blind laglydnad. Som nämnts är juristens grundläggande uppgift i dagens samhälle att finna en väl argumenterad och avvägd kompromiss mellan den formella likheten inför lagen och den materiella rättvisan.

D DET MATERIELLA RÄTTSSTATSBEGREPPETS KARAKTÄR

Det materiella rättsstatsbegreppet är sålunda värdeöppet (värdeladdat, värdebemängt), varmed menas bl.a.

- att vissa faktiska förhållanden, såsom reglernas exakthet, rättens autonomi, maktutövningens förutsebarhet m m, är kännetecken på att en stat är en rättsstat;
- att dessa förhållanden är graderbara, t.ex. att rättsreglernas exakthet kan vara större eller mindre;
- att en sammanvägning mellan dessa kännetecken och etikens krav är nödvändig för att bestämma huruvida en stat bildar en rättsstat i materiell bemärkelse; vid en sådan sammanvägning måste man t.ex. se till att reglernas ökade exakthet inte »betalas» med deras oetiska konsekvenser; och
- att genom att kalla en stat för en rättsstat i materiell mening utsäger man ett visst gillande av den.

1.5 Rätten och demokratin

1.5.1 Demokratibegreppet

A DEMOKRATIBEGREPPETS VAGHET

För att skapa en säker grund för vidare undersökningar behöver vi inte blott begreppet »rättsstat» utan även demokratibegreppet.

Det moderna demokratibegreppet har uppstått genom historisk utveckling. Olika praktiska hänsyn och etiska värderingar har ständigt påverkat dess innebörd. Följaktligen är begreppet vagt och ofrånkomligt omstritt (»*essentially contestable concept*»; jfr Arblaster 1987, 5 med hänvisning till *W.B. Gallies* berömda uttryck).

B DEMOKRATIBEGREPPETS TILLÄMPNINGSOMRÅDE

Av både historiska och språkliga skäl är det naturligt att först och främst tillämpa demokratibegreppet på *politisk* demokrati, dvs. på ett statsskick, ett samhällsskick i stort och ett offentligt beslutsfattande. I en *vidgad* betydelse kan även högskolor, vårdanstalter, föreningar, företag och andra organisationer samt beslutsfattande inom dessa kallas för demokratiska. Det bör emellertid skiljas klart mellan politisk demokrati och »vidgad» demokrati. »Grunder, motiv och argument är olika. Egentligen borde man inte använda termerna demokrati, demokratisering etc. i de sammanhang som här nämnts» (Taxell 1987, 42, jfr Hayek 1982 band 3, 38 ff.).

C DEMOKRATINS ÖVERGRIPANDE IDÉ. FOLKSTYRE, FOLKVILJA OCH DEMOKRATIVÄRDEN

C1 Den klassiska uppfattningen: folkstyre. Att demokratibegreppet är vagt innebär emellertid inte att det saknar någon bestämd mening. *Folkstyre* (folkets *makt*) är demokratins övergripande idé (jfr t.ex. Arblaster 1987, 8).

Förvisso kan denna begreppsbildning kritiseras. »Folkets makt» kan anses innebära en paradox, eftersom medborgarna inte på en och samma gång kan uppträda som makthavare och undersåtar (jfr t.ex. Schachtschneider 1994, 124 ff). Samtidigt är inget utvecklat samhälle möjligt utan institutionaliserad *ordning* (jfr id 133), och följaktligen *maktutövning*.

Paradoxen kan emellertid lösas: Medborgarna utövar kollektivt politisk makt genom att rösta. Därmed bestämmer de ytterst sett att lagen – som stiftas av de förtroendevalda – är legitim och gällande. Samtidigt underkastas medborgarna lagen och är skyldiga att följa den. Medborgarna är suveräna makthavare på en »meta»-nivå – när det gäller rättsordningens giltighet i stort – och underkastas lagen på en »objekt»-nivå, nämligen vid sitt konkreta handlande i vardagslivet (jfr Hampton 1994, 25 ff). Det måste m.a.o. skiljas på olika aspekter av medborgarnas verksamhet. I egenskap av väljare (och i vissa fall myndighetspersoner) påverkar de lagstiftning och rättstillämpning; som individer underkastas de rättsordningen. I en demokratisk stat kan ingen person helt härska över en annan, utan alla uppträder i olika roller, ibland som makthavare, ibland som »undersåtar».

C2 Folkvilja. Demokrati har ofta rättfärdigats i anslutning till begreppen »folkvilja», »folksuveränitet» osv.

En sådan motivering vilar ofta på den grundläggande idén att en förnuftig vilja kan uppstå »i folket som ett storsubjekt», inte endast i en individ. Medan moralen bygger på en individs autonomi kan medborgarnas gemensamma vilja uppfattas som ett uttryck för folkets »politiska autonomi» (jfr Habermas 1992, 134).

Förvisso är »folkvilja» ett omstritt begrepp som medger flera rimliga preciseringar.

Begreppet betraktas ibland som en oklar metafor. Kan en kollektiv entitet (»folket») utrustas med någon vilja? Är inte denna »vilja» en metafysisk illusion? »Folkvilja» är emellertid ett politiskt begrepp, inte ett psykologiskt sådant. Ordet »vilja» används i detta sammanhang i en särskild bemärkelse som skiljer sig från den ursprungliga, psykologiska. Folkviljan är inte någon psykisk upplevelse, inte heller någon metafysisk fantasi, utan ett resultat av många individers samverkan och debatt i ett samhälle. Den kan definieras som den demokratiska processens resultat.

En viktigare invändning är emellertid att begreppet inte är exakt, eftersom folkviljan inte får likställas med resultatet av majoritetsomröstningar. *Kenneth Arrow* (jfr Föllesdal m.fl. 1993, 390 och Lively 1975, 15 ff.) bevisade med en formallogisk stringens att det inte finns någon omröstningsmetod som på en och samma gång uppfyller vissa grundläggande rättvise- och rationalitetskrav på en grupps kollektiva vilja.

Dessa krav är följande:

Kravet på transitiv ordning av alternativen innebär att om metoden utvisar att gruppen som helhet föredrar x framför y och y framför z, så måste metoden också utvisa att gruppen föredrar x framför z. Detta krav är t.ex. *inte* uppfyllt då följande föreligger. Det finns tre alternativ a, b, och c och tre lika stora grupper, I, II och III. Grupp I föredrar a framför b, b framför c och a framför c; grupp II föredrar b framför c, c framför a och b framför a; grupp III föredrar c framför a, a framför b och c framför b. Om alternativen jämförs parvis, kommer varje alternativ att få två tredjedelars majoritet, beroende på vilket par som omröstningen gäller. Grupp I och grupp III föredrar a framför b; grupp II och grupp III föredrar c framför a; grupp I och grupp II föredrar b framför c. Omröstningens resultat kommer m.a.o. att bestämmas av frågeställaren.

Pareto-principen innebär att om samtliga medlemmar av gruppen föredrar x framför y, så skall också gruppen som helhet föredra x framför y.

Kravet på icke-diktatur innebär att det inte skall finnas någon person sådan som att när denna person föredrar x framför y, så kommer gruppen som helhet att föredra x framför y, oavsett vilka preferenser de övriga medlemmarna av gruppen har.

Relevanskravet innebär att om gruppen skall välja mellan två alternativ, x och y, skall detta val endast vara beroende av de enskilda gruppmedlemmarnas preferenser inför dessa båda alternativ, inte av deras preferenser i fråga om andra (irrelevanta) alternativ.

C3 Demokrativärden. Demokrati kan emellertid motiveras med stöd av flera olika *värden.*

a) Demokrati är en politisk approximation av den sammanvägning av människornas *preferenser* som ofta anses vara etikens kärna. Man bör nämligen handla i enlighet med en preferensordning som beaktar vad andra personer vill, hur många personer det rör sig om och hur starka deras preferenser är (jfr avsnitt 5.4.3). Preferensernas styrka och varaktighet kan visserligen inte mätas exakt. Därför kan den inte heller beaktas av vallagarna. Ändå slår den igenom i det politiska livet: De envisa gör sig hörda och blir opinionsbildare. På så sätt uppstår en *»polyarki»*: alla aktiva grupper kan göra sig hörda på olika stadier av beslutsprocessen (se Dahl 1963, 137; jfr emellertid kritiska anmärkningar av Lively 1975, 21 ff.).

b) Ett annat sätt att rättfärdiga demokrati är följande. Den politiska debatten leder ofta till oupplösliga motsättningar mellan olika politiska uppfattningar. Det är svårt att visa vem som har rätt. I detta läge kan demokrati åstadkomma en *fredlig konfliktlösning.*

Demokratiska beslut är förvisso inte det enda sättet att tillförsäkra fredlig konfliktlösning (jfr Simon 1993, 87). Men sannolikheten för fredlig konfliktlösning är högre i en demokrati än i andra politiska system.

c) Demokrati underlättar också *förnuftig lösning av politiska problem.* Förvisso genomsyras den politiska debatten av retorik, ensidiga framställningar och överdrifter. Men olika »vinklingar» slår ut varandra och debattens effekter är ofta förnuftigare än debattörernas argument.

d) Slutligen kan demokrati rättfärdigas i anslutning till flera andra viktiga och allmänt godkända *grundvärden* som individernas *frihet*, *likhet* (jfr Kelsen 1929, 3) och *solidaritet* (»broderskap», jfr t.ex. Schachtschneider 1994, 234 ff. och 285 ff.). Solidaritet skapar *trygghet* (jfr Taxell 1987, 32 ff.). Det kan även hävdas att demokrati innebär en *rättvis beslutsprocedur* (jfr Dahl 1989, 164-165).

Jfr även Ross (1963, 108): »*demokratin är den statsform som ger maximum av politisk frihet i betydelse av autonomi till medborgarna*»; en person är autonom »när han endast är bunden av sådana rättsregler som han själv *samtyckt* till» (106).

Förvisso kan det ifrågasättas huruvida medborgarna i alla demokratiska stater alltid samtycker till ett oinskränkt majoritetsstyre (jfr Simon 1993, 87). Men de kan anses gilla ett demokratiskt system uppbyggt kring en sammanvägning av majoritetsprincipen och andra i detta avsnitt behandlade värden, såsom fri tillgång till politisk information, maktdelning och makthavarnas ansvar.

En skeptiker kan anse att demokratiska beslutsprocedurer innebär en *rent procedurell rättvisa* (i Rawls' mening, jfr 1993, 73): deras resultat är enligt denna uppfattning definitionsmässigt rättvist ty det inte finns några fristående »materiella» (dvs. icke-procedurella) kännetecken på rättvisa. (Kelsen 1929, 101 ansåg därför att demokrati är en konsekvens av värderelativism, fast även en värdeobjektivist kan vara demokrat). En sådan skepticism avvisas i denna framställning, jfr avsnitt 5.5.1B3 nedan. Eftersom ett rättvist samhällsskick bygger på medborgarnas fri- och rättigheter måste även dessa ingå i listan på demokratins kännetecken.

C4 Ett nödvändigt villkor för demokrati. En mindre anspråksfull teori avstår från att söka definiera demokratins väsen utan i stället formulerar dess nödvändiga villkor:

Ett statsskick är inte demokratiskt om medborgarna saknar möjlighet att genom fria val genomdriva ett regeringsskifte (jfr Popper 1966, band 1, 124; jfr även Schumpeter 1994, 167).

Ett statsskick är följaktligen inte demokratiskt om någon kan välja sig själv, ge sig själv regeringsmakten eller utöva ovillkorlig och oinskränkt makt (jfr Sartori 1992, 210).

Att detta krav uppfylls är emellertid inte *tillräckligt* för att ett statsskick är demokratiskt. Kravet uppfylls t.ex. då endast två partier är tillåtna och alla andra politiska rörelser förbjudna (som t.ex. i Nigeria under general Babangidas regim).

C5 En ekonomisk modell. Ett beslutssystem som således approximerar medborgarnas preferenser kan betraktas som analogt till marknaden. Det demokratiska statsskicket gör det möjligt för medborgarna att fritt konkurrera på »val-marknaden». Regeringens sammansättning i en demokratisk stat måste sålunda direkt eller indirekt bestämmas av periodiskt återkommande fria val. *Joseph Schumpeter* (1994, 164, jfr 1942 kap. 22) har sålunda definierat demokrati som ett institutionellt arrangemang för politiska beslut, där individerna får makt att besluta genom en fri tävlan

om folkets röster. Folkets roll är att välja en regering (Schumpeter 1994, 163). Demokratiidealet definieras som fri konkurrens om fria röster (id. 165-166).

Enligt *Jack Lively* (1975, 35 ff.) borde Schumpeters idé kompletteras med en teori om *vad* politikerna har att »sälja» väljarna – inte direkt sina personer utan olika politiska handlingsprogram. Man kan sålunda tänka sig en *homo politicus*, analog till *homo oeconomicus*: Politikerna strävar efter att maximera röster och väljarna strävar efter att maximera uppfyllelse av sina preferenser. Konkurrens gynnar den politiska »konsumenten» (jfr t.ex. Downs 1957 *passim* och Lively 1975, 88 ff. med vissa kritiska anmärkningar).

Urvalet av politiska befattningshavare bestäms sålunda ofta av kandidaternas förväntade *förtjänst*. Demokrati kan och bör vara en »förtjänstpolyarki» (jfr Sartori 1992, 179).

Vissa filosofer (t.ex. Lively 1975, 94 och 98) har visserligen gjort gällande att den ekonomiska teorin om demokrati bortser från väljarnas altruistiska preferenser. Det är emellertid svårt att se varför så måste vara fallet. Allt beror på hur preferensbegreppet definieras.

Viktigare är att den ekonomiska demokratimodellen är en långtgående idealisering. Idealets förverkligande hotas ständigt av »marknadsmisslyckanden», som liknar den vanliga marknadens begränsningar (jfr avsnitt 6.1.5C nedan): Den politiska situationen kan vara sådan, att medborgarna misslyckas med att nå önskade resultat. Fria val kan t.ex. manipuleras av politisk elit eller av någon annan anledning avvika från väljarnas preferenser. Ett beslut som är förmånligt för majoriteten kan djupt kränka en viss minoritet. Det politiska systemet kan gynna en »överbudspolitik», för dyr att fullfölja. Demokrati kan urarta i partiernas oligarki (jfr t.ex., Schachtschneider 1994, 45 ff.). Därför behövs det en tilläggsteori om hur sådana avarter kan elimineras.

C6 En republikansk modell. Den ekonomiska modellen kännetecknas av individualism och pluralism. En »republikansk» modell tar däremot avstånd från den politiska marknaden och uppvärderar folkets gemensamma intressen, kollektiva viljebildning och medborgerliga dygder (jfr t.ex. Pettit 1994, 186 ff.). En individ kan tryggt åtnjuta sin frihet endast i närvaro av pålitliga och välvilliga medborgare (id. 194). Jfr även t.ex. Michelman 1988, 1493 ff. Den romerska *res publica* uppfattas som en förebild. Medborgarna förväntas att uppvisa *fides* (redlighet som väcker förtroende), *pietas* (benägenhet att hjälpa sina närstående) och *virtus* (duglighet);

jfr Meister 1983, 4. *Ollis (sc. imperantibus) salus populi suprema lex esto* (folkets bästa skall vara den översta lagen för härskarna; Cicero, *De legibus* 3, 8 §). Republikens existens måste skyddas av medborgarna. Dessa vinner *gloria* om de är beredda att offra sig för det gemensamma bästa (jfr Drexler 1983, 114 ff.). Den republikanska modellen bygger på en lång tradition; Thukydides, Machiavelli, Madison, Hannah Arendt m.fl. kan nämnas i detta sammanhang. *Karl Albrecht Schachtschneider* har i denna anda författat ett monumentalt arbete, *Res publica res populi*. Verkets poäng är att statsskicket borde tillförsäkra medborgarnas frihet (1994, 14 ff., 68, 104, 573 ff. osv.) men detta kräver att republiken slår vakt om medborgarnas gemensamma intressen och sammanjämkar viktiga särintressen (jfr id. 637 ff. och 617 ff.). En viss grad av folkets likformighet behövs för att få republiken att fungera (jfr id., 1177 ff.). Partiväldet kritiseras som republikvidrigt (id. 1045 ff.). Endast de bästa får företräda folket (id. 662 ff.). Parlamentet bör göras oberoende av partierna, bl.a. genom majoritetsval i enmandatkretsar (id. 1149 ff.), omvalförbudet (id. 805 ff.) och domstolarnas upphöjda ställning (id. 1132 ff.).

Men även denna modell har väckt kritik och har t.o.m. kallats för »populistisk». Många författare eftersträvar följaktligen en syntes. En sådan kallas ofta för »debattdemokratin» (*deliberative democracy*. »Medan populistisk demokrati utgår från att folkets viljeuttryck är det högsta goda, argumenterar debattdemokratins förespråkare att... folkstyre... är mindre värdefullt i om det inte åtföljs av debatt. Medan negativ liberalism uppfattar frihet från opåkallat ingripande som samhällets högsta värde, argumenterar debattdemokratins förespråkare att personlig frihet, i likhet med politisk frihet, ökar i värde i den mån dess utövning återspeglar och uppmuntrar... vår förmåga att gestalta våra liv i enlighet med välmotiverade omdömen» (Gutmann 1993, 140-141).

C7 En diskursmodell. En sådan syntes kan stödjas på *Jürgen Habermas'* teori. Habermas (1994, 10) har således uttalat följande: »Det liberala paradigmet uppfattar inte det suveräna folkets fullständiga autonomin..., eftersom den betraktar mänskliga rättigheter som... den demokratiska processens externa begränsningar, medan det republikanska paradigmet kan inte uppfatta de mänskliga rättigheternas universalistiska innebörd». Habermas' syntes bygger på »nätverk av moraliska, etiska och pragmatiska debatter» samt »uppriktiga (*fair*) förhandlingar» (id. 12). Närmare bestämt utgår Habermas från en »demokratiprincip» (1992, 135 ff.) som bestämmer att rättsreglerna är legitima endast om de skulle accepteras

- av alla rättssubjekt
- i en rättslig normgivningprocess som uppfyller vissa krav på en rationell debatt (diskurs, id. 141 ff.).

Den fria och rationella debatten i ett »civilsamhälle» bildar enligt Habermas en länk mellan individernas privata »livsvärld» och det politiska systemet (jfr 1992, 451 och 458 ff.).

Demokratiprincipen kräver dessutom enligt Habermas att rätten skyddar vissa rättigheter (id. 155 ff.), nämligen (1) grundläggande politiska friheter, (2) rättigheter som skapar medborgarnas status som medlemmar i den i statliga gemenskapen, (3) grundläggande processrättigheter, (4) rätten att delta i politisk opinions- och viljebildning och (5) grundläggande sociala och ekologiska rättigheter. Rättigheterna *motiveras* således av den rationella debatten. (Däremot kan de enligt Habermas inte längre stödjas på några religiösa, metafysiska eller traditionella argument, jfr id. 83, 87 127 och 163).

I ett idealtillstånd, där Habermas' demokratiprincip förverkligats till fullo skulle den rationella debatten garantera att demokratiska beslut enligt majoritetsprincipen inte kommer att kränka rättigheterna. Alla medborgare skulle nämligen på en och samma gång uppträda som lagens adressater och lagstiftare (jfr id. 52, 57, 135, 153, 160, 492 och 503).

Det ovan sagda innebär inte något positivt ställningstagande gentemot Habermas' teori som helhet.

- Teorins drivkraft är »det emancipatoriska intresset», dvs. ambitionen att befria »livsvärlden» från »systemets» dominans (jfr Habermas 1969, 204 ff. och 332 ff.; Habermas 1981 band 2, 580 ff. osv.). Denna i och för sig berättigad ambition ledde tidvis författaren till att ställa vissa tvivelaktiga förslag, t.ex. att den politiska debatten i en ökad omfattning borde förankras i inflytelserika utomparlamentariska massorganisationer (1958, 56 ff.; senare har författaren ändrat denna åsikt, jfr 1985, 150).
- Enligt Habermas är moralen (»moralprincipen») inte överordnad demokratiprincipen, utan sidoställd gentemot denna (Habermas 1992, 135 ff.). Enligt min mening kan emellertid en sådan demokratiprincip stödjas på etiska skäl. Den har ett etiskt värde, eftersom den garanterar att rättsreglerna inte är grovt oetiska. Inget regelsystem som grovt åsidosätter etiska krav kan accepteras i en rationell debatt.
- Habermas' omfattande lära bygger på den filosofiskt sett tvivelaktiga konsensusteorin om sanningsbegreppet, se avsnitt 8.4.1 nedan.

- Det är inte säkert att fri- och rättigheterna endast kan motiveras med stöd av Habermas' diskursteori. En annan motivering bygger t.ex. på kulturarvet och rationella avvägningar, jfr kap. 5–7 nedan.
- I det verkliga livet är kollisioner mellan majoritetstyre och rättigheterna fullt möjliga. Kollisionerna kan lösas genom vissa prioritetsregler men dessa har en blott *prima facie*-karaktär, dvs. måste vika för starkare argument (jfr Alexy 1994, 235–238). Argumentens styrka kan inte bestämmas inom ramen av Habermas' teori.

C8 Åter till folkviljan. Ett politiskt beslutssystem kan sålunda anses alstra en folkvilja i en rimlig mening om det approximerar en väl avvägd preferensordning som till fullo beaktar vad olika medborgare vill, hur många personer det rör sig om och hur starka deras preferenser är. Så är fallet om det politiska systemet både skapar medborgarnas fria konkurrens på »valmarknaden» och tillförsäkrar en fri och rationell politisk debatt i vilken alla aktiva medborgare kan göra sig hörda på olika stadier av beslutsprocessen. Medborgarna har då en möjlighet att fritt uttrycka sina viljor och det politiska systemet *transformerar* dessa till folkviljan. Denna folkvilja bestämmer om rättens demokratiska legitimitet.

1.5.2 Inledande anmärkningar om tillräckliga villkor för demokrati

Den generella teorin måste kompletteras med vissa *kännetecken vars sammanjämkning utgör ett tillräckligt villkor för demokrati och samtidigt en måttstock för demokratins olika grader.*

Dessa kännetecken är följande: a) majoritetsbeslut, b) politisk intresserepresentation, c) medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen, d) fri åsiktsbildning, e) fri tillgång till information och öppenhet, f) vissa andra fri- och rättigheter, g) rättssäkerhet, h) maktdelning, i) kontroll över politiska beslut och j) de politiska befattningshavarnas ansvar.

De olika kännetecknens samband med den övergripande idén om folkstyre är mer eller mindre intimt. Det är sålunda utan tvekan rimligt att vid i övrigt oförändrade förhållanden anta att ett stats- eller samhällsskick är mer demokratiskt, ju fler politiska beslut som följer medborgarmajoritetens vilja. Demokrati*begreppet* innebär dessutom att detta antagande kanske kan tolkas som en analytisk tes, som *måste* vara sann i kraft av begreppets innebörd.

Det ovan sagda är medvetet vagt. Varje precisering skulle kräva språkfilosofiska specialstudier om begreppet »analytisk» och därmed ändra arbetets inriktning samt utsätta det för onödig kritik.

Andra kännetecken, såsom vissa fri- och rättigheter, maktdelning, kontroll m.m. utgör likaledes betingelser för väl utvecklad demokrati men det är inte så lätt att tolka sambandet som begreppsligt nödvändigt. Snarare är det fråga om ett endast empiriskt, kausalt samband. En minskad kontroll över politiska beslut orsakar t.ex. att även medborgarmajoritetens faktiska inflytande minskar.

Både den övergripande idén om folkstyret och teorin om olika kännetecken på statsskickets demokratiska karaktär är tämligen generella. De är lika relevanta för den svenska demokratin som t.ex. för den västtyska och amerikanska.

Det politiska språket och därmed listan på demokratins nödvändiga villkor ändrar sig emellertid fortlöpande.

Principen »en man en röst» uppfattas t.ex. numera som majoritetsprincipens konsekvens och som demokratins nödvändiga villkor. Men för några generationer sedan saknade t.ex. kvinnor och mindre bemedlade män rösträtt i stater vilka allmänt ansågs vara demokratiska.

Det finns flera frågor av detta slag, t.ex. om underåriga bör få rösta; jfr Lively 1975 ff. om »medborgarskaps utsträckning».

Medborgardeltagandet i politiken var helt centralt för det antika demokratibegreppet. Atens alla medborgare kunde åtminstone i teorin avgöra alla politiska frågor på torgmöten. Det moderna samhällets komplexitet och dynamik har emellertid gjort sådana möten orealistiska. Kravet på medborgardeltagande måste följaktligen tonas ner.

Samhällets komplexitet och dynamik har samtidigt medfört att politiken blivit svårbegriplig för vanligt folk. Det demokratiska samhällets institutioner måste följaktligen motverka svårigheterna. Kraven på fri åsiktsbildning, tillgång till information och öppenhet har sålunda ökat i vikt.

1.5.3 Mer om kännetecken på demokrati

A MAJORITETSBESLUT

Ett viktigt kännetecken på demokrati är att olika slags offentliga beslut följer flertalets uppfattning.

A1 Fria val och allmän rösträtt. Riksdagens ledamöter, kommunfullmäktige m.fl. tillsätts således efter fria val som i viss mån återspeglar väljarmajoritetens åsikter; medborgarna har därvid allmän och lika rösträtt (jfr t.ex. 1 kap. 1 § 2 st. regeringsformen).

Allmänna val och folkomröstningar är meningslösa om de inte är fria.

Majoritetsprincipen förutsätter samtidigt att väljarnas röster har lika vikt. Den innebär däremot varken att medborgarna faktiskt är lika kapabla att bedriva politik eller att de är ekonomiskt likställda.

A2 Motivering av principen om fria val och allmän rösträtt. Fria val och allmän rösträtt skänker s.a.s. de valda en *ursprungslegitimitet*. Förtroendevaldas ställning har nämligen ett legitimt *ursprung*.

Fria val och allmän rösträtt kan rättfärdigas med stöd av samtliga *demokrativärden* (jfr avsnitt 1.5.1C ovan).

I synnerhet uttrycker de majoritetsprincipen. Vid i övrigt oförändrade omständigheter är majoritetsstyre ett bättre medel för att skapa ett rättvist samhällsskick än minoritetsvälde.

Majoritetens beslut kan emellertid vara orättvisa. Ur denna synvinkel har majoritetsbeslut inte något självständigt etiskt värde (jfr t.ex. Simon 1993, 47). De är etiskt värdefulla blott indirekt, närmare bestämt i den mån som de utgör en approximation av den utilitaristiska sammanvägningen av människornas preferenser.

A3 Majoritetsprincipen som ett demokratikrav. Majoritetsomröstningars inflytande på förtroendevaldas sammansättning och arbetssätt är det enda kännetecknet på demokrati som i nutiden nästan helt förverkligats av alla västerländska stater och följaktligen kan anses vara ett *nödvändigt villkor* för *modern* demokrati (jfr t.ex. Björkholm 1994, 225). Följande antagande är sålunda utan tvekan rimligt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt,

- ju fler politiska befattningshavare som tillsätts efter val,
- ju friare valen är,

- ju större del av folket som har rösträtt,
- ju mindre skillnader det föreligger mellan olika rösters styrka; och
- ju fler politiska beslut som följer medborgarmajoritetens vilja.

A4 Majoritetsprincipen och demokratibegreppet. Enligt en *formell* och värderingsfri definition är majoritetsomröstningar även ett *tillräckligt villkor* för demokrati. Demokrati i formell mening likställs sålunda med ett beslutssätt som i skiftande sammanhang följer flertalets uppfattning (jfr t.ex. Dahl 1989, 182; Ely 1980, 73 ff.; Ross 1963, 99; Tingsten 1963, 42; Heckscher 1982, 54). Denna definition kan säkert väljas för vissa begränsade ändamål. Den är emellertid olämplig i en politisk debatt. Följande bör nämligen beaktas.

- Demokrati får inte vara någon majoritetsdiktatur. Om t.ex. hutumajoriteten vinner valet i Burundi får den inte för den skull förtrycka tutsi-minoriteten.

Jfr SOU 1990:44 s. 15: »Demokrati kan inte identifieras med flertalsstyre och kollektiva beslutsprocesser».

- Vidare kan fria val enligt majoritetsprincipen missbrukas av de valda. Adolf Hitlers karriär är ett lärorikt exempel. Därför måste krav på demokratisk legitimitet gälla inte blott maktens ursprung utan även fortlöpande maktutövning. Västgoternas följande maxim från år 481 är värd att minnas. Du blir kung om du kommer att göra rätta ting, om du inte gör det blir du alltså inte någon kung (*rex eris si recta facis, si autem non facis, non eris*; jfr *Forum judicum* I,2). Att fortlöpande maktutövning skall vara rätt medför självfallet många olika krav. *Ett* sådant krav innebär att de förtroendevalda skall fatta beslut genom en fri majoritetsomröstning.

A5 Demokrati i materiell bemärkelse. Demokratibegreppets poäng och dess huvuduppgift är att bidra till den värderande politiska debatten. Det behövs sålunda ett *materiellt* demokratibegrepp. Majoritetsbeslut är inte något tillräckligt villkor för demokrati i denna mening, utan *ett* av flera kännetecken som tillsammans bestämmer hur demokratiskt ett statsskick är i en materiell bemärkelse.

Jfr t.ex. *Alexis de Tocquevilles* berömda formulering (1945, band 1, 433-34): »majoritetens makt... är inte obegränsad. Över den finns... rättvisa och förnuft i

moralens värld och hävdvunna rättigheter i politikens värld». Jfr även den tyska socialdemokraten *Eduard Bernsteins* iakttagelse (1987, 177-8, originalupplagan publicerades år 1899): »Vi finner i vår tid minoritetens undertryckande genom majoriteten 'odemokratiskt', ehuru det ursprungligen ansågs fullt förenligt med folkherrevälde. I begreppet demokrati ligger just för våra dagars uppfattning en rättsföreställning innesluten: alla samhällsmedlemmars likaberättigande, och i detta finner flertalets herrevälde... sina gränser». Enligt *Samuel Freeman* är majoritetsstyre inte lika med demokrati, utan blott en del av demokratins institutionella *framework*; en stat är mer eller mindre demokratisk beroende på i vilken utsträckning medborgarnas rättigheter skyddas (1991, 356 och 362). Jfr vidare t.ex. Riley 1990, 267 ff.; Bohman 1982, 7 ff. och Taxell 1987, 9 ff.).

A6 Minoritetsskydd. Ett viktigt skäl för att demokrati inte kan identifieras med flertalsstyre är att det finns olika *permanenta minoriteter* (jfr t.ex. Arblaster 1987, 70 ff.). En tillfällig minoritet, t.ex. förespråkare av en viss politisk uppfattning, kan hoppas på att någon gång förvandlas till en styrande majoritet. En permanent minoritet, t.ex. en etnisk sådan, måste skyddas på ett annat sätt.

Ett antal komplexa *avvägnings*frågor måste behandlas i detta sammanhang.

- Vem tillhör den ifrågavarande minoriteten? Vem t.ex. är jude? Utan tvekan måste en person som föddes av judiska föräldrar, talar jiddish och tillhör den mosaiska församlingen betraktas som jude. Men vad kan man säga om en svensktalande ateist som har en judisk mormor och uppfattar sig själv som jude? »Till syvende och sist» kan endast han själv besvara identitetsfrågan.
- Vad är rättvist till minoriteter? Assimilationister grälar med partikularister. Skall en etnisk grupp förvandlas till »vanliga svenskar», eller skall de hjälpas till att bevara sin identitet och förbli arbetslösa tenstabor?
- Den som tillhör en viss minoritet har visserligen samma fri- och rättigheter som de andra. Men vissa intressen kan endast skyddas kollektivt t.ex. den ungerska minoritetens rätt att ställa upp ungerska trafikskyltar i södra Slovakien. Vilka intressen förtjänar ett kollektivt skydd?
- Vem skall få det kollektiva minoritetsskyddet? Bör finnarna i Sverige få samma rättigheter som svenskarna i Finland? Om skillnader görs med hänsyn till minoritetsgruppens historiska rötter, uppstår svåra gränsdragningsfrågor. Kosovo har viktiga historiska band med Serbien, bör detta faktum vara ett skäl till att beröva dess albanska befolkning självbestämmanderätt?
- Vilka regioner skall få självstyre, och i vilken omfattning? Tänk på Baskien eller Sydtyrolen, och varför inte Kurdistan?

- Vilka minoriteter har en utbrytningsrätt ur staten? Och vilka hänsyn talar mot utbrytningsrätten? Geografiska och ekonomiska bindningar kan vara synnerligen svåra att bedöma. Skall serberna i Kroatien få bilda ett oavhängigt Krajina? Varför inte? (Språkligt sett betyder »krajina» detsamma som »ukraina», nämligen gränslandet. Fast Ukraina är större...). Skall den protestantiska majoriteten i Ulster bestämma över den katolska minoriteten, eller skall man ansluta Ulster till Irland och låta den katolska majoriteten ta över? (jfr Arblaster 1987, 71).
- Vissa minoriteter kan ställas inför ett hemskt dilemma: härska eller dö. Tutsier hade i århundraden förtryckt hutumajoriteten; majoritetsstyrets införande i Rwanda förvandlades så småningom till folkmord.

Minoritetsfrågorna belyser demokratins huvudproblem: Vilken grad av folkets *likformighet* behövs för att få demokratin att fungera? (jfr Schachtschneider 1994, 1177 ff.). En minoritet som vill lämna staten förklarar att den inte längre är en del av samma folk, samma *demos* som majoriteten. Demokrati är (ännu?) inte global, utan lokal, m.a.o. nationell, regional, kommunal osv. Inte minst skapar supra-nationella enheter såsom den Europeiska unionen svåra demokratiproblem (cf. Weiler 1994, 319 ff.) som kräver komplexa avvägningar och mångsidig debatt.

A7 Majoritetsstyre och rättstillämpning. Majoritetsprincipens fullständiga genomförande skulle medföra drastiska följder för tolkningen av de i folkmajoriteten förankrade lagarna. Klara lagar skulle sålunda tolkas bokstavligt.

Undantag från bokstavstolkningen skulle godkännas endast om det gick att bevisa (inte blott att förmoda) att
- lagstiftaren inte kände till undantagsfallet; och
- om han hade gjort det skulle lagen formulerats annorlunda.

Vid tolkning av generalklausuler, ramlagar och annan vag lagstiftning skulle domaren alltid noga följa lagarnas förarbeten, t.o.m. i strid mot all rim och reson eller den egna välgrundade rättfärdighetsuppfattningen. I en demokratisk rättsstat får emellertid majoritetsprincipen inte odelat dominera rättstillämpningen, utan hänsyn måste också tas till bl.a. olika rättighets-, rättssäkerhets- och maktdelningssynpunkter. En rad exempel, däribland den franska revolutionens historia, visar klart att parlamentets obegränsade makt inte utesluter förtryck. Bokstavstolkning utgör därför

knappast den enda legitima lagtolkningsmetoden. Inte heller bör lagens förarbeten betraktas som den absolut viktigaste rättskällan, som alltid äger företräde framför t.ex. prejudikat.

B POLITISK INTRESSEREPRESENTATION

B1 Intresserepresentation och demokratibegreppet. Ett av demokratins viktigaste kännetecken ligger i att de politiska befattningshavarna slår vakt om medborgarnas gemensamma intressen och sammanjämkar viktiga särintressen (jfr t.ex. Lively 1975, 111 ff., Eikema Hommes 1982, 31 ff., Schachtschneider 617 ff. och 637 ff.).

Begreppet »intresserepresentation» är visserligen förenat med ett antal problem (jfr Lively 1975, 111 ff.). Kan olika intressen vägas mot varandra? Bör intresseuppfyllelse maximeras även om det sker på bekostnad av vissa »syndabockar»? (jfr avsnitt 5.4.5E nedan om liknande problem angående preferensutilitarismen). Vad menas med kollektiva samhällsintressen, oberoende av individernas intressen? Politisk intresserepresentation är emellertid ett av demokratins viktiga idealmål. Följande antagande är därför rimligt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt,
- ju fler politiska beslut som återspeglar medborgarnas gemensamma intressen; och
- ju fler politiska beslut som sammanjämkar viktiga särintressen.

B2 Parlamentarismen – en idealmodell
Avsnitt B2-B5 bygger på en framställning författad av *Aulis Aarnio*, se Peczenik m.fl. 1990, 11-18.

Särskilt under 1900-talet har *riksdagens* (parlamentens) roll förstärkts radikalt på monarkins bekostnad. Rättsstatens förening med parlamentarismen har sedan blivit en förebild för de flesta västeuropeiska demokratier. Enligt denna i sin idealtyp regleras och styrs samhället med abstrakta normer – rättens herravälde – i stället för monarkens individuella dekret. Lagarna tillskapas genom en särskild överläggningsprocedur som förs delvis mellan olika maktgrupper i riksdagen och delvis av den allmänna opinionen utanför parlamentet. Hela förfarandet går ut på att skapa en förnuftig konsensus, som grundar sig på allsidiga argument och som garanterar optimal intresseavvägning och rättvisa i alla tänkbara situationer. I riksdagen realiseras detta genom förfarandets offentlighet, riksdags-

männens fria diskussioner, immunitet och förbud mot s.k. imperativistiska mandat, som på förhand skulle binda de förtroendevalda vid vissa ståndpunkter i sakfrågorna. Diskussionen utanför parlamentet styrs av bl.a. förekomsten av olika medborgerliga rättigheter och massmediernas frihet. Alla dessa garantier kan kallas för externa ramar för en rationell politisk debatt och intresserepresentation.

En sådan idealmodell är möjlig endast om det finns olika sinsemellan tävlande politiska partier. Å andra sidan måste alla parter godkänna den rationella diskussionens grundprinciper och de måste undvika alla manipulativa medel.

B3 Korporativism. Spänningen mellan särintressen och gemensamma bästa. Den parlamentariska intresserepresentationen ger emellertid upphov till vissa problem.

Sedan 1800-talets slut har statsmakterna styrt utvecklingen i alla välfärdsstater mot försvagning av sociala konflikter. Arbetsgivar- och löntagarorganisationer har i samråd med regeringen också initierat många viktiga sociala reformer, som således mildrat konflikterna. Å andra sidan har detta gett samhället korporativistiska drag. Korporationer som arbetsgivar- och löntagarorganisationer har kommit att diktera olika politiska handlingsvägar och särskilt socialpolitiska beslut.

I detta sammanhang kan det talas om spänningen mellan särintressen och det gemensamma bästa. Förvisso behöver det inte inge några betänkligheter att vissa konfliktlösnings- och ordningsuppgifter förs över på korporativ basis. Som exempel kan nämnas uppbyggnaden av former för tillförsäkrandet av ett etiskt godtagbart agerande i advokatverksamhet, journalistyrke och börssammanhang. Att överföra sådana beslut på arbetsgivar- och löntagarorganisationer är emellertid mer problematiskt eftersom arbetsgivarnas och de anställdas intressen i en viss bransch kan kollidera med varandra. Korporationernas beslutsfattande löper därför risken för att otillbörligt påverkas av olika särintressen. För att motverka faran måste beslutsfattarna inse att de gemensamma intressena är minst lika viktiga. De anställda är föga betjänta av en löneförhöjning som leder till att företaget går omkull. Det behövs sålunda en institutionell mekanism som låter »motpolerna» tala med varandra, rättvist balansera motstridiga intressen och rationellt finna det gemensamma bästa.

B4 Byråkratisering eller de bortglömda målen. Samtidigt har beslutanderätten alltmer överflyttats från riksdagen till byråkratin (jfr t.ex. Habermas

1968, 214 ff.). En av orsakerna står att finna i det faktum att förvaltningens normgivningsmakt ökat. Det är inte bara fråga om tillämpningsföreskrifter. I realiteten är förvaltningen en mycket viktig lagstiftare i dagens välfärdsstat.

Själva förvaltningens förändring har också förstärkt de verkställande myndigheternas ställning. I många länder, bl.a. i Sverige, sysslade förvaltningen länge enbart med en rättstillämpning som var jämförbar med domstolarnas rättskipning. Sedermera har tyngdpunkten i förvaltningens verksamhet alltmer överflyttats till planering, vilket betyder att byråkratin fått en ökad förberedelsemakt. En myndighet som får möjligheten att förbereda en reform eller ett beslut får också makten att diktera vilka alternativ som är relevanta och vilka som inte är det och kan också föreslå prioritetsordningen mellan de kvarstående alternativen. Detta har förstärkt experternas makt i förvaltningen och påtvingat byråkratin ett snävt perspektiv.

Närmare bestämt har fenomenet följande drag:

1) De faktiskt tillgängliga ekonomiska och politiska medlen bestämmer de mål som godkänns i besluten. På det sättet kan endast de mål som kortfristigt kan anpassas till medlen ha relevans i beslutsproceduren. De berördas långsiktiga intressen kommer ofta bort.
2) Vad som är genomförbart beror på den sakkunskap som finns i förvaltningen. Endast de mål och medel kan godkännas som formulerats av vissa sakkunniga. Dessa kan emellertid vara snäva specialister, utan någon helhetssyn. Därför kan vissa uppgifter ses som nödvändiga, utan att någon ens frågar efter deras samband med skyddsvärda intressen.
3) Förvaltningen syftar inte alltid till den bästa möjliga lösningen utan till det avgörande som bäst tillfredsställer de sakkunnigas åsikter. Förvaltningen genomför därför inte alltid de politiska målsättningarna utan utgör ett jämkningsforum för de intressen som är viktiga för byråkraterna, m.a.o. har de sistnämnda ofta större inflytande än politikerna.
4) Maskineriet är övertungt och dess förmåga att producera svar på oväntade problem har blivit svagare. Det är också iögonfallande att t.ex. många beslut i socialsektorn fattas av icke-jurister som ofta ser saken ur en extremt legalistisk synvinkel. Allt avgörs på grund av lagtexter och föreskrifter och finns det inte någon sådan, måste man vänta på att någon högre myndighet täpper till luckan med en ny norm. Byråkratin

är i sådana fall oförmögen att utveckla systemet dynamiskt och fortlöpande.

B5 Maktkalkyler i stället för argumentation. Det ursprungliga idealet, en rationell argumentation i parlamentet och rationell kontroll utanför parlamentet, har kommit att i vissa fall verka som en ren utopi. Politiska partier följer inte alltid rationalitetens krav, utan i stället utgör de maktkoalitioner som ofta representerar vissa socialekonomiska gruppintressen, utan hänsyn till gemensamma samhällsintressen. Det faktiska beslutsfattandet sker inte i riksdagen utan i hemliga förhandlingar mellan olika politiska grupperingar. Plenarsessioner är bara fasader som döljer de avgörande diskussionerna. Allmänheten utanför riksdagen manipuleras av statsmaktens handhavare och massmedierna, som ofta prioriterar läsar- och tittarsiffror framför den för vårt demokratiideal nödvändiga rationella kontrollen.

En pessimist kan påstå att beslutsfattandet grundar sig på maktkalkyler och kortsiktiga särintressen, inte på en rationell konsensus som främjar rättvisa och tillgodoser långsiktiga samhällsintressen.

B6 En principiell kritik av parlamentarismen? Det är sålunda inte säkert att de folkvalda optimalt representerar väljarnas intressen. De förfogar över begränsad information, tar olika taktiska och andra hänsyn, underkastar sig partidisciplinen osv. Men någon principiell kritik av parlamentarismen är ändå knappast berättigad. Trots alla brister lär representativ demokrati vara överlägsen de flesta föreslagna alternativen.

Bland de sistnämnda kan man nämna *Carl Schmidts* förslag att göra presidenten till författningsvaktare (1969, 15 ff., 132 och 137 ff.) och *Jürgen Habermas'* ursprungliga idé att förankra den politiska debatten i utomparlamentariska massorganisationer (1958, 56 ff.). Jfr även Becker 1994, särskilt 149 ff.

Senare har Habermas nyanserad sina åsikter. Han förespråkar ett »procedurellt paradigm» som kännetecknas av »växelverkan mellan den rättsligt institutionaliserade och den icke-institutionaliserade folksuveräniteten» (1992, 532). Närmare bestämt föreslår han att medborgarnas deltagande i politiken utvidgas, massmediemakten tämjas, partierna demokratiseras och författningen kompletteras med direktdemokratiska inslag såsom folkomröstningar m.m. (id. 533 ff.).

Vidare, även om intresserepresentationen är behäftad med stora brister kan ett stats- eller samhällsskick ändock vara demokratiskt till följd av att det till en stor grad uppvisar andra kännetecken på demokrati.

De värderingar som genomsyrar rättstillämpningen i ett demokratiskt samhälle bör följaktligen förankras i medborgarnas gemensamma intressen. Andra egenskaper hos ett demokratiskt statsskick, framför allt rättssäkerheten, sätter däremot tillsammans med hänsyn till likhet inför lagen vissa gränser för särintressenas beaktande. De intressen som motsvarar individens rättigheter har å andra sidan en särställning. Varje medborgare kan bli indragen i en rättslig tvist. Hans trygghet främjas av att han kan lita på att domstolarna då kommer att tillgodose hans rättigheter.

C MEDBORGARNAS DELTAGANDE I POLITIKEN OCH RÄTTSSKIPNINGEN

Politikens och rättskipningens förankring i medborgarnas intressen – och därmed demokratin – stärks av medborgarnas deltagande icke bara i valen och folkomröstningarna utan även i kommunala nämnder, domstolar osv. (jfr t.ex. Anckar, 53 ff.).

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt,
- ju fler medborgare som deltar i politiken och rättskipningen; och
- ju större roll som deras deltagande spelar i beslutsfattandet.

Demokratin medför ett visst »amatörstyre». Det är också viktigt att även de medborgare, som inte innehar några politiska uppdrag, utsätter de politiska befattningshavarna för olika slags påverkan genom t.ex. offentlig kritik.

Ett system med såväl lagfarna domare som nämndemän innebär en förnuftig avvägning mellan medborgardeltagandet och domarnas yrkesskicklighet i konsten att föra en rationell juridisk argumentation.

Generellt och abstrakt kan i detta sammanhang erinras om Habermas' andra rättighetsgrupp (jfr avsnitt 1.5.1C7 ovan): rättigheter som skapar och skyddar medborgarnas status som medlemmar i den i statliga gemenskapen.

D FRI ÅSIKTSBILDNING

Demokratin bygger på fri åsiktsbildning (jfr 1 kap. 1 § 2 stycke och 2 kap. 12 § 2 st. regeringsformen). Medborgarna måste få fritt uttrycka sina åsikter och arbeta för deras förverkligande.

Utan den fria åsiktsbildningen kan folkets kollektiva vilja inte utvecklas.

Jfr Habermas' fjärde rättighetsgrupp (jfr avsnitt 1.5.1C7 ovan): rätten att delta i politisk opinions- och viljebildning.

Den fria åsiktsbildningen säkerställs genom de i 2 kap. regeringsformen stadgade fri- och rättigheterna. Yttrandefriheten har en särskild betydelse. Tryckfriheten har sedan 1766 erhållit ett särskilt skydd genom tryckfrihetsförordningen. Yttrandefrihetsgrundlagen (kungjord genom förordning 1991:1469) ger ett särskilt skydd för yttrandefrihet i ljudradio, television, filmer, videogram, ljudupptagningar m.m.

Följande antagande är rimligt (kanske t.o.m. analytiskt sant): Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju större frihet som medborgarna har att uttrycka sina åsikter och arbeta för deras förverkligande.

E FRI TILLGÅNG TILL INFORMATION. ÖPPENHET

Den fria åsiktsbildningen förutsätter fri tillgång till information (jfr 2 kap. 1 § 2 mom. regeringsformen).

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju friare tillgång till politiskt relevant information som medborgarna har.

Fri tillgång till politiskt relevant information möjliggör en rationell debatt om politiska, etiska, juridiska och andra praktiska frågor. Om medborgarna inte får tillräcklig information utan i stället utsätts för en känslomässig manipulation är åsiktsbildningen skenbart fri men i själva verket påtvingad av populister.

Fri tillgång till politiskt relevant information tillförsäkras bl.a. av att lagarna publiceras och tillämpas öppet. Reglerna om allmänna handlingars offentlighet (jfr 2 kap. tryckfrihetsförordningen) ger dessutom medborgarna rätt att kräva en positiv prestation av myndigheterna, t.ex. att lämna ut handlingar (2 kap. 13 § tryckfrihetsförordningen). Även dessa regler befrämjar demokratin.

Rättens öppenhet är samtidigt en av *rättsstatens* egenskaper. Detta är en skärningspunkt mellan begreppen »demokrati» och »rättsstat».

Den fria åsiktsbildningen i politiska och inte minst juridiska frågor underlättas av att såväl politiska beslut som rättsliga avgöranden åtföljes av en uppriktig, begriplig och tillräckligt djuplodande motivering. Se kapitel 7 nedan.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju uppriktigare, begripligare och mer djuplodande motivering som åtföljer politiska och juridiska beslut.

F FRI- OCH RÄTTIGHETER

Förutom den fria åsiktsbildningen kräver demokratin många andra rättigheter. Demokrati är som sagt inte någon majoritetsdiktatur. Hänsynen till olika fri- och rättigheter är den viktigaste begränsningen av majoritetsstyret.

> »Demokrati kan existera bara i den mån ett lands invånare åtnjuter medborgerliga och politiska friheter» (Kriele 1988, 34). »Det finns ett nödvändigt samband mellan demokrati och frihet» (Arblaster 1987, 94). Jfr även avsnitt 1.5.1C7 ovan om Habermas' första och femte rättighetsgrupp: grundläggande politiska friheter och grundläggande sociala och ekologiska rättigheter.

Det finns olika mer eller mindre etablerade listor av fri- och rättigheterna. Måhända kan de betraktas som olika tolkningar av demokratins grundvärden såsom frihet, jämlikhet och solidaritet.

Låt mig blott nämna följande lista av fri- och rättigheter: yttrandefriheten, tryckfriheten, rörelsefriheten, mötesfriheten, demonstrationsfriheten, föreningsfriheten, religionsfriheten; skyddet för livet och den kroppsliga integriteten, skyddet för privat- och familjelivet, skyddet för äganderätten, skyddet för brevhemligheten; skyddet mot omänsklig eller förnedrande behandling, skyddet mot påtvingat arbete, skyddet mot diskriminering; rätten till domstolsprövning av frihetsberövande, rätten till opartisk och offentlig rättegång; och likhet inför lagen. (Se vidare kap. 2 regeringsformen och Europakonventionen om mänskliga rättigheter.)

Europakonventionens i preambeln angivna syfte är att bekräfta tron »på dessa grundläggande friheter, som... bäst hålls vid makt... genom en verksam politisk demokrati». Vissa fri- och rättigheter (såsom skyddet för privat- och familjelivet, religionsfriheten, yttrandefriheten, mötesfriheten, föreningsfriheten och rörelsefriheten) »må endast underkastas sådana inskränkningar, som äro ... nödvändiga i ett demokratiskt samhälle» (9 art. 2 §; jfr 2 § i art., 9, 10 och 11 samt protokoll nr 4, 2 art., 3 och 4 §§). Inskränkningarna kan således vara nödvändiga med hänsyn till sådana värden som landets yttre säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter. Gränsdragningen mellan de nödvändiga och de icke-nödvändiga inskränkningarna kan förvisso inte härledas av demokratibegreppet. Den preciseras emellertid av Europadomstolens judikatur, jfr t.ex. Ost 1989, 429-443. Demokratin uppfattas alltså som ett slags betingelse för rättigheterna. Det måste emellertid tilläggas att rättigheterna samtidigt utgör en nödvändig betingelse för demokratin.

En särskild fråga gäller så kallade sociala och ekonomiska rättigheter såsom rätt till arbete, utbildning, bostad m.m. Frågan kan inte behandlas i detta arbete.

Rättigheterna varierar självfallet i tid och rum. Men ett statsskick i vilket medborgarna saknar alla rättigheter kan knappast betraktas som demokratiskt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju bättre institutionella garantier som det innehåller för grundläggande fri- och rättigheter.

Rättstillämpningens poäng i ett demokratiskt samhälle är antingen att fastställa de enskildas rättigheter eller att åtminstone beakta deras övriga intressen. De i majoritetsbesluten förankrade nyttosynpunkterna har betydelse men individernas rättigheter får inte offras på samhällsnyttans altare.

G RÄTTSSÄKERHET

Rättssäkerheten utgör ett kännetecken på ett demokratiskt statsskick (se även Segerstedt 1985, 7 ff., Strömholm 1985, 11 ff. och Anckar 1985, 67 ff.). Genom sitt nödvändiga samspel med rättsstaten har den moderna demokratin blivit en rättslig demokrati, s.a.s. en regeldemokrati.

Formell rättssäkerhet innebär att rättsliga beslut är förutsebara med stöd av lagen. Demokrati befrämjas utan tvekan av en sådan förutsebarhet. Om medborgarna ständigt utsätts för överhetens oförutsebara ingripanden kan t.ex. fria val, fria majoritetsbeslut, fri åsiktsbildning, eller medborgarnas kontroll över politiska beslut förvandlas till en fars. En lag som inte ger någon grund för förutsägelser av myndighetspraxis är en meningslös kuliss.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju fler rättsliga beslut som är förutsebara med stöd av lagen.

Habermas' tredje rättighetsgrupp (jfr avsnitt 1.5.1C7 ovan), grundläggande processrättigheter, utgör viktiga rättssäkerhetsgarantier.

Jag har redan påpekat (i avsnitt 1.4.1B ovan) att även en *rättsstat* uppvisar en hög grad av rättssäkerhet. Här har vi sålunda en ytterligare skärningspunkt mellan begreppen »demokrati» och »rättsstat».

De rättsliga beslutens förutsebarhet är emellertid inte det enda demokrativärdet. Andra ting måste likaledes beaktas i ett demokratiskt samhälle, t.ex. grundsatsen om att politiska beslut bör återspegla medborgarnas gemensamma intressen och söka sammanjämka viktiga särintressen,

vidare hänsyn till demokratins etiska grundvärden, såsom frihet, jämlikhet och solidaritet. Dessa ting får inte vika för förutsebarheten.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt,

- ju fler rättsliga beslut som stöder sig på en sammanjämkning av den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska värden; och
- ju förnuftigare denna avvägning är.

Rättstillämpningen bör vara lojal mot den demokratiska lagstiftarens intentioner. Den svenska rättskälleläran rekommenderar följaktligen att man vid lagtolkning använder sig av uttalanden i lagens förarbeten. Å andra sidan innebär den stora europeiska rättssäkerhetstraditionen att domaren har rätt att använda de etiska principer som han har skäl att ansluta sig till. Förarbetena får därför inte vara allenarådande utan utgör ett av flera hjälpmedel vid domarens överväganden.

H MAKTDELNING

Rättssäkerheten, fri- och rättigheterna, de fria majoritetsbesluten och den politiska folkrepresentationen befrämjas av en viss maktdelning (jfr avsnitt 1.4.1I ovan). Oberoende domstolar, självständiga statliga verk, maktdelning mellan staten och kommunerna m.m. utgör således kännetecken på statsskickets demokratiska karaktär.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju fler relativt oberoende maktcentra som det omfattar och ju bättre jämvikt som det föreligger mellan dem.

Detta medför en annan skärningspunkt mellan begreppen »demokrati» och »rättsstat». Som nämnts måste rättsstatens normsystem ge domstolarna och de rättstillämpande myndigheterna en viss självständighet gentemot lagstiftaren och regeringen.

Man kan även förespråka en oberoende ställning för olika icke-offentliga organisationer, såsom politiska partier, föreningar, företag m.fl., även om deras beslutsfattande inte följer majoritetsprincipen (jfr t.ex. Eikema Hommes 1982, 44; jfr Encyclopaedia of Philosophy band 2, 340 om olika maktdelningsläror). Skiljelinjen mellan staten och samhället borde vara så klar som möjligt.

»Staten» betyder här de maktutövningsstrukturer eller statsorgan som baserar sig på grundlagen. Samhället utgörs av medborgarna och deras inbördes relationer (medborgarsamhället).

Demokratin försvagas ju mer staten griper in i samhällets funktioner. En sådan utveckling kan leda till medborgarsamhällets förstatligande och statens socialisation. I värsta fall kan demokratin förvandlas till totalitär diktatur.

Maktdelningsfrågor kan emellertid inte slutbehandlas utan mer ingående studier i historia, statskunskap, etik m.m., där det är viktigt att varje nationell rättsordning behandlas för sig.

I KONTROLLEN ÖVER POLITISKA BESLUT

En av demokratins grundstenar utgörs av medborgarnas möjlighet att underkasta politiska beslut fortlöpande kontroll och påverkan. De politiska befattningshavarna bör vara mottagliga för olika slags påverkan, inte blott vid valen utan även dagligdags (jfr t.ex. Encyclopaedia of Philosophy band 2, 339). Kontrollen över politiska beslut främjas av informationsfrihet och öppenhet. Kontrollen är effektiv i den utsträckning medborgarna kan få upplysningar om hur makten utövas; jfr 2 kap. 1 och 11 §§ regeringsformen och en rad stadganden i tryckfrihetsförordningen.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju större möjlighet som medborgarna har att underkasta politiska beslut fortlöpande kontroll och påverkan.

Kravet på kontroll av maktutövning gör sig gällande inom rättstillämpningen bl.a. genom att domar motiveras på ett ordentligt sätt. Demokratins framväxt har medfört att medborgarna inte längre finner sig i överhetens obegripliga beslut utan ofta måste få veta beslutens grunder.

J DE POLITISKA BEFATTNINGSHAVARNAS ANSVAR

Rättssäkerheten, fri- och rättigheterna, de fria majoritetsbesluten och den politiska folkrepresentationen befrämjas ytterligare av att maktutövningen sker under ansvar.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju fler politiska beslut som fattas under ansvar.

Rättsstaten kännetecknas som sagt av att makten utövas under disciplinärt och straffrättsligt ansvar. Demokratin förutsätter dessutom regeringens politiska ansvar inför de folkvalda (jfr 1 kap. 6 § och 12 kap. 1–5 §§ regeringsformen). En informell och viktig ansvarsform är till sist att väljarna kan vägra att välja om en folkvald ledamot.

Sammanfattningsvis kan följande konstateras. Demokratin kräver lagtolkning i ljuset av olika rättskällor och etiska grundvärden. Den kräver också i princip att rättsliga beslut motiveras. Den kräver däremot inte att

rättstillämpningen slaviskt följer vare sig lagens ordalydelse eller dess förarbeten.

1.5.4 Återblick – det materiella demokratibegreppets karaktär och dess konsekvenser

A EN SAMMANJÄMKNING AV OLIKA DEMOKRATIVÄRDEN

Det ovan behandlade materiella demokratibegreppet är värdeöppet (värdeladdat, värdebemängt), varmed menas bl.a. följande.

Vissa faktiska förhållanden är kännetecken på att ett samhällsskick eller ett statsskick är demokratiskt, se ovan.

Dessa förhållanden är graderbara, politiska beslut kan t.ex. mer eller mindre tillfredsställa medborgarnas intressen.

Skilda kännetecken på demokrati kan uppfattas som olika *demokrativärden*, förankrade i vår kultur.

Varje demokrativärde kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Det finns sålunda grader av demokrati (jfr Ross 1963, 92 ff. och Arblaster 1987, 105.).

Ross betraktar demokratibegreppet som en idealtyp. Det faktiska samhällsskicket kan approximera idealet mer eller mindre, beroende på olika ting såsom hur många personer som är inblandade i beslutsfattande, hur effektivt deras inflytande är och hur vidsträckt område inflytandet gäller.

Genom att kalla ett samhällsskick eller ett statsskick demokratiskt utsäger man att detta statsskick är värdefullt och i en viss mening gott.

Inget demokrativärde bestämmer emellertid självständigt och slutgiltigt att ett statsskick är gott. Som nämnts måste det slutgiltiga omdömet bygga på en avvägning och sammanjämkning mellan flera kännetecken på demokrati, rättsstat, rättssäkerhet, rättvisa m.m. Vid en sådan sammanvägning måste man t.ex. se till att medborgarmajoritetens ökade makt inte »betalas» med alltför stora inskränkningar av individens frihet.

Avvägningar behövs inte blott för att i olika sammanhang bestämma de redan etablerade demokrativärdenas relativa vikt utan även för att modifiera listan på dessa värden. Anta t.ex. att en stat i viss mån uppvisar alla de ovan nämnda kännetecknen på demokrati men helt domineras av regeringspartiet som behärskar både fackföreningar och arbetsgivarorganisationer, gör sig hörd på varenda arbetsplats, äger nästan alla tidningar m.m. Oppositionen får verka fritt men har ingen chans att överta makten. I ett sådant läge kan man tvivla på statens demokratiska

karaktär. Frågan måste underkastas en förnuftig debatt, i vilken man väger de etablerade kännetecknen på demokrati som den ifrågavarande staten uppvisar mot sådana brister. På så sätt upptäcks nya drag i demokratin, t.ex. en viss spridning av makten över medierna.

B FÖRHÅLLANDET MELLAN BEGREPPEN RÄTTSSTAT, DEMOKRATI OCH RÄTTSSÄKERHET

Förhållandet mellan begreppen »rättsstat» och »demokrati» är följande:

Ett demokratiskt statsskick har en rad egenskaper som inte är nödvändiga för en rättsstat, t.ex. vissa fri- och rättigheter, utöver det minimum som måste kännetecknа rättsstaten; vidare majoritetsprincipen, intresserepresentationen och medborgarnas deltagande i politiken.

Omvänt måste en normal rättsstat ha vissa egenskaper som inte är nödvändiga för demokrati; t.ex. rättsreglernas höga abstraktionsnivå; subsumtionstekniken; rättens autonomi; förekomsten av särskilda juridiska begrepp och argumentationsmetoder.

Begreppet rättsstat är således »formellare» än demokratibegreppet och det sistnämnda är »materiellare».

> »Den västerländska demokratisynen kan således bäst förstås med att rättsstatsidén och folksuveränitetstanken har lagrats på varandra». Visserligen uppstår det »en konflikt om rättsstatsidealet renodlas så att kravet på förutsebarhet och bundenhet får innebära att staten helst inte bör förändras. Syntesen innebär att delvis motstridiga element förs samman och vägs mot varandra, men de går att förena så länge som ingendera av komponenterna betonas ensidigt på den andras bekostnad» (Hermansson 1986, 257).

Det finns emellertid vissa gemensamma egenskaper för en rättsstat och en demokrati. Varken en rättsstat eller ett demokratiskt statsskick kan tänkas utan att ett visst minimum av fri åsiktsbildning och informationsfrihet föreligger. Inte heller kan vare sig en rättsstat eller en demokrati föreligga utan ett visst minimum av andra rättigheter, makthavarnas ansvar och en viss maktdelning. Vidare kräver både en rättsstat och en demokrati ett visst minimum av *rättssäkerhet*.

1.6 Rättssäkerhetskravet

1.6.1 Begreppet »rättssäkerhet» – förutsebarhetskravet

A SPRÅKBRUKET

Rättssäkerhetsbegreppet är emellertid omstritt och måste underkastas en närmare analys.

Språkbruket är komplicerat och skapar förvirring. Genomgång av juridisk litteratur visar att många olika ting har något att göra med rättssäkerhet.

I ett antal arbeten har bl.a. återfunnits följande krav som måste vara uppfyllda för att rättssäkerheten skall vara för handen: »Legalitetsprincipen eller krav på lagstöd för myndigheters och domstolars handlande, krav på klar och tydlig lag, förbud mot retroaktiv strafflag, förbud mot analogisk tillämpning av strafflag, kravet att åklagaren skall styrka sin talan, objektivitetsprincipen, förbud mot godtycke, krav på saklighet och opartiskhet hos domstolar och förvaltningsmyndigheter, kommunikationsprincipen innefattande att få 'aktinsyn', rätt att ta del av vad som tillförts saken och rätt att yttra sig, förbud mot otillbörlig maktanvändning..., domstolsprövning av administrativa beslut, domstolskompetens, rätt att överklaga inklusive besvärshänvisning, skyldigheten att motivera beslut, kontrollmöjligheter såsom genom JO etc, avgörande inom rimlig tid, offentlighetsprincipen, offentliggörande av praxis, muntlig förhandling i domstol och inför förvaltningsmyndighet, begränsning av förekomsten av specialdomstolar, och domstolars och förvaltningsmyndigheters självständighet» (Beyer 1991, 20 ff.; jfr även id. 32 ff. om hur ordet »rättssäkerhet» används i lagtext och rättsfall).

Tydligen behövs det än mer djupgående och sammanhängande teori som motsägeslefritt och fruktbart bestämmer rättssäkerhetsbegreppet. Teorin måste innehålla en rimlig tolkning av begreppet, och skära bort dess andra möjliga tolkningar. Den måste följaktligen försöka finna vissa allmänna konstateranden som sammanfattar etablerad rättspraxis och etablerat språkbruk, men kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på dessa.

Jfr avsnitt 2.5.1 nedan där liknande krav utvecklas mer utförligt i samband med begreppet »gällande rätt».

B FÖRUTSEBARHET

Det väsentliga innehållet i rättssäkerhetsbegreppet anses ofta omfatta ett *förutsebarhetskrav*. Rättskipning och myndighetsutövning i en demokra-

tisk rättsstat måste vara förutsebar med stöd av rättsreglerna. Förutsebarheten är ett av rättsstatens och demokratins grundvärden.

Förutsebarhet är större ju exaktare och generellare rättsreglerna är; ju bättre dessa regler återspeglar idealet om likhet inför lagen, ju långsammare reglernas förändringstakt är, osv.; se avsnitt 1.4.1C ovan.

Andra krav som inte språkligt sett omfattas av förutsebarhetskravet – alltså inte heller av rättssäkerhetskravet i denna mening – kan i stället uppfattas som rättssäkerhets*garantier*. Dessa omfattar bl.a. följande.

- Fria och oavhängiga domstolar endast bundna av lag;
- rätt till domstolsprövning av tvångsåtgärder;
- ingripande endast med stöd av klar och tydlig lag;
- ej lagstiftning om enskilda fall eller enskilda personer;
- förbud mot retroaktiv lag;
- krav på full bevisning.

Sådana garantier kallas ibland för »materiell rättssäkerhet» (jfr prop. 1984/85:32, 36 ff.). I fortsättningen kommer emellertid uttrycket »materiell rättssäkerhet» att användas i en generellare mening, se avsnitt 1.6.2 nedan.

C FÖRUTSEBARHETSKRAVETS MOTIVERING

Förutsebarhetskravet kan motiveras på följande sätt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden kan en individ effektivare planera sitt liv ju lättare att förutse de rättsliga besluten är. Kravet på att förutsebarheten måste basera sig på lagen är etiskt motiverat på flera olika sätt. Lagen skapar ordning som i princip är bättre än kaos. I ett demokratiskt samhälle är lagen förankrad i medborgarnas vilja och deras intressen. Lagen består av generella regler och uppfyller således principen »lika skall behandlas lika».

D FORMALISTISK ANVÄNDNING AV ORDET »RÄTTSSÄKERHET»

Normen »rättskipning och myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat bör vara förutsebar» godtas förvisso av många rättsteoretiker. Likaledes anser många att denna norm anger rättssäkerhetsbegreppets poäng. Mer omstritt är det om begreppets väsentliga innehåll tillika omfattar andra ting som »inte kan förklaras enbart med hänvisning till kravet på förutsebarhet» (Beyer 1991, 22).

Vissa rättsteoretiska arbeten betraktar rättssäkerhet som identisk eller nästan identisk med förutsebarhet.

Jfr bl.a. Frändberg (1982, 41 och 1986, 31: rättssäkerhet som förutsebarhet), Strömholm (1988, 394: förutsebarhet och uniformitet) och Jareborg (1992, 82:

förutsebarheten hos beslut som är rättsliga). Jareborg skiljer mellan rättssäkerhet och rättstrygghet; det sistnämnda ordet betecknar kravet att statlig maktutövning skall vara rättsligt reglerad.

Opalek 1964, 497 har t.ex. försvarat en »formalistisk» rättssäkerhetsuppfattning: rättssäkerhet innebär att myndigheterna följer lagen. Jfr t.ex. Hayek 1944, 72 ff., Oakeshott 1983, 119 ff., Raz 1979, 210 ff., Zippelius 1982, 157 ff.

Jfr även Peczenik 1974, 72: »Med rättssäkerhet förstår man bl.a. tre saker: ett faktum att lagregler tillämpas i praktiken, ett faktum att de tolkas uniformt i olika fall och ett faktum att de inte tillämpas retroaktivt».

Sådana formuleringars samband med respektive författares skrifter i övrigt visar emellertid att de flesta är fullt medvetna om att viktiga skäl föreligger för att vissa avsteg från förutsebarheten bör medges.

Opalek t.ex. har betonat att den juridiska metodens övergripande mål är en optimal kompromiss mellan förutsebarhet (formell rättssäkerhet) och rättvisan (jfr Opalek och Zakrzewski 1958, 19 och 31–35). Jfr även Peczenik 1974, 63: »Lagtolkningen är en kompromiss mellan två postulat. Det första kräver att rättssäkerhet garanteras... Det andra... kräver att tolkningen anpassas till de härskande föreställningarna om rättvisa, moral, billighet, rimlighet och andra 'livets krav'».

I själva verket finns det inte många seriösa jurister som helt utesluter en etisk tolkning av rättsregler. Men en sådan tolkning innebär att den på lagen baserade förutsebarheten jämkas samman med andra värden.

Utan en sådan sammanvägning skulle den på lagen baserade förutsebarheten bli myndighetsutövningen *enda* värde. En så pass extrem rättsuppfattning kan renodlas ännu mer genom att man avstår från kravet på att de rättsliga besluten måste kunna förutses på grund av lagen. Det skulle räcka att de är förutsebara, på vilken grund som helst. Men om förutsägelserna baseras på annat än gällande rätt, t.ex. endast på rättssociologiska undersökningar av myndigheters praxis kan man tänka sig en förutsebarhet *contra legem*, t.ex. då praxis i en diktaturstat i stor omfattning bygger på den hemliga polisens befallningar. Det är absurt att kalla detta för rättssäkerhet.

1.6.2 Materiell rättssäkerhet

A RÄTTSSÄKERHET SOM EN KATALOG ÖVER NORMER OCH KRAV

Förutsebarheten är sålunda inte det enda väsentliga för rättstillämpningen. Samtidigt uppfattas rättssäkerheten ofta som rättstillämpningens över-

gripande mål. Följaktligen är det naturligt att definiera rättssäkerhet som innebärande något mer än förutsebarhet.

Sveriges Advokatsamfunds rättssäkerhetsprogram innehåller ett försök att precisera rättssäkerhetsbegreppets övriga komponenter. »Rättssäkerhet föreligger alltså när vissa livsvärlden – livet, kroppslig integritet, personlig rörelsefrihet, yttrandefrihet, förenings- och församlingsfrihet, egendom m.m. – skyddas mot statsmaktens ingripanden genom regler som har karaktären av lag och som garanterar förutsebarhet för medborgarna» (*Claes Beyers* sammanfattning, 1991, 28). Därefter följer en omfattande katalog över rättssäkerhetens principer och krav.

Det problematiska med så pass konkret formulerade teorier är att de glider förbi poängen med sådana kataloger. Dessutom är katalogerna föränderliga och omstridda.

B RÄTTSSÄKERHETSPRINCIPEN OCH DEN FULLSTÄNDIGA RÄTTSSÄKERHETSNORMEN

För att klart uppfatta rättssäkerhetsbegreppets poäng måste man välja en högre abstraktionsnivå. *Hans-Gunnar Axbergers* uppfattning (1988, 146–147) är en bra utgångspunkt för en fördjupad analys: »Rättssäkerhet används snarast som ett samlingsbegrepp vilket sammanfattar ett antal framför allt straffprocessuella men även vissa förvaltningsrättsliga principer. Dessa principer kan ledas tillbaka till vissa grundläggande värden. Rättssäkerheten sammanfattar det juridiska skyddet för dessa värden... (Det finns) band som knyter samman rättssäkerheten med fri- och rättighetstänkandet.»

Om abstraktionsnivån höjs ännu mer måste följande konstateras. Dessa grundläggande värden är *etiska*. Rättssäkerheten kan inte vara oetisk.

Förvisso kan rättssäkerhetskravet uttryckas som en förutsebarhetsprincip: Beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara förutsebara.

Denna formulering är emellertid inte någon handlingsregel, utan en värdeprincip. En sådan princip uppställer ett ideal. Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Varje princip i denna mening måste vägas samman med andra sådana principer och dessa uttrycker olika etiska värden. Förutsebarhetsprincipen måste beaktas, den kan emellertid inte bli den enda faktorn som bestämmer domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas rättssäkra praxis. Praxis måste underkastas en fullständigare rättssäkerhetsnorm: Beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

C ETIK I VIDSTRÄCKT BEMÄRKELSE

För att undvika missförstånd måste det konstateras att ordet »etisk» i denna framställning konsekvent används i följande vidsträckta bemärkelse. Ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra rättspolitiska värderingar är etiska i den meningen, att de ytterst sett beror på vad som är gott för människor: Det är etiskt sett bra att ha en hög levnadsstandard, att leva i en ren miljö, att leva i ett fritt samhälle och att alla behandlas lika.

Den politiska argumentationen gäller närmare bestämt vissa ideal, principer och värden (jfr Rawls 1993, 11 n. 11) Den är emellertid ett *särfall* av den etiska, och detta på följande sätt:

- Den politiska argumentationen är tillämplig på det politiska området, nämligen på ett statsskick, ett samhällsskick i stort (jfr id. 11) och ett offentligt beslutsfattande.
- En skicklig politiker beaktar inte alltid det som är gott för *alla* människor utan försöker ofta gynna den stat, kommun osv. som han förväntas att tjäna. Politiska värden är m.a.o. ett *särfall* av de etiska. De måste jämkas samman med andra etiska värden; t.ex. måste ett folks intresse att få mer »livsrum» vika för andra folkgruppers intresse att lämnas i fred.
- Dessutom bygger den politiska argumentationen inte endast på politiska *värden* (såsom medborgarnas gemensamma intressen m.m.) utan den omfattar även taktiska, förhandlingmässiga och retoriska argument. Dessa är emellertid endast politikens medel, inte dess yttersta mål. Målet består i att uppnå det som är gott för medborgarna i samhället. I denna framställning bortser jag från sådana medel och behandlar endast målen.

Med detta i minnet kan följande konstateras: Bortsett från »egoistiska» bedömningar som innebär att något är bra för den talande, t.ex. att det är bra för mig att ta semester i Alperna, finns det endast två slag värdeomdömen, estetiska och etiska i en vidsträckt bemärkelse.

Estetiska värdeomdömen innebär t.ex. att något är vackert, intressant eller inspirerande.

Etiska värdeomdömen innebär att något är bra eller illa (gott eller ont) och de gör ingen skillnad mellan den talande och andra människor. Det är en etiskt sett god handling att hjälpa en människa som behöver hjälp. Det är en god handling då någon annan hjälper mig. Det är en lika god handling då jag hjälper en annan människa.

I detta samband måste följande distinktion beaktas. Vissa omdömen innebär att någon eller något är bra för ett visst ändamål, t.ex. att en god kniv skär väl. Många

filosofer anser emellertid att ändamålet med etiska handlingar inte kan definieras exakt. En etisk handling är god för människor. Den är »god överhuvudtaget». Svåra teoretiska frågor uppstår framför allt i samband med den senare betydelsen av ordet »god».

I den mest vidsträckta bemärkelsen är t.o.m. estetiska värdeomdömen etiska, ty det är bra för människor att äga, se och konsumera estetiskt tilltalande objekt. Vissa människor kan anse att det vackra är inbegripet i det goda.

D BEGREPPET »MATERIELL RÄTTSSÄKERHET»

Materiell rättssäkerhet innebär att rättskipning och myndighetsutövning baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsebarheten och andra etiska värden.

Detta begrepp »materiell rättssäkerhet» omfattar fem komponenter. Det krävs nämligen att

a) beslut

b) som innebär rättskipning eller myndighetsutövning

är

c) i hög grad förutsebara

d) på grund av rättsnormerna

och samtidigt

e) i hög grad etiskt godtagbara.

Redan själva ordet »rättssäkerhet» antyder att det rör sig om *rätten* och om *säkerhet*. Ordet »säkerhet» antyder i sin tur att det rör sig såväl om en viss *förutsebarhet* av rättsliga beslut som om deras etiska *godtagbarhet*, ty man inte är vare sig säker eller trygg då man utsätts för överhetens oberäkneliga eller etiskt förkastliga beslut.

Jfr Peczenik 1983, 78: rättssäkerhet innebär att rättsliga beslut på en och samma gång är förutsebara och rättsligt godtagbara. Formuleringen innebär en ändring författarens tidigare begreppsbestämning, jfr avsnitt 1.6.1D ovan. Jfr även Aarnio 1987, 3 ff. Detta uttryckssätt var emellertid inte perfekt. Det kunde tolkas som innebärande en motsättning mellan förutsebarheten och etiken, medan förutsebarheten i själva verket är ett av flera etiska värden.

Jfr vidare Peczenik m.fl. 1990, 53 ff.: formell rättssäkerhet innebär att rättsliga beslut är förutsebara, materiell rättssäkerhet är en sammanjämkning av förutsebarhet och andra etiska värden.

Jag tackar *Åke Frändberg* för en givande diskussion som inspirerat den sistnämnda teorins vidareutveckling i det förevarande arbete.

I vissa fall kan en ökning av den i lagen förankrade förutsebarheten leda till ett minskat beaktande av andra etiska värden. En mycket exakt lag-

stiftning om t.ex. otillbörliga avtalsvillkor skulle kunna vara orättvis (och i denna mening oetisk).

Lagens bokstav skulle nämligen kunna strida mot lagtolkarens etiska omdöme. Lika skall behandlas lika men skilda individer är lika ur en synvinkel och olika ur en annan. Lagen kan bestämma vissa kännetecken på likhet medan lagtolkaren har skäl att föredra andra.

Omvänt kan ett ökat beaktande av etiska värden i det föreliggande fallet föra med sig en minskning av förutsebarheten. En generalklausul t.ex. som underlättar rättvis bedömning av konkreta fall kan leda till att besluten blir svåra att förutse.

Kort sagt: Formell rättssäkerhet (förutsebarhet) är visserligen ett viktigt värde, men den måste vägas samman med andra etiska värden. Materiell rättssäkerhet är avvägningens resultat.

E EXKURS OM EN FELAKTIG ANVÄNDNING AV UTTRYCKET »MATERIELL RÄTTSSÄKERHET»

Det förekommer även en annan användning av ordet »rättssäkerhet». Rättssäkerheten likställs ibland med det skydd lagen ger individer, grupper, samhället, staten osv. mot bl.a. varjehanda brott. Detta begrepp användes bl.a. av utredningen »Ekonomisk brottslighet i Sverige», SOU 1984:15, 128–143. Se vidare Jareborg 1992, 83 ff. En politiker har t.o.m. talat om »rättssäkerhet på gator och torg». En sådan terminologi är emellertid ägnad att skapa missförstånd (jfr Mattsson 1981, 459 ff., Edqvist 1986, 375) och har t.o.m. kallats för en övertalningsdefinition, kännetecknad av insinuant språk och vilseledande motsatsställningar (Jareborg 1992, 83 ff). Den skall därför inte behandlas i den förevarande framställningen. All rättstrygghet är inte rättssäkerhet.

1.6.3 Varför bör förutsebarhetsprincipen jämkas samman med andra etiska värden?

A VISSA OMRÅDEN DÄR SAMMANJÄMKNINGEN ÄR MINDRE VIKTIG

Visserligen är sammanjämkningsbehovet mellan förutsebarhetsprincipen och andra etiska värden mindre framträdande på *straffrättens* område.

I Rt 1979 s. 1079 sattes emellertid strafflagens ordalydelse ur spel med hänsyn till att ett brottmåls prövning i två instanser utgör »en elementär rättssäkerhetsgaranti, som tillkommer alla andra i detta land».

Vidare kan »näringslivets aktörer» handla effektivt, t.ex. sluta bindande avtal, endast om de litar på att handlingarnas ekonomiska konsekvenser inte förändras av statens oförutsebara maktutövning. De måste kunna förlita sig på klara lagregler som inte endast är en kuliss utan verkligen följs av myndigheterna. Eventuella orättvisor motverkas då av avtalsfriheten: en part är ju inte rättsligt tvungen att sluta oförmånliga avtal.

Hade klara och effektiva lagar tillsammans med marknaden verkligen utgjort ett tillräckligt skydd för individens frihet på privaträttens område skulle den materiella rättssäkerheten – om överhuvudtaget – endast behövas i offentlig rätt, där ett behov kan anses föreligga för att mildra lagens hårdhet med etiska hänsyn.

B MER OM PRIVATRÄTTEN – ILLUSIONER OCH VERKLIGHET

Avtalsfriheten är emellertid endast ett ideal som i stor omfattning sätts ur spel av samhällets komplexa och dynamiska utveckling som ständigt skapar stora skillnader mellan parternas ekonomiska kapacitet, inflytande m.m. Därför kan inte ens den dispositiva civilrätten endast bestå av klara regler. Reglerna kompletteras i många rättsordningar av en generalklausul såsom 36 § avtalslagen om »oskäliga» avtalsvillkor.

Gränsdragningen mellan privaträtt och offentlig rätt urholkas vidare mer och mer. Den enskilde löper då risken att hamna »mellan stolarna». Han skyddas nämligen inte av vare sig marknadsekonomins klara spelregler eller laglydiga och rättvisa myndigheter.

Det moderna samhället kännetecknas av privaträttens urholkning genom tvingande regler, såsom hyresreglering, konsumentlagstiftningen, arbetsrättslagstiftningen, lagregler om förvärv av fast egendom, bygglagstiftningen och miljölagstiftningen. T.ex. i mål om fastighetsbildning finns stark samhällskontroll över markanvändningen, även om det råder ett system med privat äganderätt av fast egendom och enskild initiativrätt till fastighetsbildning (jfr prop. 1969:128 B 56).

Samgående mellan offentlig rätt och privaträtt kan bl.a. vålla komplikationer vid överföring av kommunala uppgifter till privata fysiska eller juridiska personer. Som ett exempel kan anföras, att sjukvårdshuvudman överlåter inom sitt ansvarsområde fallande vårduppgifter på privat vårdgivare. De av huvudmannen till vårdgivaren anvisade vårdtagarna kan här råka in i ett civilrättsligt avtalsförhållande med vårdgivaren och få stå ansvaret för de av vården föranledda kostnaderna. Huvudmannens vård- och kostnadsansvar har i vissa sådana fall utraderats (jfr Bramstång 1988, 214 ff.).

Frågan om en sammanjämkning mellan förutsebarhetsprincipen och andra etiska värden kan följaktligen inte endast hänvisas till förvaltningsrättens område utan måste behandlas helt generellt.

C HITLERARGUMENTET

I många andra sammanhang är sammanjämkningsbehovet uppenbart.

Att så är fallet inser man då man tänker på följande exempel. Tyska judar under Hitlers välde kunde på grund av då gällande lagar lätt förutse att de skulle komma att förföljas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.

En begreppsbildning som ignorerar detta sammanjämkningsbehov är absurd.

Nils Jareborg har (1992, 90) visserligen hävdat att det som var absurt var endast den nazistiska rättens innehåll, inte rättssäkerhetsbegreppet. Det ena utesluter emellertid inte det andra. Tvärtom: ett rättssäkerhetsbegrepp måste anses vara absurt om det tillåter att en absurd rätt betecknas som rättssäker.

Hitleragrumentet kan visserligen bemötas på olika sätt men kritiken kan besvaras.

- Det materiella rättssäkerhetsbegreppets motståndare kan t.ex. hävda följande. Judarna kunde förvisso förutse på grund av nazistiska föreskrifters *ordalydelse* att de skulle komma att förföljas, och det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet. Men om ordet »lagen» inte tolkas som »lagens ordalydelse» och i stället anses vara detsamma som en *förnuftigt tolkad lag* kan den absurda slutsatsen undvikas och det formella rättssäkerhetsbegreppet försvaras. Om ingen etisk tolkning av en föreskrift är möjlig så är föreskriften i själva verket inte gällande. Eftersom ingen etisk tolkning av Hitlers antijudiska lagstiftning är möjlig är den formella rättssäkerhetsteorins anhängare inte längre tvungna att godkänna den paradoxala slutsatsen om judarnas rättssäkerhet i tredje riket. De kan nämligen hävda att judarnas situation egentligen inte kunde förutses med stöd av gällande lag utan blott med stöd av egentligen ogiltiga regler.
- Det formella rättssäkerhetsbegreppet kan också försvaras om dess giltighet begränsas till en bestämd rättsordning. Man avstår från någon generell rättssäkerhetsteori och uppmärksammar endast nationella, t.ex. svenska förhållanden. I Sverige kan det således antas att rättssäkerhet är detsamma som den på den svenska lagen baserade förutsebarheten av rättsliga beslut (jfr Mattsson 1991). Hitlers tredje rike saknar relevans i detta sammanhang. Endast svenska motexempel kan riktas mot denna rättssäkerhetsteori. Dess anhängare kan nu

tryggt förlita sig på att ingen svensk lag är så pass oetisk som nazistiska bestämmelser. Kanske kan vissa svenska skattebetalare, försäkringstagare, fastighetsägare m.fl. på grund av gällande lagar förutse att de skulle lida förluster, men förlusternas art är *inte* sådan att det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.

Detta försvar av det formella rättssäkerhetsbegreppet är emellertid föga övertygande. Det materiella kravet på etisk godtagbarhet finns kvar. Det har blott flyttats en trappa högre upp. I stället för att kräva att rättsliga beslut är etiskt godtagbara krävs det nu att de är förutsebara med stöd av *etiskt tolkad lag* eller av svensk rätt *som förutsätts vara etiskt godtagbar*. Den skenbart formella rättssäkerhetsteorin har modifierats så pass mycket att den kom att förvandlas till en materiell sådan.

D SLUTSATSEN: RÄTTSSÄKERHET OCH OETISK LAG

Sammanfattningsvis kan följande konstateras. Det formella rättssäkerhetskravet på att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara så pass förutsebara med stöd av lagen som det överhuvudtaget är möjligt skulle vara adekvat i ett idealsamhälle i vilket

- någon oetisk lagstiftning aldrig förekommer och
- lagens bokstav kontinuerligt modifieras, så snart nya falltyper uppstår som den tidigare lagstiftaren inte kunde ha räknat med.

I ett sådant idealsamhälle är lagen så pass etisk att den formella rättssäkerheten *medför* den materiella. Den med stöd av lagens bokstavstolkning beräknade myndighetsutövningen uppfyller då definitionsmässigt etikens krav.

Ju mer det verkliga samhället närmar sig idealet, desto starkare skäl talar för att välja det formella rättssäkerhetsbegreppet. Ligger det verkliga samhället tillräckligt nära idealet kan det nämligen göras gällande att de sällsynta orättvisor som lagens bokstavstolkning leder till är mindre förkastliga än den förutsebarhetsminskning som valet av det materiella rättssäkerhetsbegreppet alltid medför. Men ju mer det verkliga samhället avviker från idealet, desto mer behöver vi den materiella rättssäkerhetsnormen, dvs. att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara rimligt förutsebara med stöd av lagen och *förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden*.

1.6.4 Materiell rättssäkerhet och juridisk metod

A MATERIELL RÄTTSSÄKERHET SOM JURIDIKENS ÖVERGRIPANDE MÅL

Den i vår historia förankrade juridiska metoden, m.a.o. den juridiska argumentationen, tycks dessutom *förutsätta* att lagstiftningen inte till fullo uppfyller rättviseidealet. Juridikens historiska utveckling har gett lagtolkaren otaliga medel som kan användas för att mildra lagens orättvisor. Hade lagstiftningen varit helt rättvis skulle dessa medel framstå som meningslösa.

Endast den materiella rättssäkerheten kan sålunda bilda den juridiska metodens övergripande mål.

Rättssäkerhetstes 1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är den juridiska argumentationen bättre ju effektivare den bidrar till att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning är rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

Jareborg (1992, 90) som saknar »sympati» för det ovan sagda har ställt frågan varför det skulle finnas *ett* övergripande mål. Enligt hans uppfattning bidrar man inte till förståelsen av juridisk argumentation »genom att dölja att en rad olika, varav flera olika etiska, typer av argument gör sig gällande, dessutom på olika sätt i skilda delar av rättssystemet».

Förvisso skall ingenting döljas men mångfalden av juridiska argument framstår som ett obegripligt pussel om den inte inordnas någon övergripande poäng.

Målet kan inte vara att blint lyda lagens bokstav utan att tolka den på ett så godtagbart sätt som möjligt. I Sverige sattes således många etiska grundvärden på pränt av Olaus Petri vars berömda domarregler även i dag brukar återges i lagboken.

Ett alternativt språkbruk är följande: Den juridiska metodens övergripande mål är en optimal kompromiss mellan förutsebarhet (formell rättssäkerhet) och (andra) etiska hänsyn (bl.a. till rättvisan). Jfr Peczeniks tidigare arbeten, t.ex. 1967, 138, skrivna under påverkan av Opalek och Zakrzewski 1958, 19 och 31-35.

B EN KONSEKVENS: DEN JURIDISKA METODENS TVÅ SIDOR

Det materiella rättssäkerhetsbegreppets ovan angivna innebörd och dess ställning har följande konsekvenser.

1. Rättsliga beslut måste stödja sig på rättsreglerna. Lagbestämmelser får sålunda inte vara alltför vaga (jfr Mattsson 1984, 374). Om ingen lag

är tillämplig på det aktuella fallet bör avgörandet stödas på andra rättskällor, såsom t.ex. prejudikat.

Detta krav påverkar t.o.m. juristernas begreppsbildning. Många jurister förstår termen »juridisk argumentation» på så sätt, att följande antagande torde vara rimligt: Om beslut på ett visst område fattas utan något som helst stöd i rättsliga handlings- eller kompetensregler, vare sig i lagen eller andra auktoritativa rättskällor, är det besynnerligt att betrakta dessa beslut som rättsliga.

2. Å andra sidan måste lagbestämmelser underkastas en korrigerande tolkning, så att de tillämpas på ett etiskt godtagbart sätt.

Även detta krav genomsyrar juristernas begreppsbildning. Många jurister förstår termen »juridisk argumentation» på så sätt, att följande antagande kan anses vara rimligt: Om beslut på ett visst område fattas utan någon som helst hänsyn till rättvisan, är det besynnerligt att betrakta dessa beslut som rättsliga.

C ETT SOCIALT ANSVAR FÖR DEN MATERIELLA RÄTTSSÄKERHETEN

I ett modernt samhälle väntar sig folk i allmänhet att myndigheterna åsyftar den bästa avvägningen mellan den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska värden. Om man anser att folkets förväntningar skapar beslutsfattarnas sociala ansvar kan man säga att de rättsliga beslutsfattarna således har ett *socialt ansvar* för den materiella rättssäkerheten.

2 kap. Rätten

2.1 Teori om gällande rätt. Inledning

2.1.1 Framställningens huvudproblem

En rättspositivist kan emellertid betrakta denna analys som alltför omständlig. Kan det inte helt enkelt sägas att *all gällande rätt besitter en viss legitimitet*, just tack vare att den är gällande? En sådan radikal problemförenkling skulle onekligen vara tilltalande, inte minst med hänsyn till det allmänna systemförtroende som behandlats ovan (i avsnitt 1.3.2).

I synnerhet kan man ifrågasätta den ovan framförda uppfattningen att såväl rättsstats- som demokratiidealet är bättre uppfyllda ju bättre den materiella rättssäkerhetsnormen följs. I anslutning till den väl kända tesen om »den moraliska argumentationens relativitet till moraliska gemenskaper och dess beroende av bl.a. metafysiska ståndpunkter» har det t.ex. hävdats att »varje påstående om materiell rättssäkerhet... saknar... precision» (Jareborg 1992, 90).

Förvisso är frågan om den etiska argumentationens relativitet både viktig och filosofiskt invecklad. Invändningen kan emellertid bemötas, eftersom etiska bedömningar är rationellt motiverbara. Rationalitetsfrågorna tas upp i avsnitt 5.7–5.9 nedan.

Tesen om den etiska argumentationens relativitet förenas ofta med övertygelsen om den rent juridiska argumentationens överlägsna objektivitets- och precisionsgrad. Enligt de s.k. *rättspositivisterna* är rättsreglernas giltighet i princip oberoende av etiken. En sådan begreppsbestämning anses ofta höja det juridiska språkets precision, och därmed öka rättssäkerheten. Men denna precisionsvinst är tämligen begränsad, se avsnitt 2.4.2H1 nedan.

Påståenden om etikens relativitet och det rättspositivistiska språkets exakthet är två av minst åtta argument som rättspositivisterna brukar använda i sin polemik mot icke-positivistiska rättsteorier. Alla dessa argument kommer att bemötas nedan.

Rättssäkerhetsproblemet leder sålunda en tänkande jurist långt in på rättsfilosofins område. Den frågan inställer sig nämligen: Vad betyder *gällande* rättssystem eller gällande rättsnorm?

2.1.2 Varför behövs en teori om gällande rätt?

A DEN NAIVA TEORIN: GÄLLANDE RÄTT ÄR UPPSKRIVEN I LAGBOKEN

Läsaren kan nu protestera och uppfatta framställningen som onödigt tillkrånglad. Var finns problemet? Kan inte alla jurister gällande rätt? Är inte gällande rätt detsamma som innehållet i lagboken?

Förvisso är en sådan »teori» ofullständig. Det finns också »oskrivna» rättsregler, om vilka lagboken inte ger något besked. För att finna dessa måste man ta hänsyn inte bara till lagboken utan även till lagens förarbeten, prejudikatsamlingarna och i viss mån till sedvanerätten m.m.

Likväl behövs inga abstrakta funderingar för att finna gällande rätt. Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet skaffar sig varje jurist en bibliografisk kunskap om gällande rättsregler. Han lär sig bl.a. att lagen är bindande, att prejudikaten och förarbetena bör vägleda lagtolkning osv. (jfr bl.a. Wedberg 1951, 254). På så sätt förvärvar juristerna intuitiv kunskap om begreppet »gällande rätt».

Varför behövs då abstrakt teori om gällande rätt?

B INTELLEKTUELL NYFIKENHET

Juristen är inte endast en handlingsmänniska utan även intellektuell. Som sådan kan han bli nyfiken. Finns det något bakom lagboken, prejudikatsamlingarna och förarbetena som *gör* dem gällande? Och vad *menas* med »gällande»?

C BEHOVET ATT BESVARA SKEPTISKA INVÄNDNINGAR

Även om vår jurist saknar nyfikenhet kan han tvingas att besvara sådana frågor. Han kan t.ex. träffa en nyfiken lekman eller en skeptiker som påstår att föreställningen om gällande rätt inte motsvarar några fakta, utan blott är en fiktion på vilken juristerna tror av politiska eller t.o.m. »metafysiska» skäl. Även om en praktisk jurist uppfattar skeptikerna som en smula löjliga måste han kunna bemöta invändningarna. Skepticismen har ett visst inflytande och medför vissa faror. Den underminerar såväl sambandet mellan rätten och etiken som respekten för gällande rätt hos allmänheten och politikerna.

En jurist brukar avvisa sådana frågor men för att kunna besvara dem behöver han ett teoretiskt kunnande. Han behöver en rättsteori som ett vaccin mot den skeptiska sjukan.

D NYFIKENHET ANGÅENDE RÄTTENS LEGITIMITET

Dessutom kan vår jurist ställa en normativ fråga. Varför *bör* reglerna i lagboken följas?

I sin praktiska verksamhet är en jurist inte förberedd på sådana frågor. Men om han haft oturen att leva i ett mindre civiliserat samhälle än t.ex. dagens Sverige skulle han kunna tvingas därtill. Han skulle t.ex. notera att den bibliografiska »teorin» inte ställer upp några som helst hinder för att uppfatta vissa system som gällande rätt, även om de drastiskt avviker från rättsstatsidealet. En lagbok kan genomsyras av så förkastliga värderingar som Hitlers eller Pol Pots. Måste dess rättsliga giltighet erkännas? Skall den då följas?

Återigen är minst två ståndpunkter möjliga:

- all positiv rätt skall följas; eller
- den positiva rätten skall följas i den mån den är legitim i den ovan analyserade bemärkelsen.

E SVÅRA FALL

Till sist kan det också vara så att rättsteori är till hjälp vid lagtolkning, t.ex. då man måste besvara frågan om det ifrågavarande stadgandet är obsolet, dvs. så uråldrigt och överspelat att domstolarna får bortse från det.

2.1.3 Alf Ross' prognosteori

Gällande rätt kan sålunda inte likställas med lagbokens innehåll. En annan teori är vid första påseendet mer löftesrik och nästan lika enkel. Är inte gällande rätt detsamma som de regler domstolarna tillämpar? Denna idé utgör utgångspunkt för Alf Ross' teori om gällande rätt.

Alf Ross var den mest kände förespråkaren för den s.k. skandinaviska rättsrealismen. Ross studerade rättsfilosofi för Hans Kelsen i Wien och för Axel Hägerström i Uppsala. Senare påverkades han bl.a. av den amerikanska rättsrealismen och den s.k. wienerkretsens logiska empirism. Han uppvisade därmed en stor förmåga att inom en och samma teori sammanföra impulser från olika håll.

A HUVUDTESEN

Ross har förespråkat följande »prognosteori»: Ett rättsvetenskapligt påstående om att en viss regel är gällande är i överensstämmelse med sin verkliga innebörd en förutsägelse om, att normen kommer att utgöra en väsentlig del av framtida motiveringar av domar och andra rättsliga avgöranden (jfr Ross 1958, 44 och 1966, 55). Det blir m.a.o. fråga om en prognos om hur domstolen kommer att döma.

B GRUNDANTAGANDENA

Ross' teori tycks vara resultatet av hans två grundantaganden: (a) den reella rätten är den effektiva rätten, m.a.o. rätten som tillämpas i domstolarna (den rättsfilosofiska tesen) och (b) varje vetenskapligt påstående om fakta förutsätter att det kan bekräftas med hjälp av observationer (den vetenskapsteoretiska tesen).

C DET RÄTTSFILOSOFISKA ANTAGANDET: EFFEKTIVITETSTEORI

Den reella rätten enligt Ross är således den effektiva rätten. Men vad menas med effektivitet? Ross riktar uppmärksamheten mot domstolarna, inte medborgarna. Den effektiva rätten är för honom den rätt som tillämpas i domstolarna, inte den som medborgarna efterlever. Detta effektivitetsbegrepp stämmer väl överens med att Ross delade Kelsens uppfattning att gällande rätt är en tvångsordning som reglerar en institutionell användning av våld (jfr Ross 1958, 39 och 1966, 52 samt Ross 1958, X om Kelsens påverkan). Denna syn på rätten som en tvångsordning kan emellertid ifrågasättas.

Teorin om rättsordningen som en tvångsordning är väl anpassad till 1800-talets »nattväktarstat» som genom våld eller hot om våld tvingade medborgarna att uppträda lagenligt. Under 1900-talet kom emellertid alla utvecklade stater att i ökad omfattning engagera sig i en massa ting, såsom sjukvård, undervisning, näringsliv, arbetsmarknadspolitik, miljövård m.m. Våld finns kvar i statens verksamhet, men det kan ifrågasättas om det bör uppfattas som rättens viktigaste definierande egenskap (dess »definiens»). Rätten kännetecknas snarare av en stor »familj» olika egenskaper, varav ett betydande antal måste föreligga för att en viss normativ ordning skulle kunna kallas för en rättslig sådan. Se vidare avsnitt 2.7.2C nedan om effektivitetsbegreppet.

D DET VETENSKAPSTEORETISKA ANTAGANDET: VERIFIKATIONISM

Varje vetenskapligt påstående om fakta förutsätter enligt Ross att det kan bekräftas med hjälp av observationer. Närmare bestämt antar Ross följande (Ross 1958, 39 och 1966, 52).

Vetenskapliga påståenden är antingen analytiska eller empiriska. Varje empiriskt påstående förutsätter en procedur som kan avgöra om påståendet är sant eller inte. Om en sådan procedur inte kan härledas från påståendet är detta meningslöst. Tesen påverkades av den s.k. wienerkretsens logiska empirism. Den förkastades emellertid av senare filosofer (jfr t.ex. Encyclopedia of Philosophy, band 7, 240 ff.).

Vidare har ett empiriskt påstående en mening endast om det baserar sig på observationsdata om fysiskt beteende och psykiska upplevelser. Tesen inspirerades av Hägerström. (Jfr Ross 1958, X om Hägerströms påverkan). Även denna tes kan kritiseras (se avsnitt 5.3 nedan).

E PROGNOSTEORIN SOM GRUNDANTAGANDENAS KONSEKVENS

Dessa kontroversiella antaganden ledde Ross till följande uppfattning: Rättsvetenskapliga påståenden måste ha verifierbara konsekvenser. Dessa måste avse det fysiska beteendet eller de psykiska upplevelserna hos de politiker och tjänstemän som monopoliserar användningen av fysiskt våld i samhället. Följaktligen måste rättsvetenskapliga påståenden om gällande rätt handla om domstolarnas faktiska eller förväntade beteende.

F EN KLYFTA MELLAN RÄTTSVETENSKAP OCH RÄTTSPRAXIS

Enligt Ross bör man alltså skilja på rättsvetenskapliga och icke vetenskapliga utsagor om gällande rätt. De förra uttalas av rättsvetenskapsmän, de senare av t.ex. domare, vilka känner sig bundna av lagen och andra rättskällor. Prognosteorin behandlar bara de förstnämnda.

Prognosteorin kan emellertid kritiseras.

Den av Ross föreslagna rättsvetenskapen är värdelös för domaren. För denne är det inte viktigt att få kunskap om sociologernas prognos angående frågan hur han faktiskt kommer att bete sig, utan det för honom viktiga är att få ett direktiv hur han *bör* avgöra problemet. Ross' teori skapar därmed en oöverstiglig klyfta mellan rättsvetenskap och rättspraxis (jfr t.ex. Høilund 1992, 86-7).

G VISSA MOTEXEMPEL

Vidare kan man ange viktiga motexempel. Gällande rätt fastställd enligt Ross teori sammanfaller inte helt med det som juristerna brukar uppfatta som gällande rätt. I flera länder finns det obsoleta lagar, alltjämt gällande men inte tillämpade (jfr t.ex. Makkonen 1965, 65). I Finland och Sverige fanns det t.ex. ännu på fyrtiotalet ett kapitel om sabbatsbrott i strafflagen som tillmätte den omständigheten, att ett brott blivit begånget under en helg straffrättslig betydelse. I England fanns det länge en lag som statuerade straff för dem som inte besökte kyrkan. Ett motsatt läge är också tänkbart. Under andra världskriget var domstolar i flera länder tvungna att tillämpa normer vilka var påtvingade av ockupationsmakten. Efter kriget kungjorde man emellertid t.ex. i Norge att dessa normer *aldrig* varit gällande rätt, inte ens vid den tid då de tillämpades.

H PROBLEMET MED FELAKTIGA PROGNOSER

Dessutom kan följande fråga ställas. Vad är gällande rätt om prognosen slår fel och domstolen dömer på ett annat sätt? (jfr Summers 1982, 121 ff.). Det svar som tycks följa av Ross' teori, nämligen »den felaktiga prognosens innehåll» är minst sagt paradoxalt. Men svarar man i stället »den faktiskt tillämpade rätten», gör man avsteg från prognosteorin. Detta exempel visar en del av teorins grundläggande svagheter.

I KVASIPROGNOSER – CIRKELSLUT I

Det finns även risk för minst två cirkelslut. Den verkliga grunden för prognosen att en regel kommer att utgöra en väsentlig del av motiveringen av framtida domstolsavgöranden är framför allt just det faktum att den är en gällande rättsregel.

Antag att en lag träder i kraft fr.o.m. 1 januari 1991. En rättsvetenskapsman kan således den 31 december 1990 göra den prognosen att lagen kommer att utgöra en väsentlig del av motiveringarna under år 1991. Vilken grund har han då för sin prognos? Han utför ju i regel inga rättssociologiska undersökningar om sannolikheten för ett orsakssamband mellan reglerna och besluten. Han är en »mild», inte »robust» prognosteoretiker (jfr Summers 1982, 118): För det första avser prognosen inte något konkret avgörande utan en regel som kommer att tillämpas i en rad olika fall. För det andra bygger prognosen på gällande rätt. Det enda den ifrågavarande rättsvetenskapsmannen faktiskt gör är att läsa en rättskälla, t.ex. Svensk författningssamling, som talar för honom att lagen träder i kraft, dvs. blir gällande fr.o.m. 1 januari 1991. En prognos som inte tar hänsyn till rättskällorna skulle ofta vara för svår att göra.

Det vore därför bättre att tala om *kvasi-prognoser* än att kalla Ross' rättsvetenskapliga satser för förutsägelser.

Kort sagt: Lagen kommer att tillämpas av domstolar emedan den gäller. Hur kan det då vara på det viset att den gäller emedan den kommer att tillämpas?

J DOMSTOLSBEGREPPET – CIRKELSLUT 2

Vidare, vad är egentligen en domstol? Det är svårt att definiera en domstol utan att nämna gällande rätt. Rätten är gällande p.g.a. sitt samband med domstolarna och dessa är domstolar p.g.a. sitt samband med gällande rätt.

K ETT RÄDDNINGSFÖRSÖK: DOMARIDEOLOGI

Ross var medveten om att detta var ett cirkelresonemang. Han var därför tvungen att göra komplicerade tillägg till sin teori. I enlighet med den kan man säga att 1) civilrätten är gällande emedan den kommer att tillämpas av domstolarna; 2) domstolarna är »riktiga» domstolar tack vare att de uppfyller vissa gällande offentligrättsliga och processrättsliga regler; och 3) dessa regler är gällande p.g.a. sitt samband med både domstolarna och civilrätten. För att undvika cirkelslut säger Ross att man verifierar hela rättssystemet på en enda gång (Ross 1966, 49 och 1958, 36). De civilrättsliga, processrättsliga och offentligrättsliga reglernas karaktär av gällande rätt bevisas då samtidigt. De bildar en sammanhängande helhet, en »överindividuell gemensam ideologi» (Ross 1966, 41; den engelska översättningen, Ross 1958, 29, är inte helt korrekt). Den är å ena sidan ett motiv för domaren att avgöra saken på ett visst sätt och å den andra sidan används den av juristerna som ett »tydningsschema», vilket gör det möjligt att förstå och förutsäga domstolsavgöranden.

L VERIFIKATION ELLER VÄSENTLIGHETSBEDÖMNING

Därmed kommer vi till den centrala frågan, nämligen om den »överindividuella gemensamma ideologin» verkligen kan verifieras med stöd av observationsdata avseende materiella ting och psykiska upplevelser.

Ross godkände inte det enkla svaret, att kunskapsbasen om denna ideologi uteslutande består av domstolsavgöranden. Här avviker hans teori från den s.k. amerikanska realismen, som i sina extrema former bara godkände domstolspraxis som kunskapskälla. Vad menas t.ex. med att en norm ingår i domarideologin? I enlighet med Ross' teori måste det innebära att denna norm utgör en väsentlig del av framtida motiveringar

av domstolsavgöranden (jfr Ross 1958, 44 och 1966, 55). Men vad menas med »väsentlig»?

Väsentlighetsbedömningen bestäms inte helt av observationsdata om fysiskt beteende och psykiska upplevelser, utan den förutsätter dessutom att man genomför en värdering.

Att en norm utgör en väsentlig del av en domsmotivering innebär t.ex. inte detsamma som att normen faktiskt brukar citeras av domstolar eller påverka deras avgörande. En domstol kan underlåta att explicit citera en väsentlig rättsnorm helt enkelt därför att dess betydelse för avgörandet är uppenbar för alla. Å andra sidan kan en domstol faktiskt påverkas av vissa etiska och andra normer vilka inte är väsentliga för doms*motiveringen* och inte heller utgör gällande rätt.

M VÄSENTLIGHETSBEDÖMNING OCH HERMENEUTIK

Följande tolkning av väsentlighetsbegreppet tycks vara plausibel. Att en norm utgör en väsentlig del av en framtida doms motivering kan betyda att normen är ett villkor för att man skall förstå domen. Men innebörden av begreppet »att förstå» bestäms inte heller fullt av empiriska observationsdata om fysiskt beteende och psykiska upplevelser.

Vidare: *vad* är det man »förstår»? Jo, man förstår att domen har stöd av rättskällorna. För att fastställa innebörden i domarideologin måste man nämligen enligt Ross undersöka lagtexten, förarbetena, prejudikat och andra rättskällor.

Tack vare sitt samband med den domarideologiska helhetsbilden, rättskällorna och förståelsefrågan är Ross' teori sålunda mer besläktad med olika hermeneutiska tänkesätt än med den ursprungliga logiska empirismen (jfr Aarnio och Peczenik 1986 *passim*).

Det visar sig att Ross trots sina förhoppningar inte lyckades med att basera sina teser om gällande rätt uteslutande på observationsdata om fysiskt beteende och psykiska upplevelser. Att så är fallet beror på att »ideologin» involverar förståelse av sådana termer som »rättskällor». Det duger inte att säga att domare hyser psykiska föreställningar om rättskällor. Man måste även förklara ordets egentliga mening. Rättskällor är nämligen institutionella fakta (jfr avsnitt 2.6.8 nedan), dvs. något mer än »råa» psykofysiska sådana. Ross kunde m.a.o. inte följa sina teser helt konsekvent.

N ÄMBETSMANNAVÄLDE?

De teoretiska invändningarna måste kompletteras med vissa praktiska sådana. Ross' prognosteori inriktas på domstolars och verkställande myndigheters praxis. Den skänker dessa en nyckelställning genom att låta dem bestämma vad som är gällande rätt. Visserligen ville Ross endast skapa en teori, inte avgöra maktfrågor. Men hade teorin godtagits av alla, skulle den likväl öka domstolarnas och de verkställande myndigheternas makt, medan lagstiftningen skulle förvandlas till en mer eller mindre uddlös övertalning. En sådan maktdelning skulle vara svårförenlig med rättsstatens krav. Den talar därför mot Ross' teori.

O INSIKTEN I RÄTTENS KOMPLEXITET

Ross har alltså inte lyckats göra begreppet »gällande rätt» vare sig enkelt, exakt eller värderingsfritt. Tvärtom består hans största förtjänst i en ingående teori om det ytterst komplexa och värdebemängda »meningssammanhang» som gällande rätt bildar.

2.1.4 Begreppet »gällande rätt» – praktisk och teoretisk mening

Analysen av begreppet »gällande rätt» hör till den allmänna rättslärans klassiska problem. Ändå finns det inte någon allmänt erkänd teori avseende detta begrepp. Det problematiska ligger bl.a. i att det ifrågavarande begreppet har en dubbel mening. Närmare bestämt är detta begrepp värdeöppet, dvs. det har både en praktisk och en teoretisk mening.

Den förra innebär att en gällande regel är bindande: När en person säger »den här regeln är gällande» kan han därmed mena, att regeln skall följas. Gällande rätt har m.a.o. ett nödvändigt samband med handlingsskäl. Genom att kalla ett normsystem för »gällande rätt» utsäger man att ett visst – visserligen svagt och reserverat – gillande av systemet är berättigat.

Begreppets teoretiska mening innebär något annat, nämligen att en gällande rättsregel uppvisar några kännetecken – t.ex. ett slags effektivitet – och att dessa kännetecken kan konstateras objektivt, utan utnyttjande av värdeomdömen.

I facklitteraturen finns det olika uppfattningar om såväl begreppets praktiska som dess teoretiska mening. Vad betyder det att en regel skall följas? Har det något med etiken att göra? Skall den följas i ljuset av vissa etablerade etiska normer eller i ljuset av de normer som bedömaren själv

godkänner? Vilka kännetecken måste en gällande rättsregel uppvisa? Måste den tillämpas av domstolar? Måste den ligga till grund för en tillämpning av fysisk makt? Måste den upplevas av medborgarna som legitim? Begreppets teoretiska mening är svår att analysera eftersom det finns flera sådana kännetecken att ta fasta på. Dessutom kan olika kännetecken vara vaga var för sig. Till sist, är det överhuvudtaget riktigt att tala om begreppets dubbla mening, både den teoretiska och den praktiska? Är det inte bättre att t.ex. begränsa dess mening till den praktiska – gällande rätt är det som skall följas – och uppfatta de teoretiska kännetecknen som blotta hjälpmedel för att identifiera de regler som skall följas?

Kelsen (t.ex. 1927, 221) har likställt gällande rätt med den rätt som av rättstillämpare anses som bindande. Senare har han uttalat följande (1965, 941): Att en generell rättsnorm »gäller» betyder, att den *skall* följas, och om inte följas så tillämpas. Samma tanke har utvecklats närmare av Lang 1962, 111 ff.

»Hade rätten blivit någonting som inte behövde efterlevas, skulle den upphöra att vara någon rätt» (Marantz 1979).

Jfr vidare Munzer 1972, 41: uppfyllelsen av vissa kriterier är giltighetens nödvändiga villkor men inte dess mening.

Å andra sidan är det besynnerligt att uppfatta begreppet »gällande rätt» som rent praktiskt, utan någon teoretisk mening. Ett sådant begrepp hade inte kunnat ge juristen någon vägledning. Vilken nytta har man av definitionen »gällande rätt är det som skall följas» om man inte förfogar över någon som helst information om *vad* det är som skall följas?

2.2 Rättspositivismen

2.2.1 Inledning

Låt mig nu behandla andra teorier om gällande rätt. De två klassiska inriktningarna är rättspositivismen och naturrättsläran.

Rättspositivismen utgår från att rätten är gällande och bindande, den bör följas. Samtidigt avvisar rättspositivisterna tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är beroende av sambandet med några etiska eller andra utomrättsliga normer. Det är därför nödvändigt för rättspositivismen att på ett nytt sätt behandla frågan om varför och i vilken mening rätten bör följas.

Enligt Bentham och Austin var rättsreglerna suveränens befallningar. Suveränen utgjordes av de faktiskt åtlydda makthavarna, kungen, lorderna och underhuset. Deras lagar vann respekt därför att den som bröt mot dem i regel blev straffad. Någon bindande kraft i etisk mening hade de inte (jfr Olivecrona 1976, 37 ff. och 1971, 27 ff.). Den tyska rättspositivismen grundade däremot rättens bindande kraft på statsviljan (jfr Olivecrona 1976, 55 ff. och 1971, 39 ff.). Bergbohm t.ex. uppfattade statsviljan som en formell rättskälla medan allmänhetens rättsmedvetande (tolkat i anslutning till Savigny och Hegel) var en materiell rättskälla.

Sådana teorier möter emellertid allvarliga problem. För det första är de svåra att precisera. Staten är inte någon individ. »Det är alldeles uteslutet att det oerhört omfattande och oändligt invecklade regelsystemet i ett modernt samhälle skulle kunna vara uttryck för någon individs eller någon grupps önskningar... Allra minst framstår detta som möjligt om man betänker att viljan i fråga skall vara permanent verksam» (Olivecrona 1976, 102, jfr 1971, 71 ff. och 73 ff.). Statens vilja måste i någon mening vara överindividuell, men vad menas med detta? För det andra »ligger det i öppen dag att staten förutsätter rättsordningen... På alla möjliga sätt visar det sig att rättsordningen är grundvalen för vad som kallas statens verksamhet. Därför kan det inte förhålla sig så, att rättsordningen skulle vara given av staten» (Olivecrona 1976, 98, jfr 1971, 65 ff.).

2.2.2 Hans Kelsens »rena rättslära»

En av de mest fulländade rättspositivistiska lärorna har skapats av Hans Kelsen.

Kelsen (1881-1973) läste juridik i Wien. I samma stad gick han igenom alla steg av sin forskarkarriär vilken ledde till att han utnämndes till professor i stats- och förvaltningsrätt med rättsfilosofi (1919). I samband med växande antisemitism i Wien accepterade Kelsen – som var av judisk börd – professur i folkrätt i Köln (1930). Efter nazisternas maktövertagande lämnade han Tyskland. Under några år var han professor i Geneve och Prag. Sedan 1940 var han bosatt i USA där han efter vissa initialsvårigheter erhöll en ordinarie professur i statskunskap i Berkeley, Kalifornien (1945-1952). Förutom den akademiska verksamheten bedrev Kelsen även utrednings-, konsult- och domararbete, bl.a. var han ledamot av den österrikiska författningsdomstolen och fungerade under åren 1918-1920 som den österrikiska regeringens konsult med uppdrag att utforma det slutgiltiga förslaget till landets författning. Kelsens inflytande på rättsteorin i världens olika delar blev

mycket stort. Ingen annan forskare har lyckats med att lika länge – dvs. drygt ett halvt sekel – tillhöra ämnets internationella elit.

A RÄTTEN SOM EN TVÅNGSORDNING

Enligt Kelsen är rättsordningen en tvångsordning, dvs. en sanktionsordning. »Alla normer som inte själva statuerar en tvångsakt... är osjälvständiga normer, vilka endast gäller i förbindelse med de normer som statuerar en tvångsakt» (Kelsen 1960, 59). Civilrättsliga normer gäller således tack vare att andra normer statuerar en rad påföljder vid deras åsidosättande, ytterst sådana påföljder som tvångsmedel vid utsökning, straff osv.

Teorin om rättsordningen som en tvångsordning kan emellertid ifrågasättas; jfr avsnitt 2.1.3C ovan.

B DEN RENA RÄTTSLÄRAN. VARA OCH BÖRA

Enligt Kelsen utgör den faktiskt förekommande rättsvetenskapen ofta en blandning av olika sociologiska, etiska, juridiska och andra betraktelsesätt. Kelsens mål var en »ren» rättsvetenskap, befriad från alla främmande inslag. En »allmän del» av denna – vilken omfattar Kelsens idéer om rätten och staten – kallades av honom själv för den rena rättsläran.

Den rena rättsläran undersöker rättsnormer och ingenting annat. Den säger endast vad som enligt gällande rätt bör göras, inte vad som faktiskt förekommer.

En norm är enligt Kelsen meningen hos en viljeakt, vilken riktas mot en annan persons beteende. »Den som ger en befallning, *menar* något. Han väntar sig att andra *förstår* det. Han menar med sin befallning *att* den andra skall bete sig på ett bestämt sätt. Detta är *meningen* hos hans viljeakt» (Kelsen 1979, 25).

En rättsnorm fungerar som ett tydningsschema. En juridisk »tydning» skiljer sig enligt Kelsen från naturvetenskaplig tydning genom att den inordnar ett händelseförlopp under en gällande norm. »Att en handling är ett verkställande av en dödsdom och ej mord, denna kvalitet – som ej sinnligt kan förnimmas – framgår först genom en tankeprocess; ur konfrontationen med strafflagen och straffprocessordningen» (Kelsen 1960, 4).

Kelsen skiljer mellan en rättsnorm och en rättssats. Rättsvetenskapen uttalar enligt Kelsen rättssatser, inte rättsnormer. »Skillnaden visar sig i att de av rättsvetenskapen formulerade... börasatserna, som inte förpliktar eller berättigar någon till något, kan vara sanna eller falska, medan de av rättsauktoriteten stiftade böranormerna – som förpliktar och berättigar

rättssubjekten – varken kan vara sanna eller falska utan endast giltiga eller ogiltiga» (Kelsen 1960, 75 ff.).

En rättsvetenskapsman försöker således enligt Kelsen säga sanningen om rättsnormernas innebörd och giltighet.

Denna uppfattning motsvarar den kända distinktionen mellan s.k. äkta rättssatser vilka uttrycker normer eller värdeomdömen och s.k. oäkta rättssatser, vilka värderingsfritt beskriver innebörden hos lagar och andra rättskällor (jfr Hedenius 1963, 58 och n. 1).

Inte blott rättsnormer utan även rättssatser kan uttryckas med användning av sådana ord som »skall», »bör» osv. En jurist kan t.ex. välja mellan följande uttryckssätt: »normen 'mord skall bestraffas med fängelse' är *gällande*» eller »mord *skall* bestraffas med fängelse». Oavsett vilket av uttrycken han väljer är innebörden densamma, och hans uttalande är en rättssats. Denna rättssats skall skiljas inte endast från en rättsnorm utan även från olika utsagor om sådana fakta som att domstolarna faktiskt brukar döma mördare till fängelse.

Rättssatsernas karaktär framträder klart då de jämförs med orsakslagar. »På ett rätt liknande sätt som gäller i fråga om en naturlag, förknippar även en rättssats två element med varandra. Men den sammankoppling som kommer till uttryck i rättssatsen har en helt annan innebörd än den som beskrivs i naturlagen: orsakssammanhanget... I rättssatsen sägs inte 'om A är (dvs. finns till, existerar) så är B' utan 'om A är så bör B vara'» (Kelsen 1960, 80).

Kelsen använde ett svårt filosofiskt språk. Den rena rättsläran undersöker enligt honom en särskild »värld», »börats värld». Denna skiljer sig från »varats värld». Den sistnämnda beskrivs inte av rättsvetenskapen utan av »naturvetenskapen», och detta i en bred mening, som omfattar fysik, biologi, sociologi, psykologi osv. Ett sådant uttryckssätt är ganska främmande för nordiska jurister. (Kanske kan »börats värld» uppfattas som en del av »värld 3» i Poppers mening; jfr avsnitt 2.5.4 nedan).

Det är därför viktigt att man särskiljer två komponenter i Kelsens lära om det rättsliga »börat». Den första består av ett för en jurist naturliga råd som han ger rättsvetenskapsmannen: undersök rättsnormernas innebörd och giltighet, ingenting annat! Den andra komponenten består av en filosofiskt omstridd tes angående rättsnormernas existens: Rättsnormerna utgör »börats värld», som inte är identisk med några fakta.

C DEN RENA RÄTTSLÄRAN. RÄTTEN OCH ETIKEN

C1 Kelsen om rätten och etiken. Den kelsenska lärans »renhet» innebär även att den rensats på etiska inslag. Etiken är enligt Kelsen en samhällelig normativ ordning, som skiljer sig från rätten bl.a. genom avsaknad av organiserade sanktioner. I ett och samma samhälle kan det finnas flera

etiska ordningar, t.ex. kristen och muslimsk etik. Man kan inte vetenskapligt fastställa en moralordnings överlägsenhet gentemot en annan. Rättsordningen påverkas ofta av någon etisk ordning, men rättsordningens giltighet är helt oberoende av etiken. Rätten skapar sina egna kännetecken på gott och ont, oberoende av olika etiska ståndpunkter.

> »Om man under förutsättning av blott relativa värden uppställer kravet på att rätt och moral i allmänhet och rätt och rättvisa i synnerhet är skilda från varandra, betyder detta krav inte något sådant som att rätt inte har något att göra med moral och rättvisa eller att begreppet 'rätt' inte faller under begreppet 'gott'. Ty begreppet 'gott' kan inte bestämmas annat än såsom 'det som bör vara', det som motsvarar en norm; och om man definierar rätten som norm, följer härav att det rättsenliga är gott. Det under förutsättning av en relativistisk värdelära uppställda kravet på att skilja rätten från moralen och följaktligen rätten från rättvisan betyder blott, att om en rättsordning värderas som moralisk eller omoralisk, rättvis eller orättvis, så uttrycks därmed rättsordningens förhållande till ett av flera möjliga moralsystem och inte till 'den enda' moralen... ; (E)n positiv rättsordnings giltighet är oavhängig av dess överensstämmelse eller icke-överensstämmelse med något moralsystem» (Kelsen 1960, 68-69).
>
> »När giltigheten av en positivrättslig norm är i fråga måste man bortse från giltigheten av en mot denna stridande rättfärdighetsnorm, och när giltigheten av en rättfärdighetsnorm är i fråga måste man bortse från giltigheten av en mot denna stridande positivrättslig norm. Man kan inte samtidigt anse båda som giltiga» (Kelsen 1960, 361).

Genom att således betrakta rätten och etiken som begreppsligt oberoende av varandra säkerställer man enligt Kelsen den mycket viktiga möjligheten att kunna kritisera gällande rätt.

> »Tesen, att rätten i enlighet med sitt väsen är moralisk, dvs. att endast en moralisk samhällsordning är (gällande) rätt, förkastas av den rena rättsläran, inte bara därför att denna tes förutsätter en absolut moral, utan även därför att dess faktiska användning av den i en bestämd rättsgemenskap härskande juridik medför en okritisk legitimering av den tvångsordning som konstituerar denna gemenskap» (Kelsen 1960, 71). »Antar man att rätten i enlighet med sitt väsen *är* moralisk, har det ingen mening... att kräva att rätten *skall* vara moralisk» (id. 68).

Kelsens uppfattning i denna fråga kan emellertid kritiseras, se avsnitt 2.4.2D nedan.

C2 Kritik. Rättsbegreppets beroende av etiken i vissa fall. Man kan visserligen godta Kelsens iakttagelse att det finns flera såväl med rätten som sinsemellan konkurrerande etiska uppfattningar. Varje sådan uppfattning innehåller sina egna normer och värden (dess kännetecken på gott och ont). Det finns sålunda många normsystem, gällande rätt är blott ett av dessa.

Är då Kelsens värderingsfria definition av gällande rätt den bästa? Så är fallet om definitionens mål är att peka ut gällande lag och vägledande rättskällor i ett samhälle som inte utsätts för en extremt oetisk maktutövning. Men Kelsens definition passar inte till *tolkad rätt*, däribland oskrivna rättsprinciper. Innehållet i tolkad rätt fastställs genom juridisk tolkning, och denna är inte fri från etiska värderingar (se kapitel 3 och 4 nedan). Det är därför helt naturligt att frågan om tolkad rätt helt utelämnats ur Kelsens rena rättslära. Den värderingsfria definitionen är inte heller väl anpassad till juridisk argumentation i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning. I ett sådant samhälle kan en jurist ifrågasätta giltigheten av oetiska lagar; se vidare avsnitt 2.4.1D, 2.4.2, 2.7.2B och 2.8.4D–J nedan.

C3 Kritik. Kelsens irrationalism. I enlighet med Kelsens lära bildar rätten en normativ ordning. Olika etiska uppfattningar bildar andra normativa ordningar. Varenda sådan ordning bestämmer om sig själv att den skall följas.

Dessa ordningar skall enligt Kelsen inte blandas med varandra. Inte heller finns det någon »överordning» som bestämmer vilken av dessa konkurrerande ordningar som »egentligen» skall följas. En enskild människa måste i stället *bestämma sig* för vilken ordning hon kommer att följa. Valet kan påverkas av olika hänsyn, bl.a. rädslan för rättsliga påföljder, den enskildes olika ekonomiska intressen och den enskildes övertygelse om det rätta och rättvisa. I vilket fall som helst är valet beroende på personliga attityder. Det finns därvid inga objektiva riktlinjer.

Denna relativistiska uppfattning kan emellertid kritiseras. Visserligen måste den enskilde i vissa fall bestämma sig om han skall följa lagen eller sin etiska övertygelse. Det är också riktigt att valet ytterst baserar sig på den enskildes preferenser. Å andra sidan är endast en *irrationalistisk* relativist villig att från fall till fall blint följa sina attityder och känslor, oavsett hur tillfälliga och oberäkneliga de må vara. I ljuset av Kelsens lära är en sådan irrationalism ofrånkomlig. Dess enda alternativ är en teori om objektiva värden. En förespråkare för en sådan teori letar efter ett objektivt fastställbart och riktigt »översystem» som styr valet mellan olika normsys-

tem. Men en sådan förhoppning har gång på gång visat sig vara en orealistisk dröm.

Mellan irrationalismens Skylla och objektivismens Charybdis finns det emellertid en tredje väg, smal men framkomlig. Man kan nämligen ansluta sig till grunduppfattningen om att etiska omdömen ytterst beror på personliga preferenser, men ändå önska sig att samordna sina attityder. En sådan rationalistisk relativist *konstruerar* ett »sammanvägningssystem» (»*Zusammenschlussystem*», Weinberger 1971, 399 ff. och 423 ff.) som styr valet mellan olika konkurrerande normsystem. Ett sådant etiskt systembyggande måste underkastas vissa *sammanhangs- och motiveringskrav*, se kap 7 nedan.

D KELSENS AVSATSTEORI

Enligt Kelsen bildar rätten en »byggnad» med olika nivåer eller »avsatser» (jfr 1960, 228 ff.). En given norm är rättsligen gällande – och skall sålunda följas ur en juridisk synvinkel – om den skapats i överensstämmelse med regler av högre dignitet.

Moralsystem har en annan struktur. Giltigheten av moralnormer beror således endast på innehållet, inte på att några högre normer reglerar deras tillkomst.

Avsatsteorin återspeglar Kelsens djupgående insikt i att begreppet »gällande rätt» är *systembetingat*. Svaret på frågan om en enstaka norms giltighet måste basera sig på ett antagande om hela rättssystems giltighet.

E KELSENS TEORI OM GRUNDNORMEN

E1 Grundnormen som juristernas antagande. Den verkligt svåra frågan avser pyramidens topp. De högsta rättsnormerna, som finns i författningen (grundlagarna), kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns. Juristerna brukar ta deras giltighet för given. För en rättsteoretiker innebär den emellertid ett problem.

Enligt Kelsen måste författningen ärva giltigheten från en s.k. grundnorm. Grundnormen har formulerats sålunda: »Tvångshandlingar skall genomföras under de betingelser och på det sätt som stadgats av den historiskt första statsförfattningen och av de normer som stiftats i överensstämmelse med densamma. (I en förkortad form: man skall bete sig så som författningen föreskriver...»; Kelsen 1960, 203-204).

Kelsen har även godkänt en alternativ konstruktion som härleder de nationella rättsordningarnas giltighet från folkrätten, vars grundnorm är följande: Staterna borde uppträda i enlighet med internationell sedvana (jfr Kelsen 1960, 222).

Kelsens grundnorm är en handlingsnorm som bestämmer en skyldighet. Raz (1974, 97) har däremot uppfattat grundnormen som en kompetensnorm. Jfr Paulson 1980, 177.

Enligt Kelsen kan vilken grundnorm som helst förutsättas, såvida ett krav uppfylls, nämligen att de normer som baserar sig på denna grundnorm i stort sett (*»im grossen und ganzen»*) är effektiva, dvs. de följs och tillämpas inom en given maktutövningsorganisation (jfr Kelsen 1960, 215 ff.). Härmed upphöjs effektiviteten till den rättsliga giltighetens nödvändiga betingelse. Men varför är denna betingelse inte tillräcklig; varför behöver Kelsen dessutom en grundnorm? Svaret är följande: Man kan inte betrakta t.ex. maffians »rättsordning» som gällande rätt, oavsett hur effektiv maffians maktutövning än må vara. Den rättsliga giltigheten är en normativ egenskap och således inte identisk med den faktiska effektiviteten. Endast »om grundnormen... förutsätts, kan författningen... kännas igen som bindande rättsnormer» (Kelsen 1928, 339; jfr Kelsen 1951, 1391; 1958, 1397 ff.; 1960b, 1422 ff.; 1960, 204 ff., 1961, 827).

Grundnormen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid begreppsligt förutsatt i juridisk argumentation. Vi anser nog alla att författningen skall efterlevas; grundnormen säger precis detsamma: att den skall efterlevas. Dessutom anser vi alla att författningen är gällande. Om man uppriktigt säger »författningen är gällande», menar man egentligen att författningen skall efterlevas. Det faktum att vi kallar författningen för gällande betyder återigen, att vi antar att den skall efterlevas – och grundnormen säger precis detsamma.

Olika varianter kan tänkas:
- Grundnormen är förutsatt i *all* juridisk argumentation.
- Grundnormen är förutsatt i all *positivistisk* uppfattning om rätten (Kelsen 1945, 116).
- Grundnormen är förutsatt i *rättsdogmatik* (inte vare sig rättshistoria eller rättspolitik; jfr Walter 1968, 339).

Kelsen har alltid betraktat grundnormen som begreppsligt förutsatt. Ibland har han även uppfattat den som hypotetisk. Grundnormen har följaktligen jämförts med vetenskapliga hypoteser (jfr Lachmayer 1977, 207 och Marcic 1963, 69 ff.). Jämförelsen kan emellertid ifrågasättas:

Som bekant godtas vetenskapliga hypoteser blott provisoriskt, så länge de inte motbevisas. Motbevisningen måste vara tänkbar. Det är däremot tveksamt om grundnormen skulle kunna motbevisas. Jfr Verdross 1930, 1308 och Walter 1968, 339.

Vidare kan vissa fenomen förklaras av två olika vetenskapliga hypoteser. Men i *en* rättsordning finns det inget utrymme för alternativa grundnormer (Dias 1976, 499-500).

Efter 1962 uppfattade Kelsen grundnormen som en fiktiv norm, vilken förutsätter en fiktiv grundnormbestämmande viljeakt; jfr Kelsen 1964, 1977 och 1979, 206-207. Jfr Olivecrona 1971, 114. Denna åsikt har påverkats av Vaihinger (1922, 14).

Jfr Hägerström 1953, 277: grundnormen »hänger i luften».

Varken hypotesläran eller fiktionsläran kan anses vara någon förbättring av Kelsens huvudteori.

Kelsen var emellertid *tvungen* att utveckla sin fiktionslära om grundnormen. Skälet var att en annan uppfattning om denna norm inte är förenlig med hans huvudteori om normer. Som nämnts är en norm enligt Kelsen meningen hos en viljeakt, vilken riktas mot en annan persons beteende. De jurister som *förutsätter* grundnormen uttrycker emellertid ingen vilja. De snarare *tror* på grundnormens innehåll än *vill* det. Fiktionsläran har med rätta betecknats som »den rena rättslärans svanesång» (Golding 1993, 827). Det enda alternativet tycks vara att förkasta Kelsens teori om normer som mening hos viljeakter.

E2 Grundnormen som rättens giltighetsgrund i en juridiskt tillräcklig argumentation. Grundnormen »författningen skall efterlevas» är således förutsatt i juridisk argumentation. Kelsen går emellertid längre och uppfattar denna förutsatta grundnorm som rättens själva *giltighetsgrund.*

> »Frågar man efter giltighetsgrunden för en rättsnorm, vilken tillhör en bestämd rättsordning, kan svaret blott bestå i en hänvisning till denna rättsordnings grundnorm, nämligen i utsagan att denna (rätts)norm stiftats i enlighet med grundnormen» (Kelsen 1960, 202).

Genom sin grundnorm har således Kelsen besvarat frågan varför man bör efterleva författningen utan att för den skull behöva hänvisa till etiken. Man skall efterleva författningen därför att grundnormen så bestämmer.

Men hur kan grundnormen rättfärdiga rättens giltighet? Grundnormen är inget mer än ett antagande som juristerna tar för givet. Hur kan ett sådant antagande rättfärdiga rätten?

Ett möjligt svar på denna fråga är följande. Det förhållande att juristerna i sin argumentationspraxis visar en disposition att ta för givet att

författningen skall efterlevas innebär att det finns en samhällelig norm »författningen skall efterlevas». Grundnormen *existerar* sålunda i juristernas argumentationspraxis. Denna praxis är rättens giltighetsgrund; se närmare avsnitt 6.1.7 nedan.

E3 Grundnormen och rättens enhet. Grundnormens andra viktiga funktion är att den bildar en grund för rättens enhet.

> »Alla normer vars giltighet kan härledas av en och samma grundnorm bildar ett system av normer, en normativ ordning. Grundnormen är den gemensamma giltighetskällan för alla normer som hör till samma ordning, den är deras gemensamma giltighetsgrund. Att en bestämd norm tillhör en bestämd ordning, beror på att dess yttersta giltighetsgrund består av denna ordnings grundnorm. Denna grundnorm är det som konstituerar en enhet av en mångfald av normer, emedan den bildar grunden för giltighet av alla normer som tillhör denna ordning» (Kelsen 1960, 197).

Det tycks följa att Kelsens generella grundnormsformulering är ofullständig. Olika rättssystem skiljer sig från varandra genom sina specifika grundnormer. Svensk rätt utgör *ett* rättssystem, tysk rätt ett annat. I svensk juridik antas egentligen grundnormen »de svenska grundlagarna (regeringsformen m.m.) skall efterlevas». I tysk juridik antas däremot grundnormen »den tyska *Grundgesetz* skall efterlevas».

En hänvisning till grundnormen ger emellertid *inte* juristerna något konkret besked om *vilka* normer som bildar en och samma ordning. Den löser m.a.o. inte rättsordningens »identitetsproblem» (jfr Raz 1970, 104).

Identitetsproblemet gäller bl.a. följande skilda ting, författningens identitet, rättssystemets kontinuitet i tiden och rättsystemets avgränsning mot omgivningen.

Vad är författningen? Grundnormen slår fast att författningen skall efterlevas, men vad är författningen? Denna fråga kan besvaras med stöd av en komplex datamängd. Däri måste ingå vissa uppgifter om rättsnormernas *innebörd.* Många olika rättsnormer ger således vid handen, att författningen utgör rättssystemet översta nivå och att den bestämmer villkor för andra rättsnormers giltighet (jfr Dworkin 1968, 205).

Enligt Hart (1968, 190 ff.) måste denna datamängd tillika omfatta myndighetspersoners faktiska beteende men hans argumentation är inte övertygande:

Hart har visserligen rätt däri att det inte räcker med *författningsreglers* innebörd. Den ryska författningen t.ex. bestämmer visserligen villkor för att andra ryska rättsnormer skall efterlevas. Men begreppet »rysk grundlag» kan enligt Hart

inte vara liktydigt med »den lag som bestämmer villkor för att ryska rättsnormer skall efterlevas». Även en amerikansk lag på den internationella privaträttens område kan stadga att vissa ryska normer skall efterlevas men den är inte någon beståndsdel av den ryska författningen.

Hart förbiser emellertid en viktig skillnad: Förhållandet mellan den ryska författningen och ryska lagar uttrycker sig i en långt mer omfattande mängd normer *av olika dignitet* än förhållandet mellan den amerikanska lagen och ryska normer. Hart har kanske visat att rättssystemets gräns är vag, eftersom begreppet »stor mängd» är det, men knappast att gränsen måste bestämmas av andra ting än normers innebörd.

Rättssystemets kontinuitet. Rättssystemets kontinuitet i tiden ger upphov till svåra frågor, eftersom den *inte* bryts av att en ny grundlag träder i kraft, ens i strid med de författningsändringsregler som den gamla grundlagen stipulerat. Så var t.ex. fallet i Norge 1905 utan att rättssystemets kontinuitet bröts. Inte ens en mycket långtgående författningsändring är tillräcklig. »Ett rättssystem består trots allt av åtskilligt mer än författningen». Det mest naturliga är kanske att göra frågan om rättssystemets kontinuitet beroende av bedömningen hur pass stora förändringar systemet som helhet genomgått (Eckhoff och Sundby 1991, 215). Denna helhetsbedömning bestäms förvisso inte av grundnormen, men den *utgår från* den på följande sätt.

Grundnormen pekar ut den ifrågavarande författningen (t.ex. den svenska regeringsformen) som gällande vid en viss tidpunkt.

Denna författning ger oss besked om vilka ytterligare rättsnormer som tillhör samma gällande rättssystem.

Rättsenliga ändringar i detta system bryter inte dess kontinuitet.

Rättsstridiga ändringar gör det om de är tillräckligt omfattande och djupgående.

Rättssystemet och dess omgivning. Avgränsningen av ett rättssystem från dess omgivning bestäms likaledes efter många kriterier. En norm hör till systemet om det antingen producerat eller adopterat den. Till de systemproducerade normerna hör inte minst de genom myndighetspraxis utvecklade metanormer, dvs. rättskälleprinciperna och de giltighetsnormer som bestämmer vad som skall räknas som bindande generella normer. När samma lagtext får olika tolkning i olika myndigheters praxis hör alla dessa normvarianter till samma rättssystem (id. 219). Adoption består däremot i att vissa normer som uppstått utanför ett rättssystem dras in i det, genom lagstiftning, myndighetspraxis eller t.o.m. privat praxis (t.ex. avtalspraxis). Det gäller bl.a. folkrättsliga regler och främmande rättens tillämpning på olika internationella privaträttsliga fall. Men för en jurist bildar alltid det egna rättssystemet en given utgångspunkt. Han tjänar bara en herre, det egna samhällets gällande rätt. Han förutsätter en grundnorm som gör det möjligt att alltid uppfatta denna rätt som *ett* rättssystem, oavsett alla tänkbara motsägelser mellan dess olika normer.

Grundnormen pekar ut den ifrågavarande författningen som gällande.

Denna författning ger oss besked om vilka ytterligare rättsnormer som tillhör samma gällande rättssystem.

Dessa utpekar den roll som olika myndigheter, olika slags praxis, vissa »adopterade» (t.ex. folkrättsliga) regler m.m. bör spela i juridisk argumentation.

När t.ex. en och samma lagtext får olika tolkning i olika svenska myndigheters praxis kan alla dessa tolkningar anses höra till samma rättssystem. Alla dessa tolkningar anses nämligen vara relevanta för svensk juridik. Så är fallet eftersom tolkningarna utförts av svenska myndigheter. Deras myndighetsstatus bestäms ytterst av den svenska författningen. Den svenska grundnormen säger att den svenska författningen skall följas. Därmed bildar grundnormen den yttersta grunden för de svenska juristernas slutsats att alla dessa tolkningar bör beaktas i juridisk argumentation.

Om Kelsens grundnorm kan uppfattas som rättens enhetsgrund måste begreppet »grund» tolkas på ett synnerligen försvagat sätt. Juristerna antar visserligen att t.ex. svensk rätt bildar ett enda system. Systemets kontinuitet i tiden och dess avgränsning mot omgivningen kan bestämmas genom juridisk argumentation. Grundnormen spelar en viss roll i denna argumentation men andra antaganden är likaledes nödvändiga. Något annat är emellertid mycket viktigare. Såväl vid bestämmande av rättsystemets kontinuitet i tiden som vid dess avgränsning mot omgivningen utgår juristerna från rättens enhet (se vidare avsnitt 3.10.2 nedan).

E4 Kelsens största förtjänst: insikten om den juridiska argumentationens särart. Kelsens grundnormslära är således hållbar i en juridiskt tillräcklig argumentation, både som rättens giltighetsgrund och som dess enhetsgrund. Hans viktigaste bidrag till rättsteorin består enligt min mening i att han insett denna argumentations särart. Mänsklig kunskap och argumentation består av olika beståndsdelar (former, områden, discipliner m.m.) var och en uppbyggd på egna antaganden och relevansmåttstockar. Beståndsdelarna har visserligen ett visst samband med varandra, men de är ändå relativt självständiga. En fysiker behöver i regel inte bry sig om humaniora, en historiker inte om molekylär biologi och en jurist om inte litteraturkritik. Ingen annan har lyckats lika väl som Kelsen med uppgiften att stringent belysa det speciella med juridiken.

E5 Grundnormen och rättens djupgående giltighetsgrund. Gränsen mellan juridiken och andra argumentationsformer är emellertid inte »vattentät». Anta t.ex. att en *djupgående* fråga ställs, nämligen: Visst har juristerna en

disposition att ta för givet att författningen skall efterlevas, men *skall* den för den skull »verkligen» efterlevas? I såväl domstolspraxis som vardaglig juridik är denna fråga meningslös, eftersom svaret tas för givet. Men försöker man på ett mer djupgående sätt rättfärdiga (motivera, legitimera) den juridiska argumentationen, är frågan nog så meningsfull och kan besvaras t.ex. med hänvisning till etiken: ett etiskt förkastligt kaos skulle uppstå om det i vårt samhälle inte längre existerade någon effektiv författning.

Genom sin grundnormslära har Kelsen inte löst den djupgående frågan om den rättsliga giltighetens yttersta grund. I stället har han utmönstrat denna fråga ur rättsteorin.

2.2.3 Herbert Harts rättsteori

Den engelske rättsteoretikern Herbert L.A. Hart (1907-1993) började sin karriär med att läsa historia och filosofi i Oxford. I sexton år arbetade han som advokat, och under andra världskriget var han verksam inom den militära underrättelsetjänsten. Mellan 1952 och 1968 uppehöll han professuren i allmän rättslära (*Jurisprudence*) i Oxford. Senare innehade han en forskartjänst och en administrativ befattning vid samma universitet. Han var även aktiv som politisk skribent och rättspolitisk förslagsgivare, varvid han förespråkade den liberal-socialdemokratiska ståndpunkten. Herbert Hart pensionerades 1978.

Trots att Harts teori är mycket berömd och inflytelserik i den anglosaxiska världen, är den inte särskilt självständig i förhållande till Kelsens tidigare lära.

A INTERN SYNVINKEL

Enligt Hart består rätten av samhälleliga regler, antingen skrivna eller sedvanerättsliga. Medborgarna accepterar dessa regler på följande sätt: De har ett anlag att rätta sig efter den, vidare att förvänta sig att även andra gör det och slutligen att kritisera dem som inte gör det.

En person kan uppfatta rättsreglerna ur en extern respektive en intern synvinkel, dvs. »antingen som en iakttagare blott, vilken inte själv accepterar dem, eller som en medlem av den grupp som accepterar rättsreglerna och använder dem som riktlinjer för beteende» (Hart 1961, 86).

Rättens acceptans i denna bemärkelse förutsätter *inte* någon permanent känsla av bundenhet. »Det är ingen motsägelse om man säger, att människor accepterar vissa regler men upplever inga... känslor av bundenhet. Det nödvändiga är att... en kritisk... attityd gentemot vissa handlingstyper

bildar ett gemensamt mönster, vilket uttrycker sig i kritik (inklusive självkritik), i kravet på att mönstret följs och i övertygelsen att sådan kritik och sådana krav är rättfärdigade; allt detta finner sitt karakteristiska uttryck i de normativa orden 'bör', 'skall',... 'rätt' och 'fel'» (Hart 1961, 56).

B PRIMÄRA OCH SEKUNDÄRA REGLER. IGENKÄNNINGSREGELN

B1 Primära och sekundära regler. Rätten skiljer sig från andra samhälleliga regler på följande sätt. Rätten är en förening av primära och sekundära regler. Medan de primära bestämmer de handlingar som individer skall eller inte skall utföra, handlar de sekundära om hur de primära reglerna fastställs och ändras. Hart urskiljer tre slags sekundära regler, nämligen regler om giltighet, ändring och tillämpning av primära regler (Hart 1961, 92 ff.).

Harts lära påminner således om Kelsens avsatsteori: en handlingsregel är gällande tack vare att den tillkommit i enlighet med en annan rättsregel.

B2 Igenkännings- och erkännanderegeln. Sekundära regler om giltighet intar en särställning. Harts s.k. igenkännings- och erkännanderegel (eng. *rule of recognition*) utgör rättsordningens yttersta norm som bestämmer över giltigheten hos rättssystemets övriga regler.

Recognise betyder både igenkänna (identifiera) och erkänna (acceptera). Strömberg (1991, 459) betraktar *rule of recognition* som en *erkännande*regel. Denna tolkning stöder sig på Harts (1961, 99) konstaterande att uttrycket »det är rättens innebörd att...» (»*it is the law that...*») »naturligt används av den som accepterar *the rule of recognition*, utan att (för den skull behöva) konstatera det faktum att den accepteras (av andra), och använder denna regel *in recognizing* en viss regel inom systemet som gällande».

Igenkännings- och erkännanderegeln »formuleras sällan explicit som en regel... Oftast... *visar sig* dess existens i det sätt på vilket enskilda regler identifieras av domstolar, andra myndigheter, privatpersoner eller deras rådgivare» (Hart 1961, 98). Igenkännings- och erkännanderegeln bestämmer t.ex. att gällande lag kan identifieras genom förekomsten i Svensk författningssamling.

Fast Hart sålunda medger att igenkännings- och erkännanderegelns existens kan visa sig i »privatpersoners» praxis betonar han på flera ställen *myndigheternas* praxis (jfr t.ex. id. 92 och 113).

B3 Igenkännings- och erkännanderegeln och Kelsens grundnorm. Igenkännings- och erkännanderegeln kan uppfattas som rätt lik Kelsens grundnorm: I likhet med denna bestämmer den t.ex. att de i Svensk författningssamling publicerade författningarna skall följas. Visserligen betonar Hart skillnaden, att medan grundnormen är en fiktion, utgör spörsmålet om igenkännings- och erkännanderegeln en *empirisk faktumfråga.* Även om juristerna inte uttalar den explicit, förutsätter de det *faktum* att igenkännings- och erkännanderegeln accepteras inom rättssystemet (Hart 1961, 245). Men faktumfrågan är i båda fallen densamma: Genom sina attityder och sitt språkbruk visar de allra flesta jurister att de betraktar rättsregler som gällande, dvs. sådana som skall följas.

Den verkliga skillnaden är antagligen blott denna. Medan Kelsens grundnorm alltid har samma innehåll – författningen skall följas – kan Harts igenkännings- och erkännanderegel variera från en rättsordning till en annan. Det är inte otänkbart att t.ex. 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen (»den offentliga makten utövas under lagarna») tillsammans med 8 kap. bildar den svenska rättens igenkännings- och erkännanderegel. T.o.m. en ordning som saknar skrivna grundlagar måste basera sig på en igenkännings- och erkännanderegel vilken bestämmer vad som utgör en gällande rättsregel. Enligt Hart bildar en sådan igenkännings- och erkännanderegel en del av rättsordningens oskrivna grundlag.

Det faktum att Hart i motsats till Kelsen ägnat stor uppmärksamhet åt oskrivna grundlagar kan förklaras genom skillnaden mellan Englands och Österrikes grundlagar: den förstnämnda består delvis av en oskriven sedvanerätt. Följaktligen betonar Hart även följande skillnad: Medan Kelsens grundnorm handlar *om* grundlagen (»grundlagen skall följas») bildar Harts igenkännings- och erkännanderegel en beståndsdel av grundlagen. Men denna skillnad är sekundär. Man kan alltid tänka sig en språklig konvention enligt vilken normen »den skrivna grundlagen skall följas» betraktas som en beståndsdel av grundlagen. Grundlagen skall då bestå av två beståndsdelar: den skrivna delen och denna oskrivna norm, vars innehåll motsvarar Kelsens grundnorm.

B4 Igenkännings- och erkännanderegeln – vaghet. Läran om igenkännings- och erkännanderegeln är dessutom vag. För Sveriges vidkommande kan man t.ex. hävda att igenkännings- och erkännanderegeln inte blott bestämmer att lagar skall följas utan även omfattar andra slags rättskällenormer, såsom att prejudikat bör beaktas i juridisk argumentation, liksom förarbeten, att doktrinen får beaktas m.m. I själva verket finns det många

olika rättskällenormer och »giltighetstester» (Summers 1985, 71) med föränderligt innehåll (a.a., 75).

C RÄTT OCH ETIK

Harts igenkännings- och erkännanderegel är lika lite ägnad att vara den rättsliga giltighetens yttersta grund som Kelsens grundnorm. Visst innehåller författningen vissa igenkänningsregler för rättens giltighet, men *skall* dessa följas? I såväl domstolspraxis som vardaglig juridik är denna fråga som sagt meningslös, eftersom svaret tas för givet. Men försöker man på ett mer djupgående sätt rättfärdiga den juridiska argumentationen, är frågan meningsfull och kan besvaras med hänvisning till etiken.

Enligt Hart finns det inget logiskt nödvändigt samband mellan rätt och etik. Visserligen påverkar moralomdömen rättens innehåll och tolkning samt dess stabilitet och effektivitet. Men detta empiriska faktum skapar inte något logiskt nödvändigt samband mellan å ena sidan rättens moraliska godtagbarhet och å andra sidan dess giltighet. Gällande rätt *kan* ha ett omoraliskt innehåll.

Förvisso medger Hart att myndigheterna kan tolka rättsreglerna i ljuset av etiken. Inte heller förnekar han att myndigheterna kan uppfatta ett visst samband mellan reglerna och etiken som en »test» för reglernas rättsliga giltighet. Men denna »test» är enligt Hart relevant framför allt om den godtas av mydigheterna. *David Lyons* har t.o.m. uttalat följande: »I Harts teori är de samhälleliga fakta som ytterst bestämmer rätten detsamma som fakta beträffande myndigheternas praxis (*official practice*), men testerna för rätten har det innehåll som myndighetspersoner ger dem (*the tests for law are whatever officials make them*»); Lyons 1977, 425; jfr även Waluchow 1994, 174 ff.

Det är emellertid inte säkert om Lyons' formel till fullo motsvarar Harts åsikter. Hart skulle kanske ta avstånd från de av myndigheterna tillämpade giltighetstesterna om dessa hade förvandlat rätten till »meningslösa tabun» (jfr t.ex. Hart 1958, 62). Den sistnämnda termen syftar bl.a. på normativa system som grovt kränker principen att lika skall behandlas lika och inte ens skyddar den härskande elitens väsentliga intressen. Ändå är Lyons' uppfattning tämligen typisk för konsekvent rättspositivism.

För att närmare utveckla sin tes om att rätten inte har något nödvändigt samband med etiken påpekar Hart följande.

1. När sådana normativa ord som »bör» används i juridik behöver de inte uttrycka några moralomdömen.

»De som godkänner ett rättssystems auktoritet... /använder/... ett normativt språk som är gemensamt för både rätt och moral: 'Jag (du) bör', 'Jag (han) måste', 'Jag (de) har en skyldighet'. Ändå är de inte därmed tvungna att också göra ett *moralomdöme*, att det är moraliskt riktigt att göra det som rätten kräver» (Hart 1961, 199).

2. Hart delar även Kelsens åsikt, att man endast genom att således betrakta rätten och moralen som begreppsligt oberoende kan säkerställa möjligheten att kritisera gällande rätt.

»Det säkerligen viktigaste för att kunna tänka klart då man konfronteras med myndighetsmissbruk är en bevarad insikt om att man genom att beteckna något som rättsligt gällande inte besvarar frågan om lydnad och att hur stor... auktoritet det officiella systemet än må ha, måste dess krav ytterst underkastas en moralisk granskning» (Hart 1961, 206).

Harts synpunkter kan emellertid kritiseras, se återigen avsnitt 2.4.1D, 2.4.2, 2.7.2B och 2.8.4D-J nedan.

D NATURRÄTTENS MINIMIINNEHÅLL

Hart har själv uppmärksammat ett annat slags samband mellan rätt och etik, nämligen att båda måste uppfylla vissa minimikrav, betingade av samhällets eget intresse av fortlevnad. Han talar därvid om ett minimiinnehåll av naturrätt och urskiljer följande punkter (1961, 189 ff.):

Eftersom människorna är ömtåliga behövs förbudet att döda.

Eftersom människorna är relativt lika och inte ständigt kan vara på sin vakt mot varandra vinner alla, t.o.m. de starkaste, på att rätten begränsar handlingsfriheten och därigenom skyddar alla mot ohämmad aggression.

Sådana regler behövs på grund av människornas begränsade altruism. Eftersom människor inte är änglar, behövs rättsregler. Eftersom de inte heller är några demoner, kan de förmås att följa reglerna.

Eftersom resurserna är begränsade behövs en fördelningsmekanism. Äganderätten (»fast inte nödvändigtvis ett individuellt ägande», Hart 1961, 192) är en sådan, regeln att avtal skall hållas är en annan.

Eftersom människornas förstånd och viljestyrka är begränsade behövs ett rättsligt sanktionssystem.

Harts rättspositivism är inte helt konsekvent. Visserligen har Hart argumenterat för att begreppet »gällande rätt» skall separeras från etiken. Läran om naturrättens minimiinnehåll kan emellertid lätt användas för att på ett djupgående sätt *etiskt* rättfärdiga gällande rätt. Den är gällande och

skall följas eftersom den effektivt skyddar liv, trygghet och ägande. Kanske har Hart anat att rättspositivismen inte kan försvaras?

Intrycket förstärks då man följer Harts rätt detaljerade och insiktsfulla beskrivning av etiken.

Hart skiljer sålunda mellan den positiva och den kritiska moralen. Medan den förra utvecklar sig genom en samhällsgrupps »faktiska praxis», utvecklas den senare av en enskild individ som vill förbättra denna praxis. Moralen har således både en samhällelig och en »privat» aspekt. Den »positiva moralen» omfattar enligt Hart skyldigheter vilka utmärker sig genom att de a) är särskilt viktiga, b) uppstår genom sedvana och inte kan ändras genom medvetna beslut, c) bygger på uppsåt och culpa, aldrig på strikt ansvar, samt d) sanktioneras genom kritik av omoraliska handlingar, sällan genom fysiskt våld. Förutom skyldigheter omfattar den positiva moralen vissa ideal. Idealens fullständiga uppfyllande krävs inte av den enskilde men väcker respekt och beundran. Man beundrar t.ex. en hjältes mod och ett helgons ständiga vilja att hjälpa sina medmänniskor (jfr Hart 1961, 179).

Det är onekligen överraskande att en rättspositivist som vill genomdriva en skilsmässa mellan rätt och etik lägger så mycket arbete på att beskriva den sistnämnda.

Det kan t.o.m. göras gällande att Hart alltför mycket avlägsnat sig från rättspositivismen. Hans förteckning av naturrättens minimikrav är svår att förena med rättspositivismen och hör egentligen hemma i den naturrättsliga traditionen. Den träffas också av en väl etablerad kritik, nämligen att sådana kataloger alltid varit kontroversiella. Vissa kritiker har t.ex. uppfattat det som besynnerligt, att Hart inte beaktat familjeinstitutionens minimikrav, vilka bl.a. dikterats av fortplantningsbehovet. Det vore därför säkrare att helt generellt hävda att rätten inte kan trygga samhällets fortbestånd om den inte uppfyller vissa grundläggande etiska krav. Vilka dessa krav är måste bero på ett givet samhälles historiskt betingade livsform.

E »RÄTTENS ÖPPNA VÄVNAD» OCH DOMARENS SKÖN

Hart påpekar att rättsordningen är vag, m.a.o. att den har »öppen vävnad» (eng. *open texture*).

> »Vilket medel, prejudikat eller lagstiftning, som än används för att förmedla handlingsmönster, kommer dessa förr eller senare att visa sig obestämda på någon punkt som gäller deras tillämpning, oberoende av hur smidigt de fungerar i den stora massan av ordinära fall. De har det som betecknats som

'öppen vävnad'... Sådana vardagsspråk som engelska är ohjälpligt 'öppet vävda'» (Hart 1961, 124-125).

Jag bortser här från den av vissa språkfilosofer gjorda distinktionen mellan »öppen vävnad» och vaghet i egentlig mening.

»Öppen vävnad» orsakas inte blott av språkets egenskaper utan även av rättens funktioner.

»Alla rättssystem... kompromissar mellan två samhälleliga behov: behovet att ha säkra regler... och behovet att överlämna vissa frågor åt en myndighets senare beslut grundat... på tillräcklig information; /det gäller/ frågor vilka korrekt kan bedömas och avgöras först då de ställs i ett konkret fall» (Hart 1961, 127).

Rättens »öppna vävnad» gör skönsmässiga beslut ofrånkomliga.

»Rättens 'öppna vävnad' leder till en domstolarnas normgivningsmakt... Vad än domstolarna beslutar... består intill det ändras genom lagstiftning; och domstolarna kommer att ha samma sista auktoritativa ord beträffande lagtolkning» (Hart 1961, 141).

Rätten utgör m.a.o. en ram för domstolars beslutsfattande. Ramen får inte överskridas, men inom denna ram får domaren använda ett fritt skön.

Även denna tanke påminner om Kelsens uppfattning. Den kritiserades däremot av Ronald Dworkin (se avsnitt 8.2 nedan). Dworkin erkänner rättens »öppna vävnad» men förnekar ändå utrymmet för fritt skön »i en stark betydelse», dvs. för domarens godtycke. Domaren är inte endast bunden av rättsreglerna utan även av rättsprinciper. Dessa kan »upptäckas» genom att innehållet i lagen tolkningsvis samordnas med etiska omdömen. På så sätt utvinner domaren information om vad som är ett enda rätt svar på varje rättsfråga. Fast rättsreglerna kan vara lexikaliskt vaga är de m.a.o. kontextuellt exakta, om de sätts i sammanhang med principerna.

Både Hart och Dworkin har framfört synpunkter som är värda att tas på allvar. Eftersom båda uttrycker sig tämligen kategoriskt, förefaller deras synpunkter att vara oförenliga. Båda sidors insikter kan emellertid accepteras om teorierna i någon mån försvagas. Då kan följande fastslås. Den samhälleligt etablerade rätten, dvs. lagen, prejudikat och andra rättskällor, utgör – i enlighet med Harts åsikter – blott en ram för domarens beslutsfattande. Inom denna ram fattar domaren sina beslut, vilka emellertid – som Dworkin riktigt konstaterar – inte är godtyckliga utan bör bestämmas genom en avvägning mellan olika rättsliga och etiska hänsyn.

Avvägningen behöver emellertid inte leda till ett enda rätt svar på varje rättsfråga. Det kan tänkas att olika domare, t.o.m. perfekta sådana, når till skilda resultat, se avsnitt 8.3 nedan.

F HARTS FÖRTJÄNST – INSIKTEN OM DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONENS RELATIVA SÄRART

Som nämnts är Harts lära närmast den kelsenska teorins tillämpning på engelska förhållanden. Hart har sålunda på sitt sätt belyst den juridiska argumentations särart, dess antaganden och relevansmåttstockar. Hans andra förtjänst består emellertid av ett något motvilligt godkännande av ett slags nödvändigt samband mellan rätt och etik. Teorin om naturrättens minimiinnehåll utgör det första utvecklingssteget mot den numera ständigt ökade insikten i att olika argumentationsarters självständighet endast är relativ. Fast juristens vardagsliv medför en långtgående specialisering måste han ändå visa beredskap att i sin argumentation medta etiska frågor om detta är påkallat. »Naturrättens» minimiinnehåll han i detta samband tolkas som ett *etiskt* minimum som då måste beaktas.

2.2.4 Den institutionalistiska rättspositivismen

En modernare version av rättspositivismen har utarbetats av Neil MacCormick, professor i allmän rättslära i Edinburgh, Skottland, och Ota Weinberger, professor i rättsfilosofi i Graz, Österrike. MacCormick utgick från Harts teori, medan Weinberger byggde vidare på Kelsen. Ändå liknar deras teorier varandra så pass mycket att de presenterades i en gemensam bok (MacCormick och Weinberger 1985 och 1986).

MacCormick och Weinberger uttrycker rättspositivismens grundtankar på ett mycket nyanserat sätt.

A RÄTTENS KOMPONENTER

Teorin grundar sig på en lära om *institutionella fakta*, se avsnitt 2.6.4 och 2.6.8 nedan. En viktig klass av dessa består av normer. Den positiva rätten omfattar emellertid inte endast normerna utan också av dessa beroende institutionella fakta, såsom rättigheter, staten, rättsvetenskapen m.m. Rättsnormerna omfattar inte bara lagregler och prejudikat utan även de ändamål och principer som ligger till grund för dessa. Den positiva rätten har således enligt de institutionalistiska rättspositivisterna fler komponenter än enligt Kelsen och Hart (jfr MacCormicks inledning till MacCormick och Weinberger 1986, 8 och 19).

B RÄTTEN OCH ETIKEN

I motsats till naturrättsföreträdarna hävdar MacCormick och Weinberger att rätten är begreppsligt oberoende av etiken. Rättsnormers giltighet beror inte på lagtolkarens moralvärderingar. Rätten är ett samhälleligt faktum och dess innehåll är en produkt av samhälleliga strukturer och människornas vilja (Weinbergers inledning till MacCormick och Weinberger 1985, 49 ff.). Rättens normativa karaktär förutsätter inte några »objektiva värden eller inneboende riktighetsprinciper» (MacCormicks inledning till samma bok, 7). Inte heller delar de institutionalistiska positivisterna den av t.ex. *Ronald Dworkin* uttryckta uppfattningen, att rättsordningen omfattar några moralprinciper som ännu inte godtagits av vare sig lagstiftningen eller domstolarnas praxis.

C VÄRDERELATIVISM

Grundvärdena är inte objektivt påvisliga. Det finns ingen bro mellan »börat» och »varat» (jfr Weinbergers kritik riktad mot institutionalismens lärofader, Searle; inledning till MacCormick och Weinberger 1985, 22 ff.). »Vem vet att ens personliga värdering, inte lagstiftarens, är den riktiga?» (a.a., 46 ff.).

MacCormick och Weinberger hävdar dessutom, att det finns flera system av normer, t.ex. olika spelregler, moralnormer och rättsnormer. Samma sak kan regleras av olika slags normer, t.ex. rätten och etiken. Om dessa kolliderar måste man utföra ett val.

D VÄRDERATIONALISM

Å andra sidan betonar Weinberger att de personligt förankrade värdena måste bilda ett rationellt system. En människa måste konstruera ett »översystem», ett »sammanvägningssystem» (»*Zusammenschlussystem*», Weinberger 1971, 399 ff. och 423 ff.) som styr valet mellan olika konkurrerande normsystem. Varje människa har enligt Weinberger sitt eget sammanvägningssystem som dock kan påverkas av andras åsikter.

Kort sagt betraktar sig MacCormick och Weinberger som »rationalistiska icke-kognitivister» (MacCormicks inledning till MacCormick och Weinberger 1986, 8–9).

E DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONEN

När det gäller den juridiska argumentationen i rättsdogmatik och rättspraxis ansluter sig Weinberger visserligen till den väl kända distinktionen mellan ett värderingsfritt (teoretiskt) fastställande av rättsnormer och – å

andra sidan – rättens värderande (praktiska) vidareutveckling. Den senare verksamheten ger ingen kunskap om den förut befintliga rätten.

Den är emellertid inte heller helt godtycklig. De institutionalistiska rättspositivisterna anser att den praktiska argumentationen kan vara rationell. Den rationella argumentationen kan styra såväl personliga som mellanmänskliga problem som uppstår vid valet mellan olika handlingssätt. Förnuftet leder valet och begränsar dess godtycke.

Godtycke begränsas enligt Weinberger särskilt av hänsynen till rättens rika innehåll som inte blott omfattar de skrivna rättskällorna utan även det ändamålssystem och de rättsprinciper som ligger till grund för dessa. Vidare begränsas godtycke av kravet på logisk korrekthet (i synnerhet motsägelsefrihet) och av den juridiska argumentationens samhälleliga funktioner.

Enligt MacCormick begränsas godtycke ytterligare genom att argumentationens ändamål är att leda till acceptabla slutsatser. MacCormick uppställer vidare kravet på att man vid rättens värderande bearbetning måste framställa den som sammanhängande – koherent (MacCormick 1984, 235 ff.). Därmed menar han att man måste kunna förstå och förklara rättsnormerna i ljuset av generella principer. På så sätt förklaras t.ex. skadeståndslagen av sådana principer som att skada skall ersättas, avtalslagen förklaras av principen om att avtal skall hållas osv.

Förnuftet visar sålunda vilka handlingssätt som kan anses vara riktiga och motiverade. Men det bestämmer inte ett enda rätt svar på sådana frågor (MacCormicks inledning till MacCormick och Weinberger 1986, 8-9).

F VÄRDERINGSFRIHET OCH TEORIVAL

Den av MacCormick och Weinberger utvalda rättsteorin innehåller ett anspråk på att i enlighet med rättspositivismens tradition vara värderingsfri. Å andra sidan medger de institutionalistiska rättspositivisterna att *teorivalet* inte är värdeneutralt.

De utgår från tesen att rättsbegreppet är vagt och att man följaktligen får *välja* mellan flera olika rättsteorier, dvs. flera exakta tolkningar av detta begrepp – rättspositivistiska och naturrättsliga. MacCormick gör vidare gällande att det finns vissa bakomliggande värderingar som utgör skäl för teorivalet (eng. »*underpinning reasons*»; MacCormick 1978, 138).

Denna viktiga distinktion kan belysas av följande exempel. Antag att man väljer en värderingsfri – rättspositivistisk, inte naturrättslig – definition av gällande rätt. Gällande rätt kan t.ex. likställas med de normer

som faktiskt styr den organiserade och av tvång sanktionerade maktutövningen. Ett sådant teorival anses ibland säkerställa den viktiga möjligheten att kunna kritisera gällande rätt. Teorin bör alltså väljas under intryck av den värderingen att det är viktigt att kunna kritisera rätten. Eftersom kritiken *värderas* som viktig bör den *värderingsfria* rättspositivismen väljas.

G KRITIK

Dessa teser tycks vara helt riktiga, med två undantag.

1. Är grundvärdena inte objektivt påvisliga? De är i alla fall förankrade i vårt språk och i vår kultur. Man kan objektivt bestämma vilka grundvärden som på ett språkligt naturligt sätt kan beaktas vid en etisk avvägning. Dessutom *tvingar* vår etiska kultur oss alla att beakta vissa av dessa grundvärden. Jfr avsnitt 5.8 nedan.

2. Är den värderingsfria definitionen av gällande rätt den bästa? Så är fallet när det gäller att peka ut gällande lag och andra rättskällor i ett samhälle som inte utsätts för en extremt oetisk maktutövning. Detsamma kan sägas helt generellt om definitionens ändamål är att beskriva rättsregler ur en utomstående iakttagares synvinkel. Men värderingsfrihet är inte väl anpassad till juridisk argumentation i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning; jfr avsnitt 2.4.1D, 2.4.2, 2.7.2B och 2.8.4D-J nedan. Inte heller hjälper den värderingsfria definitionen vid bestämmandet av den bästa *tolkningen* av gällande lag.

H DEN INSTITUTIONALISTISKA POSITIVISMENS FÖRTJÄNST – INSIKTEN OM DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONENS KOMPLEXITET OCH DESS RATIONALITET

På två punkter framstår emellertid institutionalisternas lära som förtjänst. För det första har de insett hur komplex rättens struktur är. Rättsreglerna måste sålunda kompletteras med principer och ändamål. För det andra uppfattar de den juridiska argumentationen som rationell, framför allt underkastad kravet på logisk korrekthet.

Ändock är teorin ensidig, eftersom den saknar en närmare belysning av rättens nödvändiga samband med etiken.

2.3 Rätt och etik – om naturrättsläran

2.3.1 Inledning

A NATURRÄTTSLÄRAN BESVARAR FRÅGAN VARFÖR RÄTTEN BÖR FÖLJAS

Rättspositivismens svar på den normativa frågan varför rättsreglerna bör följas är sålunda mindre övertygande. Därför kommer naturrätten ständigt tillbaka, trots att den gång på gång dödförklarats av rättsfilosoferna.

Många förespråkare för naturrättsläran skiljer mellan den »positiva» rätten, som är given av den styrande makten, och den »verkligen gällande» eller »bindande» rätt som stämmer överens med naturrätten.

Följande antaganden utgör en möjlig precisering av denna tanke.

Av satsen »n är en ('verkligen') gällande rättsnorm» följer sålunda satserna »n är bindande», »n bör följas» och »n tillhör ett system av normer, vilket i stort sett stämmer överens med naturrätten».

De gällande rättsnormerna bör följas just därför att de tillhör ett system av normer, vilket i stort sett stämmer överens med naturrätten.

B NATURRÄTTEN OCH ETIKEN. VAGHETSPROBLEMET

Men vad menas med naturrätten?

Följande krav på naturrätten tycks vara allmänt godtagbara i ljuset av begreppets innebörd och dess användning.

Naturrätten omfattar särskilt viktiga etiska normer.

Inte alla etiska normer ingår i naturrätten. Därför har t.ex. följande distinktion gjorts. Etiken säger vad som är godtagbart (jfr det latinska orden *honestum* som bokstavligt betyder »ärligt»), medan naturrätten säger vad som är rättvist respektive riktigt (jfr det latinska ordet *iustum*; Mautner 1979, med referens till Thomasius).

Vidare framställs naturrättens normer i regel med anspråk på universell giltighet i tid och rum.

Den klassiska naturrättsläran grundade sig således på en idé om världens oföränderlighet. Det som var oföränderligt och nödvändigt var motsatsen till det föränderliga och tillfälliga. Detta gällde inte bara naturen utan också samhället. Allt som var gott och riktigt i människolivet var evigt. Sådana grekiska tänkare som Aristoteles gjorde således ingen skillnad mellan naturlagarna och människans lagar i samhället (rätten).

I detta sammanhang kan bl.a. det nordiska arvet nämnas. De medeltida isländska folkmötena syftade till att »återupprätta den gamla goda lagen». I själva verket rörde det sig om ett slags lagstiftning men denna förankrades i sedvanan och de etiska grundvärdena. Lagen förväntades ha en etisk grund och denna grund måste vara »gammal».

Naturrättens normer kan dessutom motiveras med stöd av påståenden om människans natur.

Naturrättslärans motståndare hävdar emellertid att de allmänt godtagbara kraven på naturrätten är *vaga*. Kunskapen om människans natur är enligt kritikernas uppfattning inte tillräcklig för att exakt kunna bestämma en detaljrik lista av viktiga, universellt giltiga och oföränderliga etiska normer som återspeglar människans natur. Vaghet medför oförenlighet med rättsstatens krav på rättens exakthet och rättstillämpningens förutsebarhet.

Olika förespråkare för naturrätten besvarar denna invändning genom att mer eller mindre exakt fastställa innehållet i naturrättens normer med stöd av vissa religiösa, begreppsliga eller empiriska argument.

C NATURRÄTTEN OCH MÄNNISKANS NATURLIGA ÄNDAMÅL

Vissa förespråkare för naturrättsläran hävdar dessutom att naturrätten återspeglar människans naturliga ändamål.

Teleologin var en annan genomträngande idé inom det grekiska tänkandet. Alla ting hade sina naturliga ändamål. De hade m.a.o sina naturliga ställen i världen, så är t.ex. stenens naturliga ställe i jorden. Därför faller stenen ner om man kastar den i luften. Grekerna förklarade tingens dynamik på detta sätt och det är därför lätt att förstå att deras teknologi var outvecklad jämfört med vår moderna.

Liksom allt annat i världen, i mikro- och makrokosmos, har människan enligt detta tankesätt sina naturliga ändamål. Dessa ändamål kan vara och är föremål för vår kunskap. Lagar är människans medel för att nå vissa naturliga mål fast lagar – såsom människans alster – är ofullständiga. Om lagen inte behandlar vissa frågor måste man försöka besvara dessa genom att upptäcka det naturliga ändamålet, telos. I de fall där lagen strider mot det naturliga ändamålet måste lagen träda tillbaka för det som är naturligt.

D THOMAS AV AQUINO

Dessa grekiska tankar glömdes bort i århundraden. De togs ändå upp av den s.k. skolastiska naturrätten. Thomas av Aquino, den store katolske filosofen, byggde sitt glänsande tankesystem på den aristoteliska traditionen. Hans konstruktion var naturligtvis religiös, men Aristoteles var den

viktigaste bakgrundsgestalten. Gud gav de yttersta målen för människan i sin eviga rätt. Människans förnuft är alltid bristfälligt och hon kan bara ofullständigt förstå Guds tankar. Fast Thomas av Aquino försökte ge så mycket utrymme för förnuftet som möjligt fanns det fotfäste också för tron. Den eviga (gudomliga) rätten kan en människa inte förstå fullständigt, hon kan bara tro på den. Men den del som människan förstår därav bildar den naturliga rätten.

Thomas' lära innehåller bl.a. följande rimliga påståenden, vilka *inte* står i något logiskt nödvändigt samband med det religiösa inslaget. Vår kunskap stöder sig på både sinnesupplevelser, vilka ger oss observationsdata, och dessas aktiva bearbetning med hjälp av förnuftet, vilket skapar olika begrepp och därmed möjliggör att vi uppfattar tingens väsen. Förnuftet gör det också möjligt för oss att kunna skilja mellan gott och ont. Den mänskliga naturen innefattar tre slags böjelser: till självbevarelse; till uppfyllelse av biologiska behov, t.ex. fortplantningen; och till uppfyllelse av rationella mål, såsom kunskap och respekt för medmänniskornas intressen. Förnuftet visar för oss att alla dessa böjelser är goda, förutsatt att de tillfredsställs inom rimliga gränser. Men varför är de goda? Först här kommer det religiösa inslaget. Ytterst är de goda, eftersom Gud kräver av oss att vi följer vår natur.

Thomas' rättslära stämmer överens med dessa åsikter. Den mänskliga rätten är bindande om, och endast om, den stämmer överens med naturrätten. Naturrätten, vilken vi känner från bibeln, återspeglar vissa delar av den eviga rätten, som i sin tur utgör Guds egen lag för världsordningen. Den eviga rätten är otillgänglig för det mänskliga förnuftet, därför behöver vi både naturrätten och den mänskliga rätten. Men å andra sidan är den eviga rätten så att säga inlagd i vår natur. Därför kan vi i viss mån följa den, såvida vi använder förnuftet.

(Några referenser till primära eller ens sekundära källor är i detta sammanhang överflödiga. Enkla framställningar finns t.ex. i Strömberg 1989, 16 ff. och Stone 1965, 51 ff. Se även Strömholm och Frändberg 1988, 27 ff. om Aristoteles och 71 ff. om Thomas av Aquino).

E EN NATURRÄTTSLÄRA UTAN RELIGION

Distinktionen mellan den jordiska, m.a.o. positiva, och den naturliga rätten behärskade sedan hela den medeltida rättsfilosofin. Under rationalismens period – särskilt under 1600- och 1700-talen – måste emellertid Gud vika undan för det mänskliga förnuftet.

Enligt rationalismen kunde människan alltid förstå och definiera vad som är naturligt, de naturliga ändamålen. Den tyske filosofen Christian Wolff byggde t.o.m. ett axiomatiskt system av naturliga lagar, en pyramid av människoförnuftet.

Sådana läror stöder sig på antaganden som på ett eller annat sätt är givna av förnuftet. Antagandena kan vara analytiska (dvs. redogöra för meningen av vissa begrepp) eller betraktas som uppenbara, godtagbara för varje människa vars åsikter bildar en sammanhängande helhet osv.

F NATURRÄTTSLÄRAN OCH SAMHÄLLSFÖRDRAGET

För Hugo Grotius, t.ex., var grundsatsen att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda)* den viktigaste naturrättsliga principen. Dessutom hade varje människa den naturliga rättigheten till sitt *suum*, dvs. sitt liv, sin kropp, sitt goda rykte, sin ära och sin handlingsfrihet. De människor som levde i det ursprungliga »naturtillståndet» avstod genom ett samhällsfördrag en del av sitt *suum* till härskaren. Dennes kompetens att stifta bindande lag grundade sig således på den »uppenbara» föreställningen om *suum* och på den likaledes »uppenbara» principen *pacta sunt servanda* (jfr Olivecrona 1969, 176 ff.; 1971, 275 ff.; 1973, 197 ff. och 1977, 81 ff.).

Olika samhällsfördragsteorier bildar ett permanent inslag i rättsfilosofins historia. De förekom långt före den klassiska naturrätten. Som exempel kan nämnas den bibliska berättelsen om avtalet mellan Jahve och Israels folk och de urgermanska föreställningarna om avtal mellan härskaren och folket (jfr Strömberg 1989, 15).

Rationalistiska naturrättsläror vinner en större trovärdighet om samhällsfördraget inte längre uppfattas som något historiskt faktum, utan som ett blott hypotetiskt avtal, kring vilket förnuftiga människor *skulle* enas om de hade befunnit sig i ett rättslöst »naturtillstånd». Den moderna naturrätten använder sig ofta av olika läror om ett hypotetiskt samhällsfördrag, jfr t.ex. avsnitt 5.5.3A och 6.1.5E–F nedan.

2.3.2 Om en modern naturrättslära

A NATURRÄTTSLÄRANS PÅNYTTFÖDELSE

Under vårt århundrade har naturrättsliga tankar förblivit levande på olika håll. I den katolska världen utgör Thomas av Aquinos tankar alltjämt den officiella filosofin. Naturrättsläran har ett visst fotfäste också i den anglo-amerikanska världen. Den mest inflytelserika moderna naturrättsläran härskade en kort period efter det andra världskriget i Tyskland. På det nazistiska rikets ruiner byggde vissa filosofer och jurister en lära om en »bättre» rätt, som inte hade något att göra med de grymheter som mäst genomlidas i 1930- och 40-talens Europa.

B ALFRED VERDROSS' TEORI

Den moderna naturrätten fick ändå anhängare redan före denna period. En av de mest intressanta tankegångarna formulerades av *Alfred Verdross*. Hans tankar ger ett exempel på hur man har försökt utveckla den moderna naturrätten.

Verdross förespråkade en försiktig version av en empirisk naturrättslära (jfr 1971, 92 ff.). Den består av fyra delar.

1. Den första delen – den »sociala moralen» – baserar sig på människors följande »primära strävanden»:

Alla vill leva. Fast olika omständigheter kan driva människor till självmord, är självbevarelsedriften något ursprungligt och naturligt.

Alla normala människor vill undgå att bli utsatta för skador, vare sig dessa riktar sig mot kropp, hälsa, heder eller förmögenhet.

Alla normala människor vill ha frihet att förverkliga sina avsikter och ingen normal människa vill tvingas att utföra handlingar som hon ogillar.

Alla normala människor vill slutligen förlita sig på andras hjälp då denna behövs.

Den s.k. sociala moralens grundprinciper är medel för att tillfredsställa dessa strävanden.

Den enskilde *bör* avhålla sig från att angripa andras liv.

Den enskilde bör avhålla sig från att tillfoga medmänniskorna några skador.

Den enskilde bör inte kränka andras handlingsfrihet, vare sig genom tvång eller hot.

Den enskilde bör hjälpa andra, om det är möjligt.

2. Den primära naturrätten innefattar normer, vilka följer av den sociala moralen och reglerar rättsliga frågor. Dessa är förbundna med rättigheter och kompetenser. Medan den sociala moralen omfattar olika slags skyldigheter, formulerar den primära naturrätten endast de skyldigheter som motsvarar motpartens rättigheter. Den primära naturrätten ger dessutom myndigheterna kompetens att tillgripa nödvändiga medel för att förverkliga de av den sociala moralen angivna målen.

Verdross anser att såväl den sociala moralen som den primära naturrätten är universella och eviga.

3. Den sekundära naturrätten åter preciserar hur de syften som ligger bakom rättsordningen och som formuleras av den primära naturrätten bäst skall förverkligas under givna samhälleliga förhållanden. Den sekundära naturrätten förändras och anpassas därför till nya fakta.

Innan kärnvapen uppfanns kunde sålunda det primära naturrättsliga målet att åstadkomma en internationell grannsämja ibland förverkligas genom krig. Det rättvisa kriget var följaktligen tillåtet enligt naturrätten. I den nukleära tidsåldern däremot kan ett krig enligt Verdross inte längre vara upphov till något värdefullt. Följaktligen förkastar han hela läran om rättvisa krig.

4. Verdross hävdar till sist att den *positiva rätten*, dvs. den effektiva tvångsordningen, endast är bindande i den mån den svarar mot naturrätten.

2.4 De klassiska lärornas otillräcklighet

2.4.1 Naturrättslärans och rättspositivismens problem. Kort om begreppet »prima facie»

A INLEDNING – FEM DISTINKTIONER

För att utvärdera kontroversen mellan rättspositivismen och naturrättsläran måste följande distinktioner beaktas.

Frågan om hur begreppet »gällande rätt» definieras är en sak, frågan om varför gällande rätt skall följas är en annan.

Frågan om en enstaka rättsnorms giltighet är något annat än frågan om hela rättssystemets giltighet.

Etablerad rätt såsom lagen och fast praxis gäller på ett sätt, den juridiska tolkningsverksamhetens produkter, såsom oskrivna rättsprinciper, på ett annat.

Juristens interna synvinkel skiljer sig från lekmannens externa uppfattning om rätten.

Juristens synsätt på rätten i ett normalt samhälle skiljer sig från hans uppfattning i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning.

B NATURRÄTTSLÄRANS PROBLEM

B1 Naturrättslärans definition av gällande rätt är inte tillfredsställande. Kunskapen om människans natur är alltför begränsad för att kunna bestämma en detaljrik naturrätt. Fast många av naturrättens anhängare uppfattar dess normer som »uppenbara» kan man tänka sig ett oräkneligt antal olika uppsättningar av rättsnormer vilka mer eller mindre motsvarar naturen.

Naturrättsläran kan därför inte uppfylla rättsstatens krav på rättens exakthet och rättstillämpningens förutsebarhet. Inte heller är den förenlig

med rättsstatens krav på att rättens giltighet i ett normalt samhälle skall vara oberoende av andra normer än positiv rätt.

Endast en mycket komplicerad filosofi kan följaktligen medge att det i någon mening finns en naturrätt, fast den inte exakt motsvarar några påtagliga fakta.

B2 Naturrättslärans svar på den normativa frågan varför rätten bör följas är logiskt tvivelaktigt. Naturrättsläran anser att den positiva rätten endast skall följas om den stämmer överens med naturrätten, och ytterst med människans natur. Men naturrättslärans alla arter kritiseras för att de felaktigt härleder normer och värdesatser ur påståenden om naturen. Åtminstone sedan *Hume* påstår många logiker att sådana slutledningar inte *kan* vara korrekta.

B3 Naturrättsläran brukar inte skilja mellan prima facie och slutgiltiga norm- respektive värdesatser. Den viktigaste invändningen gäller naturrättslärans överdrivna anspråk. Vissa norm- och värdesatser framställs som »uppenbara». Det anses t.ex. vara »uppenbart» att varje person har rätt till sitt *suum*, dvs. sitt liv, sin kropp, sitt goda rykte, sin ära och sin handlingsfrihet. Likaledes betraktas principen *pacta sunt servanda* som »uppenbar», osv. T.o.m. det kontroversiella steget från »vara» till »böra» betraktas ibland som »uppenbart», t.ex. om alla normala människor vill att handlingen H utförs, så anses det vara uppenbart att man bör utföra H. Olika filosofers teorier om det »uppenbara» har emellertid olika innehåll och olika motivering. Det »uppenbara» för den ena är högst tvivelaktigt för den andra.

För att jämka samman olika föreställningar om det uppenbara måste man införa den viktiga distinktionen mellan *prima facie* och slutgiltiga norm- respektive värdesatser. Det är i en viss mening »uppenbart» att man vid en etisk argumentation inte får ignorera sådana hänsyn som olika individers *suum*, principen *pacta sunt servanda* och det vad alla vill. Olika etiska *prima facie*-principer och värdesatser uttrycker sådana hänsyn; jfr avsnitt 5.8 nedan. Avvägning mellan olika sinsemellan konkurrerande värden och principer är emellertid ytterst beroende på personliga preferenser. Avvägningars och preferensers roll underskattas emellertid av naturrättsläran.

C KORT OM BEGREPPET »PRIMA FACIE»

Nyckelbegreppet »*prima facie*» spelar således ett avgörande roll vid kritiken av naturrättsläran. Vi kommer att se att dess roll är lika stor vid kritiken av rättspositivismen. Därför måste en viss precisering av detta begrepp införas redan på detta ställe.

Etiska (*prima facie-*) satser bestämmer således inte slutgiltigt att en handling skall utföras. De är blott etiska skäl. Följaktligen innebär satsen »det är *prima facie* obligatoriskt att göra H» detsamma som »det finns ett skäl för att göra H och detta skäl skall beaktas vid en etisk avvägning». Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl.

D RÄTTSPOSITIVISMENS PROBLEM

D1 Rättspositivismen är i princip korrekt när det gäller att beskriva enskilda lagar ur extern synvinkel. Rättspositivisterna avvisar tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är nödvändigt beroende av sambandet med någon form av naturrätt, rättvisa eller etik överhuvudtaget.

Rättspositivismens ståndpunkt är i princip korrekt när målet är att beskriva enskilda rättsregler ur en iakttagares *externa* synvinkel.

Det finns olika slags externa iakttagare. En utlänning vilken inte behöver leva i det ifrågavarande samhället finner det lätt att uppträda som iakttagare. Då en nazistisk förordning av 1941 berövade vissa judar tyskt medborgarskap kunde sålunda en utländsk iakttagare, exempelvis en svensk journalist, korrekt konstatera att judarna förlorat sitt medborgarskap *enligt den i Tyskland gällande rätten.* Den tyska rätten fastställdes då helt oberoende av etiken (jfr Alexy 1992, 53 ff.). Men även en person som lever i det ifrågavarande samhället kan bortse från sina vardagliga livserfarenheter och försöka uppfatta sitt lands rätt värderingsfritt, t.ex. med anspråk på att bedriva empirisk sociologi.

D2 Juristens interna synvinkel – definitionsfrågan och extrema orättvisor. I ett normalt samhälle är rättspositivismens svar på definitionsfrågan »vad är gällande rätt» dessutom utan tvekan väl anpassad till rättsstatens krav på exakthet och förutsebarhet. Så snart etiken blandas in i argumentationen blir dess resultat mindre beräkneligt. Juristerna brukar därför ta för givet att en i behörig ordning stiftad lag är gällande. Därför hyser så många jurister en positivistisk uppfattning om rättens *definition*, trots att de samtidigt godtar den etiska *argumentationens* stora roll i juridik. I ett normalt samhälle får en juridisk argumentation endast i fåtaliga undan-

tagsfall motivera slutsatsen att en korrekt stiftad bestämmelse inte är gällande. Frågan om en lag är gällande görs normalt helt beroende av dess grundlagsenliga tillkomstsätt och eventuellt av dess materiella förenlighet med grundlagen (lagprövning). Grundlagens giltighet tas då för given.

Vid en närmare eftertanke måste emellertid varje jurist medge att t.ex. följande fråga kan ställas ur en *intern* synvinkel: »visserligen var de tyska judarnas medborgarskapsförlust 1941 lagenlig, men var denna lag *gällande* rätt?» (jfr Alexy 1989b, 174 ff. och 1992, 53 ff.). Frågan måste besvaras på ett icke-positivistiskt sätt, nämligen med stöd av juridisk argumentation som innefattar en etisk värdering. En jurist än nämligen ingen passiv iakttagare, utan han *deltar* i sitt lands rättsliv. Därför kan han ifrågasätta extremt orättvisa lagars giltighet.

Den positivistiska definitionen av gällande rätt är alltså korrekt i ett normalt samhälle, men den leder vilse i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning.

Ett förnuftigt svar på frågan om det ifrågavarande samhället är normalt eller utsatt för extremt oetisk maktutövning beror förvisso på avvägning mellan olika skäl och motskäl. Denna avvägning överskrider emellertid gränserna för *juristens* interna synvinkel. Närmare bestämt måste den betecknas som *etisk* i vidsträckt bemärkelse, se avsnitt 1.6.2C ovan.

D3 Rättspositivismen har fel när det gäller att fastställa den tolkade rättens giltighet. I ett normalt samhälle är den rättspositivistiska definitionen således korrekt när det gäller samhälleligt etablerad rätt, såsom lag och etablerad praxis. Men begreppet »gällande rätt» avser även något annat, nämligen *tolkad rätt* (jfr Peczenik 1984, 97 ff.), däribland oskrivna rättsprinciper. Eftersom juridisk tolkning inte kan rensas från etiska värderingar (se kapitel 3 och 4 nedan) går det inte heller att värderingsfritt fastställa tolkningsprodukters giltighet.

D4 Rättspositivismen är korrekt när det gäller att i ett normalt samhälle juridiskt besvara frågan om en rättsregel skall följas. Att rätten är gällande betyder också att den skall följas. Frågan »är denna lag gällande?» kan i många sammanhang bytas ut mot frågan »skall denna lag följas?».

Rättspositivismens ståndpunkt är korrekt när målet är att i ett normalt samhälle besvara den sistnämnda frågan ur juristernas interna synvinkel. Ingen svensk jurist fördjupar sig dagligen i naturrättens frågeställningar. Att en lag skall följas tas normalt för givet. Lagprövningsinstitutet spelar

liten roll i Sverige. Det är bestämt av grundlagen, helt oberoende av naturrätten. Grundlagens giltighet tas då för given. En positivistisk rättsfilosof kan endast tillägga att grundlagens bindande kraft härleds av grundnormen eller igenkännings- och erkännanderegeln. Men detta svar innebär egentligen inget mer än att »rätten skall följas eftersom vi jurister har en benägenhet att tro att den skall följas».

D5 Rättspositivismen har fel när det gäller att besvara frågan om rätten skall följas i ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning. I ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning är emellertid läget ett annat. Då en nazistisk förordning av 1941 berövade vissa judar tyskt medborgarskap kunde sålunda en tysk jurist korrekt konstatera att denna förordning tillkom i behörig ordning, nämligen i överensstämmelse med den tyska grundlagen. Om bedömningen helt rensades från etiska synpunkter var sålunda förordningen att anse som juridiskt bindande, dvs. som en sådan som skall följas. Ändå kunde juristen anföra etiska skäl för att ifrågasätta den *rättsliga* skyldigheten att följa förordningen.

2.4.2 *Vissa generella argument för och mot en positivistisk bestämning av begreppet »gällande rätt»*

A AVVÄGNING SOM BESTÄMMER ETT TEORIVAL

Det ovan sagda kan även uttryckas så här. Åtskilliga argument talar visserligen *för* en »värderingsfri» bestämning av begreppet »gällande rätt». De kan emellertid bemötas med viktiga *motskäl*. Ett förnuftigt val mellan en positivistisk och en icke-positivistisk rättsteori beror följaktligen på avvägning mellan dessa skäl och motskäl. Denna avvägning överskrider gränserna för *juristens* interna synvinkel. Fråga om teorivalet är inte juridisk utan den måste besvaras genom den generella praktiska argumentationen. Denna argumentation kan betecknas som etisk i vidsträckt bemärkelse.

B SPRÅKBRUKSARGUMENTET

Det är visserligen språkligt naturligt att beteckna den nazistiska regeln som en gällande (om än extremt oetisk) *rätts*regel. Men uttrycket »gällande rätt» är vagt. Man kan både påstå och förneka att t.ex. Hitlers eller Pol Pots »ordning» utgjorde gällande rätt. Dessutom kan en domare genom en etisk lagtolkning eliminera en sådan regel ur rättsordningen. Följaktligen är det minst lika naturligt att hävda att den nazistiska regeln endast *prima*

facie är gällande, men i ljuset av en riktig lagtolkning ändå inte rättsligt gällande (jfr Alexy 1992, 72 ff.). Vid en närmare analys måste man beakta de ovan gjorda distinktionerna, såväl mellan den externa och den interna synvinkeln som mellan det normala samhället och ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning.

Sådana normativa ord som »bör» används dessutom både i etiken och i rätten. Den rättsliga och den etiska argumentationen *måste* följaktligen ha åtminstone en gemensam egenskap, nämligen normativ karaktär. MacCormick (1981, 161) har betecknat detta förhållande som »ett nödvändigt begreppsligt samband» mellan rätten och etiken.

Detta samband medför att det icke-positivistiska språkbruket är minst lika naturligt som det positivistiska. Det gäller såväl begreppet »gällande rätt» som ett antal andra juridiska grundbegrepp. »Retfærdighed, pligt, ansvar, skyld og straf er eksempler på ord, der i almindelighed, selv af børn, anvendes meningsfuld, men i den realistiske retsteori (och i den rättspositivistiska rättsteorin – AP) tillæges en speciel videnskabelig mening. De ord, teorien ikke har kunnet gøre moralsk neutrale, er blevet erklæret uvidenskabelige. Problemet er imidlertid, at disse ord netop er karakteriseret ved deres moralske indhold, og derfor fremstår som meningsløse, hvis det moralske indhold bortanalyseres» (Høilund 1992, 246-7).

Till sist utgör såväl rätten som etiken handlingsskäl. Om rättens och etikens krav inte kan uppfyllas på en och samma gång är två utvägar rimliga, att försöka finna en motiverad prioritetsordning mellan de konkurrerande kraven, eller att t.ex. genom tolkning försöka anpassa rätten och etiken till varandra. Anpassningsbehovet kan tänkas påverka själva begreppet »gällande rätt». Därför är det språkligt möjligt att hävda att ett normsystem som uppvisar många kännetecken på en rättsordning men genomgående är extremt oetiskt inte bildar någon gällande rätt.

C ENKELHETSARGUMENTET

Det positivistiska språkbruk som betecknar den nazistiska regeln som en gällande *rätts*regel är visserligen enklare; men andra argument kan ändå visa att en mer komplex begreppsbildning är bättre (jfr Alexy 1992, 75 ff.).

D EFFEKTIVITETSARGUMENTET

Vissa rättsteoretiker, däribland Kelsen och Hart, har uppfattat det positivistiska språkbruket som en nödvändig förutsättning för att gällande rätt underkastas en etisk kritik. Om all rätt måste vara etisk kan sålunda rätten

inte kritiseras som oetisk (se avsnitt 2.2.2C och 2.2.3C ovan). Men även om ett nödvändigt samband mellan begreppen »rätt» och »etik» medges *kan* man kritisera gällande rätt. Sambandet kan nämligen uppfattas enligt följande. Endast genomgående och extremt oetiska normsystem *klassificeras* som rättsligt sett överhuvudtaget inte gällande. Om ett normsystem uppfattas som gällande rätt kan det följaktligen inte vara genomgående och extremt oetiskt. Ändå kan dess normer kritiseras, dvs. *kvalificeras* (Alexy 1992, 48 ff.) som oetiska och orättvisa. Följande alternativ står nämligen till buds.

1. Alla *gällande* rättssystem innehåller vissa etiskt tvivelaktiga normer. Dessa kan kritiseras utan att några negativa värdeomdömen för den skull behöver uttalas om hela rättssystem. På så sätt kan t.ex. vissa svenska skattelagar angripas.

2. Vissa *gällande* rättssystem innehåller extremt oetiska normer, så pass väsentliga, att vägande kritik kan riktas mot dessa rättssystem som sådana. På så sätt kan t.ex. olika diktaturstaters rättsordningar kritiseras utan att man tvivlar på deras karaktär att vara gällande rätt.

3. Ett sådant system skulle förlora sitt karaktär av gällande rätt endast om det hade varit *genomgående* och extremt oetiskt.

Det positivistiska språkbrukets dominans i en sådan stat som Nazityskland kan göra det svårt att efter förtryckarregimens sammanbrott åtala de lydiga domarna. Dessa kan nämligen hävda att de endast tillämpade gällande rätt och att åtalet innebär en retroaktiv förföljelse. Hade å andra sidan det icke-positivistiska språkbruket dominerats, enligt vilket extremt oetiska föreskrifter saknar rättslig giltighet, skulle en tysk jurist som tillämpade ett sådant föreskrift sakna denna försvarsmöjlighet. Risken för att han senare åtalas för delaktighet i regimens förbrytelser skulle då öka och måhända verka avskräckande (jfr id. 80 ff.).

E DEMOKRATIARGUMENTET

Det kan vidare hävdas att det icke-positivistiska språkbruket är odemokratiskt. Rättslig giltighet borde göras beroende endast av en demokratisk lagstiftningsprocedur, inte av en privat rättvisebedömning. Å andra sidan kan demokrati inte likställas med den lagstiftande församlingens obegränsade makt. Demokrati innebär dessutom ett hänsynstagande till grundläggande rättigheter och kravet på materiell rättssäkerhet (jfr Alexy 1992, 94 ff. och avsnitt 1.5 ovan).

F ONÖDIGHETSARGUMENTET

Det icke-positivistiska språkbruket kan också bedömas som onödigt. Om den positiva rätten, inte minst grundlagen, innehåller garantier mot olika slags diskriminering och annan extremt oetisk maktutövning behöver juristerna ingen etiskt färgad rättsfilosofi. Så må det vara fallet, men en sådan rättsfilosofi behövs desto mer i ett mindre lyckligt samhälle, sådant som t.ex. Nazityskland (jfr Alexy 1992, 98 ff.).

G REDLIGHETSARGUMENTET

Dessutom kan följande hävdas. Att under intryck av det icke-positivistiska språkbruket hålla t.ex. nazistiska domare eller östtyska gränsvakter ansvariga för att ha tillämpat dåvarande lagstiftning innebär en fördold retroaktivitet, ohederlig mot dem som var tvungna att verka i det oetiska samhället. Å andra sidan var de gärningar som dessa gjorde sig skyldiga till så pass oetiska att åtalsrisken knappast kunde ha varit fördold. De som tillämpade en extremt oetisk föreskrift visste väl vad de gjorde och kunde inte bli förvånade över påföljderna (jfr Alexy, a.a. 101 ff.). Angående skuldfrågan i detta sammanhang, jfr Alexy 1993b, 36 ff.

I ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning måste följaktligen en jurist gå över den gräns som normalt skiljer juridiken från den allmänna debatten. Han måste nämligen beakta det faktum att den ifrågavarande förordningen är extremt orättvis, m.a.o. extremt oetisk.

H RÄTTSSÄKERHETSARGUMENTET

Det viktigaste argumentet gäller rättssäkerhet. Man kan hävda att det är lättare att bestämma att en föreskrift har stiftats i behörig ordning än att bedöma om den är oetisk. Det positivistiska språkbrukets dominans främjar följaktligen beräkneligheten av rättsliga beslut. Man vet att domstolarna kommer att följa stiftad lag, punkt och slut. Den positivistiska uppfattningen om gällande rätt anses därför ofta bättre uppfylla såväl rättssäkerhetskravet som det vetenskapliga precisionskravet än dess konkurrenter. Men denna argumentation kan bemötas.

H1 Precisionsfrågan. För det första är det rättspositivistiska språket exakt endast när det gäller vissa triviala frågor. Man kan t.ex. tämligen exakt beskriva hur man finner de lagar som gäller i Sverige. Så snart frågorna blir mer teoretiska minskar emellertid precisionsgraden påtagligt. För att besvara frågan vilka normer som ingår i en rättsordning laborerar således

rättspositivisterna med sådana svårtolkade termer som »suveränens befallning», »statens vilja» (jfr avsnitt 2.2.1 ovan), »grundnorm» (jfr avsnitt 2.2.2) eller »igenkänningsregel» (avsnitt 2.2.3). Inte heller höjer den positivistiska rättsuppfattningen lagtolkningens precisionsgrad: Lagtolkning i svåra fall påverkas av etiska avvägningar – helt oavsett frågan om lagtolkaren är eller inte är en rättspositivist.

H2 Frågan om materiell rättssäkerhet. För det andra måste den *formella* rättssäkerheten i vissa fall vika för andra värden (jfr Alexy 1992, 90 ff.). I själva verket är det formella rättssäkerhetsbegreppet, som åsyftar den på formellt korrekt lagstiftning baserade förutsebarheten av rättsliga beslut (utan något krav på rättvisa), mindre lämpligt än det materiella, vilket innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till en sådan förutsebarhet och andra etiska hänsyn (jfr avsnitt 1.6.3 och 1.6.4 ovan).

Liknande synpunkter kan utvecklas för att bemöta följande *konsensusargument.* »Al den stund det kan være svært nok at nå til enighed om, hvad der er *gældende ret,*, er det næppe grund til at komplicere den retlige problemstilling ved at tillføje et diffust krav om, at gældende ret skal leve op til visse etiske minimumskrav. Gør man det, fortoner konsensus om retstilstanden sig uvægerligt som et uppnåeligt ideal» (Gram Jensen 1991, 88).

Visserligen underlättar det positivistiska språkbruket konsensus om den gällande rättens innehåll. Men denna fördel är dyrköpt. I ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning består priset av juristernas passiva lydnad. Dessutom är konsensus om etiska värden knappast ouppnåelig. Det finns en stor enighet bland olika människor – åtminstone inom den västerländska kulturkretsen – om att vissa *fakta* är preliminära kännetecken på att man etiskt sett *bör* (respektive får) handla på ett visst sätt; att en handling är etiskt god respektive ond, att en individ är en etiskt god respektive ond människa, m.m. Olika etiska *prima facie*-principer och värdesatser kan stödas på denna enighet, jfr avsnitt 5.8 nedan. Avvägning mellan olika sinsemellan konkurrerande värden och principer är visserligen ytterst beroende på personliga preferenser men enskilda individer kan motivera sina avvägningar.

För övrigt förtjänar Gram Jensens kritik inget bemötande. I stället för att argumentera upprepar författaren ett antal väl kända »rättsrealistiska» dogmer och försöker förlöjliga andras åsikter; jfr Højlund 1992, 138.

I RELATIVITETSARGUMENTET

Det kan till sist hävdas att det icke-positivistiska språkbruk som gör gällande rätt beroende av en rättvisebedömning *måste* vara oklart och oberäkneligt, eftersom all sådan bedömning är relativ: den ovannämnda nazistiska föreskriften var kanske rättvis i ljuset av den nazistiska moralen.

En sådan relativism är emellertid oriktig, eftersom rättvisebedömningar är rationellt motiverbara, medan den nazistiska »moralen» inte är det (jfr Alexy 1992, 92 ff. och avsnitt 5.9 nedan).

Niklas Luhmann har i anslutning till tesen om etikens obestämdhet (1993, 522 ff. osv.) förkastat »föreställningen att moralen omedelbart kan gälla inom rättssystemet» (id. 78). Inte heller har han accepterat den sedvanliga rättspositivismen, utan i stället hävdat helt riktigt att såväl naturrättsliga som rättspositivistiska »självbeskrivningar» av rättssystemet är behäftade med ett antal problem. »I det förra fallet ligger bristen i att det saknas giltighetsgrund för att välja mellan kolliderande principer. I det senare fallet ligger den i att det saknas ett ytterst rättfärdigande för det som används som gällande rätt» (id. 529).

Luhmanns slutsatser är följande.

- Domaren kan förvisso åberopa etiska grunder men dessa är inte hållbara utan de blott döljer rättssystemets oberoende från etiken (jfr id. 532).
- En extern, systemteoretisk beskrivning är det enda sättet att lösa sådana problem (jfr id. 496–549).
- »Förnuftsteori och positivism är... självbeskrivningar av rättssystemet» (id. 527) medan »den externa beskrivningen kan nöja sig med att fastställa: så är det» (id. 529). De yttersta frågorna (*die Letztfragen*) måste översättas från 'vad'-formen till 'hur'-formen. Man frågar då inte mer: vad säger förnuftet? eller: vad gäller som positiv rätt...? Utan frågan lyder nu: Hur gör systemet det det gör?» (id. 533).

Luhmanns teori kan kritiseras.

- Förvisso är moralvärdering av många konkreta företeelser omstridd, eftersom den innebär en avvägning av olika sinsemellan konkurrerande värden. Etikens grundvärden, såsom liv, egendom, frihet m.m. är emellertid allmänt godkända; jfr avsnitt 5.8.2 nedan.
- I extrema fall föreligger dessutom en klar enighet i fråga om en sådan avvägning. I den västerländska kulturkretsen kan endast få människor allvarligt mena att t.ex. dödsskjutningar vid Berlinmuren inte var etiskt förkastliga (jfr Alexy 1993b *passim*).
- En viss kritik måste riktas mot Luhmanns tes att de juridiska rättsteorierna – såväl förnuftsrättsliga som rättspositivistiska – »endast» är självbeskrivningar som »döljer» någonting, medan de yttersta frågorna om rätten måste besvaras

genom en extern beskrivning. Förvisso måste juristernas självbetraktelse ske från en utgångspunkt som inte betraktas. I sitt vardagliga arbete undersöker t.ex. juristerna inte frågan om grundlagarnas giltighetsgrund, utan de brukar ta deras giltighet för given. Men en rättsteoretiker kan *utvidga* juristernas interna synvinkel och besvara de dolda frågorna; jfr avsnitt 2.2.2E1 ovan om Kelsens grundnorm. Inom Luhmanns teori måste däremot juridikens yttersta frågor »översättas»; i stället för rättssystemets giltighetsgrund undersöks t.ex. dess funktioner och strukturell koppling till andra system. Den externa iakttagaren ställer sålunda andra frågor än juristen. Därför får han andra svar. Juristen fortsätter att fråga, inte för att dölja något utan för att skaffa sig juridisk kunskap om rätten.

J SLUTSATSEN: TREDJE RÄTTSTEORI?

Rättspositivismens problem kan emellertid inte dölja naturrättslärans ovan angivna svagheter. En genomläsning av de klassiska lärorna om gällande rätt lämnar sålunda läsaren förvirrad. Denne får intrycket att lärorna slagit ut varandra. Det behövs därför en »tredje rättsteori», en rimlig avvägning mellan rättspositivismens och naturrättslärans olika insikter. En sådan teori måste undvika naturrättslärans vaghet och dess filosofiska svagheter. Samtidigt måste den medge rättens nödvändiga samband med etiken. Den bör m.a.o. främja den materiella rättssäkerheten.

Rättssäkerhetstes 2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en rättsteori bättre ju effektivare den bidrar till att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning är rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

2.4.3 En »vetenskaplig» metateori som rättspositivismens sista räddningsförsök

De ovan angivna problemen tvingar många inflytelserika rättspositivister till en indirekt strategi. Deras rättsteori förflyttas till en »meta»-nivå. M.a.o. försöker de inte längre direkt bestämma begreppet »gällande rätt». I synnerhet uttalar de inte direkt vad som är gällande rätt i ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning. Inte heller försöker de bestämma den bästa lagtolkningen. I stället hänvisar de till domarnas och myndigheternas åsikter och uppfattningar angående dessa frågor. Rättspositivisterna inser förvisso att domstolarnas och myndigheternas praxis inte kan uppfylla kravet på någon helt exakt och värderingsfri bestämning av begreppet »gällande rätt». De hoppas emellertid att kraven på exakthet

och värderingsfrihet uppfylls av en »vetenskaplig» beskrivning av denna praxis.

David Lyons t.ex. medger att myndigheterna kan tolka rättsreglerna i ljuset av etiken och uppfatta ett visst samband mellan reglerna och etiken som ett »test» för reglernas rättsliga giltighet. Men detta »test» är enligt Lyons' tolkning av *Harts* teori relevant endast om det godtas av mydigheterna (jfr avsnitt 2.2.3C ovan). Testet har det innehåll som myndighetspersoner ger det – och detta innehåll kan fastställas av en rättsteoretiker, utan att han *själv* inom sin rättsteori fäller några etiska omdömen.

Den av *MacCormick och Weinberger* utvalda rättsteorin innehåller ett liknande anspråk på att i enlighet med rättspositivismens tradition vara värderingsfri (jfr avsnitt 2.2.4F ovan). Endast *teorivalet* men inte rättsteorin i sig får enligt deras uppfattning påverkas av vissa bakomliggande värderingar.

Enligt *Alf Ross* bör man likaledes skilja på rättsvetenskapliga och icke vetenskapliga utsagor om gällande rätt. De förra uttalas av rättsvetenskapsmän, de senare av t.ex. domare, vilka känner sig bundna av lagen och andra rättskällor, jfr avsnitt 2.1.3F ovan. Rättsvetenskapsmän uttalar sig värderingsfritt om det hur domarna fäller sina värdeomdömen.

En sådan »meta»-positivism är emellertid värdelös för domaren. För denne är det inte viktigt att få kunskap om rättspositivisternas hypotes om att han kommer att uttala vissa värderingar, utan det för honom viktiga är att få ett direktiv om hur han *bör* värdera rättsliga problem.

Hänvisningen till myndighets- och domstolspraxis är tillika behäftad med en cirkelresonemang. Vad är egentligen en domstol? Det är svårt att definiera en domstol utan att nämna gällande rätt. Ytterst sett är vissa regler gällande rätt p.g.a. sitt samband med domstolarna och dessa är domstolar p.g.a. sitt samband med gällande rätt; se avsnitt 2.1.3F–M ovan.

Genom teorins förflyttning till »meta»-nivån skänker dessutom rättspositivisterna myndigheternas praxis en nyckelställning genom att låta denna i svåra fall helt fritt bestämma vad som är gällande rätt. Hade denna variant av rättspositivismen godtagits av alla, skulle den öka domstolarnas och de verkställande myndigheternas makt, medan lagstiftningen skulle förvandlas till en mer eller mindre uddlös övertalning. En sådan maktdelning skulle vara svårförenlig med den demokratiska rättsstatens krav; jfr avsnitt 2.1.3N ovan.

Till sist: teorins förflyttning till »meta»-nivån gör den inte heller särskilt exakt. Harts centrala begrepp »igenkänningsregel» är t.ex. oklart

och omstritt (se avsnitt 2.2.3B4 ovan). Detsamma gäller Ross' begrepp »överindividuell gemensam ideologi» (jfr avsnitt 2.1.3K ovan). Bristande exakthet underminerar rättspositivismens existensberättigande som ett alternativ till naturrättsläran. Förvisso kan naturrättsläran inte uppfylla rättsstatens krav på rättens exakthet och rättstillämpningens förutsebarhet. Men inte heller rättspositivismen är särskilt framgångsrik i detta avseende.

2.5 Gällande rätt – ett system av normer, handlingar och värden

2.5.1 Hur skall begreppet »gällande rätt» analyseras?

A BESKRIVNING OCH VÄRDERING

Jag kommer sålunda att framlägga en annan teori om begreppet »gällande rätt». Låt mig emellertid inledningsvis ange vissa allmänna villkor som denna teori kommer att uppfylla (jfr Peczenik 1966, 13 ff.).

Teorin kommer att innehålla en precisering av det vaga begreppet »gällande rätt». Den kommer m.a.o. att utveckla en viss rimlig tolkning av begreppet, och skära bort dess andra möjliga tolkningar (jfr Evers 1970, 39 ff.).

Teorin om »gällande rätt» kommer följaktligen att försöka finna vissa allmänna konstateranden som sammanfattar etablerad rättspraxis och etablerat språkbruk, men kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på dessa.

Prawitz (1985, 28 ff.) har konstaterat detsamma om rättsvetenskapen: »Rättsvetenskapsmannen söker hitta allmänna principer som ligger bakom lagstiftningen inom ett område och som sammanfattar etablerad rättspraxis, men kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på rättspraxis... Vi har en i god mening cirkulär process av principiellt samma slag som återfinns inom många områden såsom etikens och logikens».

Teorin om »gällande rätt» kommer följaktligen att innehålla både vissa deskriptiva (teoretiska, beskrivande, bl.a. språkbruksbeskrivande) och vissa praktiska (värderande, normativa, stipulativa) element.

En renodlad språkbruksbeskrivande (lexikalisk) definition skulle ge besked om hur begreppet »gällande rätt» faktiskt används, bl a av juristerna. En renodlad

stipulativ definition skulle i stället föreslå ett nytt sätt att använda begreppet. Jfr Evers 1970, 34 ff.

B MOTSÄGELSEFRIHET OCH SAMMANHANG (KOHERENS)

Den eftersträvade teorin bör även vara motsägelsefri (jfr Wedberg 1951, 257) och så sammanhängande som möjligt, bl.a. relativt generell, väl motiverad och språkligt konsekvent.

Det sistnämnda kravet innebär att den bör fastlägga en bestämd tolkning av begreppet »gällande rätt» och hålla fast vid denna tolkning.

C TEORINS KÄRNA: JURISTENS INTERNA SYNVINKEL I ETT NORMALT SAMHÄLLE

Antaget att kraven på motsägelsefrihet och inre sammanhang (koherens) är uppfyllda bör vår teori i så stor utsträckning som möjligt följa juristernas vanliga uppfattning i fråga om

- vilka regler och andra ting som bildar gällande rätt, och
- vilka egenskaper som gällande rätt måste ha.

Teorin syftar inte i första hand på gemene mans språkbruk, inte heller på begreppets särskilda användningar i t.ex. rättssociologi.

Med språkbruket menas här inte blott användning av orden »gällande rätt», utan även användning av andra därmed sammanhängande ord som »lag», »bindande rättsregel», »rättskällor» m.fl.

Det problematiska ligger i att språkbruket *inte* uppfyller krav på motsägelsefrihet och konsekvens. Det uttalas olika logiskt oförenliga ting om gällande rätt. Vissa normer betraktas som gällande om de skapats i behörig ordning, oavsett huruvida de tillämpas av domstolar. Ibland antas, att gällande rätt omfattar de normer som tillämpas av domstolar, oavsett om de skapats i behörig ordning. Ofta görs gällande att begreppet »gällande rätt» inte har något samband med etisk godtagbarhet; i vissa fall antas emellertid, att endast etiskt godtagbara normer är gällande.

Vissa rättsteoretiker (t ex Jörgensen 1970, 6 ff.) anser t.o.m. att någon rimligen exakt definition av rättssystemet inte är möjlig.

D TEORINS PERIFERI

Juristens interna synvinkel i ett normalt samhälle bildar sålunda teorins centrala föremål. Å andra sidan bör vår teori kunna utsträckas på två olika s.a.s. perifera föremål, nämligen

- juristens interna synvinkel på rätten i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning; och

– gemene mans interna synvinkel på rätten i det egna samhället, oavsett om detta är normalt eller utsatt för extremt oetiskt maktutövning.

E TEORETISKT INTRESSE

Antaget att de ovanstående kraven är uppfyllda bör vår teori ytterligare i så stor utsträckning som möjligt hjälpa till att besvara teoretiskt intressanta frågor.

Det teoretiskt intressanta kan gälla olika saker.

Begreppet »gällande rätt» kan t.ex. sättas i samband med en normativ teori som uppställer måttstockar för rätt och fel i juridisk argumentation. En sådan teori utvecklas i det förevarande arbetet.

Begreppet kan dessutom ingå i en förklarande teori om rättens samband med andra samhälleliga företeelser och politiska institutioner (jfr Raz 1982, 107 ff. och 122 ff.).

Begreppet kan även analyseras i samband med olika filosofiska antaganden, t.ex. om värdeomdömens karaktär, verklighetens beskaffenhet m.m. I detta sammanhang kan man t.ex. behandla den av uppsalaskolan ställda frågan, huruvida begreppet »gällande rätt» betecknar något verkligt. (Uppsalaskolans frågeställningar är således teoretiskt relevanta, men dess i högsta grad skeptiska svar på frågorna måste i regel förkastas, se avsnitt 5.3 nedan).

2.5.2 Gällande rätt – komponenter

Avsnitt A–C nedan bygger på en framställning författad av *Aulis Aarnio*, se Peczenik m.fl. 1990, 9 ff.

A RÄTTEN SOM ETT NORMSYSTEM

Under olika tider och i olika kulturer har rätten uppfattats på olika sätt. Enligt ett synsätt har rätten betraktats som ett normsystem. Rättsnormerna utgör förebilder eller måttstockar för medborgarna och juristernas roll i samhället är att klargöra vilka regler som skall efterlevas. Medborgarnas handlande kvalificeras som rättsenligt eller rättsligt med hjälp av rättsnormer.

B RÄTTEN OCH MAKTEN

Lika vanligt är att se rättsliga institutioner som instrument för maktutövning. Så har rätten analyserats bl.a. i olika statsvetenskapliga teorier. Den

utomstående betraktarens perspektiv har anlagts och rätten har undersökts som ett slags empiriskt fenomen.

C RÄTTENS KOMPLEXITET

Rätten är emellertid inte enbart ett maktinstrument och inte heller uteslutande ett normsystem. Rätten och samhällets maktstrukturer påverkar varandra ömsesidigt.

Förklaringar som endast uppmärksammar rättens maktfunktioner är alltså lika ensidiga som analyser av rätten i rent normativa termer – rätten som ett rent normsystem.

D NÄRMARE OM RÄTTENS KOMPONENTER

Gällande rätt utgör ett system eller ett komplex av sammanhängande komponenter, vissa fysiska och psykiska, andra begreppsliga.

Två slags komponenter intar en central ställning: 1) vissa normer; och 2) vissa handlingar som står i olika slags samband med normerna (jfr Klami 1980, 12; Peczenik 1984, 97 ff.). Normer skapas genom handlingar, dvs. lagstiftning och praxis. En norm kan även reglera och orsaka eller påverka olika handlingar av såväl enskilda som rättstillämpande myndigheter.

Det finns även vissa sekundära komponenter, nämligen (1a) rättsligt relevanta värden som förklarar och rättfärdigar rättsnormerna och (2a) psykiska upplevelser som står i ett samband med handlingarna.

Normer, värden, handlingar och psykiska upplevelser förekommer självfallet inte blott i gällande rätt utan även på andra områden, såsom etiken och språket. I gällande rätt har de emellertid vissa speciella egenskaper.

Denna teori bygger på den i polsk rättsteori inflytelserika distinktionen mellan rättens tre »nivåer»: handlingar, psykiska upplevelser och normer (jfr Lande 1959, 913 ff., författad 1953/4 och en kort anmärkning på s. 149 ff., skrivna 1925). Ofta tilläggs en fjärde nivå, den axiologiska (etiska). Nivåerna kan uppfattas ontologiskt, kunskapsteoretiskt eller/och metodologiskt. Jfr Lang, Wróblewski och Zawadzki 1979, 31; Opalek och Wróblewski 1969, 983–995 och Wróblewski 1969, 996–1006. Ziembinski 1980, 76 har reducerat nivåerna till två aspekter: den formella och den reella.

Liknande åsikter har uttryckts även i andra sammanhang. Låt mig ge vissa exempel. Radbruch 1950, 123 har gjort gällande (inom en teori som först publicerades 1914), att »*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen*»: rätten är den verklighet vars mening är att tjäna rättsvärdet, rättsidén. Reale 1962, 343 ff och Recaséns Siches 1959, 159 (jfr Laakso 1980, 291 och 299) har uppfattat rätten som ett komplex av fakta, värden

och normer. Hall 1947, 313 och 1973, 54-77 (jfr Laakso 1980, 303) har skrivit om en helhet som består av ett värde, ett faktum och en idé (form). Sethna 1962, X (jfr Laakso 1980, 306 n. 122) har hävdat att rätten kan studeras historiskt, filosofiskt, komparativt, analytiskt, sociologiskt och teleologiskt.

Dessa komponenter bildar tillsammans den samhälleligt etablerade rätten. Denna rätt är ett institutionellt faktum (se avsnitt 2.6.4 och 2.6.8 nedan). Men begreppet »gällande rätt» är dubbeltydigt och avser även något annat, nämligen *tolkad rätt* (jfr Peczenik 1984, 97 ff.).

Tolkningsprocessen omfattar psykiska upplevelser och handlingar som står i ett komplext samband med den samhälleligt etablerade rätten. Tolkningsresultatet, dvs. den tolkade rätten, kan ha ett annat innehåll än den samhälleligt etablerade rätten. Dess struktur är emellertid densamma – den utgör ett system eller ett komplex av vissa normer, värden, handlingar och psykiska upplevelser.

2.5.3 Gällande rätt som ett system

Egenskapen att vara gällande rätt är en egenskap hos hela normsystemet. Dessutom är den en systemförankrad egenskap, som enskilda normer får tack vare sin tillhörighet till systemet.

Låt P vara en egenskap hos en viss komponent, K, som ingår i ett system, X. Om, och endast om, K har egenskapen P oberoende av sin tillhörighet till systemet X, så är P en *systemfri* (»resultant») egenskap. I annat fall är P en *systemförankrad* (»emergent») egenskap. (Jfr Bunge 1977, 97 ff. och 1981, 26 ff.; Oppenheim och Putnam 1958, 15).

Begreppet »rättssystem» är vagt och omstritt. Låt mig ge två exempel på dess möjliga tolkningar.

Wieslaw Lang (1962, 25 ff och 59 ff) har hävdat att rätten har en komplex ontologisk struktur »i semantisk mening»: Man kan inte uppfatta någon av dess »nivåer» (dvs. handlingar, psykiska upplevelser och normer, jfr ovan) som rättslig utan att beakta de övriga »nivåerna».

Niklas Luhmann har skapat en omfattande teori om rättssystemets karaktär och funktioner.

- Enligt Luhmann (1993, 34 ff.) består rättssystemet av »operationer», närmare bestämt meningsfulla »kommunikationer». Normer betraktas därvid (id. 32) som kommunikationernas mening. »Psykiska system, medvetandet och... människor» uppfattas inte som rättssystemets beståndsdelar eller komponenter (id. 48).

- »Rättssystemet är normativt slutet» men »fungerar kognitivt öppet» (id. 77).
- Kognitiv öppenhet innebär att systemet kan ta emot information från sin omgivning, men denna information översätts till systemets språk. Det föreligger otaliga strukturella kopplingar mellan rättssystemet och andra system. Omgivningen – t.ex. befolkningens etiska förväntningar – kan närmare bestämt skapa en »irritation» hos rättssystemet. Endast om rättssystemet anpassar sig till omgivningens krav kan andra system acceptera dess hantering av sina uppgifter (jfr id. 440 ff.).
- Normativ slutenhet innebär att rättens förändringar sker autonomt, inom rättssystemet. En rättsregel kan ändras endast med stöd av en annan rättsregel. Rättssystemet producerar och reproducerar av sig självt (»autopoietiskt») sina egna beståndsdelar, nämligen rättsliga »kommunikationer» (1993, 48 ff.). Närmare bestämt kan juristen kvalificera några operationer som rättsliga endast om han vet vad som redan tidigare kvalificerades som rättsligt (jfr id. 57).
- Eftersom rättssystemets omvärld omfattar allt utom själva systemet är den komplexare än rättssystemet. Normativ slutenhet medför därför att rättssystemet kan uppfylla sin funktion att reducera beslutsprocessens komplexitet (jfr id. 54 osv.)
- Komplexitet reduceras genom systemets binära kommunikationsstruktur. »Rättssystemet omfattar endast kommunikation som använder sig av värdena 'rätt' och 'icke-rätt'...; endast en sådan kommunikation utgår från... ett behov av en ytterligare kommunikation inom rättssystemet» (id. 67). När en kommunikation inte ansluter sig till koden rätt/icke-rätt... kommer den inte att räknas till rättssystemet» (id. 95).
- Varje kommunikation inom systemet reducerar komplexitet i omvärlden genom att välja ut vissa sätt att kommunicera och samtidigt ignorera andra. Härigenom ökar emellertid komplexitet (»varietet») inne i systemet (id. 280 och 358).
- »Tesen om normativ slutenhet riktar sig framför allt mot föreställningen att moralen omedelbart kan gälla inom rättssystemet» (id. 78). Rätten kan visserligen överta normativa föreställningar från moralen men »detta måste ske genom explicit transformation» (id. 85-6).

Luhmanns teori har ett stort rättssociologiskt förklaringsvärde. Huvudtanken att rätten förenklar beslutsfattandet är utan tvekan riktig. Detsamma gäller idén att rättssystemet transformerar moralvärden till rättsregler; jfr avsnitt 3.1.1 nedan. Teorin lider emellertid av vissa svagheter:

den utgår från en överdriven uppfattning om etikens relativitet (jfr avsnitt 2.4.2I ovan), den tonar ner den viktiga frågan om rättens legitimitet och den använder sig av ett alltför abstrakt och säreget språk.

Legitimitetsfrågan översätts inom Luhmanns teori till frågan om rättssystemets strukturella koppling till andra system som ingår i dess omgivning. Frågan förlorar därmed sin värderande och normativa karaktär. Luhmann inser måhända ett regelsystem som konsekvent ignorerar etiska krav inte är legitimt. Men ordet »inte legitimt» måste inom hans teori ersättas med ett värderingsfritt uttryck, såsom »sådant som inte accepteras av andra system». Inom Luhmanns teori går det inte att direkt säga att ett sådant system är extremt oetiskt och inte bör följas.

Luhmanns språkbruk förklaras i viss mån genom att han utgår från att rättssystemet »autopoietiskt» producerar och reproducerar sina egna beståndsdelar. Därför måste rättssystemet definieras som bestående av »kommunikationer» medan människor, handlingar m.m. lämnas utanför. Det går att säga att rättssystemet producerar kommunikationer, men inte att det t.ex. producerar »konkreta människor» (jfr id. 48 n. 19).

Grundantagandet om att rättssystemet av sig självt producerar sina komponenter hjälper Luhmann att avvisa ett antal besvärliga frågor, t.ex. om rättens giltighetsgrund och legitimitet. Han ger nämligen inga svar på frågorna utan betraktar dem som rättssystemets skapelser, avsedda för att dölja dess självrefererande karaktär (id., 496 ff.). *Hubert Rottleuthner* (1989, 230 ff.) har emellertid hävdat att Luhmanns begreppsbildning inte löser sådana problem, utan endast döljer dem bakom det triviala, missvisande, vaga och inadekvata språkbruket. Se även Habermas 1992, 573, Eckhoff och Sundby 1991, 45 osv.

Luhmanns teori blir kanske ett banbrytande forskningsprogram, om den visar sig vara en fruktbar grund för en serie av undersökningar som förklarar en allt större mängd data (jfr avsnitt 4.5.5 nedan). I annat fall blir den bara en rättsteoretisk kuriositet.

2.5.4 Gällande rätt som en del av verkligheten

Begreppet »gällande rätt» förutsätter att sådana ting som normer, olika system och gällande rätt är verkliga, inte fiktiva. Närmare bestämt utgår jag från en viss tolkning av *Karl Poppers* verklighetslära (jfr Popper 1972, 73 ff.).

Popper har hävdat att det finns tre olika »världar».

Värld 1 omfattar fysiska ting, t.ex. berg, djur och bilar, vilka finns i tid och rum.

Värld 2 omfattar psykiska upplevelser, t.ex. en jurists tankar om gällande rätt. En psykisk upplevelse, t.ex. en tanke, finns i tiden, dvs. börjar och slutar vid en viss tidpunkt. Den är emellertid svår att placera i rummet. Det går inte att säga hur lång eller hur bred en tanke är. En psykisk upplevelse har endast en indirekt anknytning till rummet, eftersom den upplevs av någon som finns i rummet.

Värld 3 omfattar innebörden av tankar, böcker, dataminnen osv; den omfattar även begrepp, satser, matematiska tal, mängder, egenskaper, problem, lösningar, teorier mm. Dessa är tidlösa och kan inte placeras i rummet. Talet fem t.ex. är alltid och överallt detsamma.

Att hävda att värld 3 är fiktiv, dvs. inte finns, vore både opraktiskt och besynnerligt. Det skulle vara opraktiskt att avstå från att använda sådana uttryck som att »det finns en oändlig mängd primtal» eller »det finns en lösning på detta problem». Det skulle vara besynnerligt att förneka att olika människor kan tänka samma sak. Kalle och Pelle kan t.ex. läsa samma bok, fast Kalle har läst UB:s exemplar och Pelle sitt eget. Kalle och Pelle kan ha tankar om boken, och deras tankar kan ha samma innebörd. Det är tankarnas innebörd som kan vara identisk för Kalle och Pelle, inte tankarna själva. Kalles tanke – betraktad som en psykisk upplevelse – finns i Kalles huvud, och Pelles tanke i Pelles huvud.

Innebörden kan finnas även om ingen människa någonsin tänkt på den. En dator t.ex. kan skriva logaritmtabeller, som sedan automatiskt överförs till ett bibliotek och ligger där olästa. Dessa tabeller har en innebörd, fast de inte orsakar några tankar.

Att tala om tre »världar» i Poppers mening är helt oskyldigt, om man bara förstår att det rör sig om ett bildligt språk, inte helt exakt men med ett visst retoriskt och pedagogiskt värde.

Popper uppfann beteckningarna »värld 1, 2 och 3» men innehållet i hans lära är rätt gammalt. Liknande idéer förekom t.ex. under medeltiden och i bl.a. Nicolai Hartmanns filosofi. Inte ens Hägerström förnekade helt konsekvent att problem, begrepp m.m. finns till; se avsnitt 5.3 nedan.

För att undvika missförstånd kan en distinktion göras mellan olika betydelser av sådana ord som »verklig» och »finns». Fysiska ting finns 1 och är verkliga 1, i fysisk mening. Psykiska upplevelser finns 2 och är verkliga 2, i psykisk mening. Begrepp och teorier finns 3 och är verkliga 3, i begreppslig mening (jfr Peczenik 1984, 97 ff.).

Mot denna bakgrund kan frågan ställas i vilken mening gällande rätt finns. Gällande rätt är ett system av sammanhängande komponenter,

inklusive sådana som tillhör värld 3, t.ex. rättsnormers innebörd. Gällande rätt finns följaktligen i en särskild (sammansatt) mening, dvs. bildar ett system av komponenter som finns på olika sätt: Normernas innehåll finns 3. Juristers tankar om dem finns 2, i psykisk mening. Rättsliga handlingar omfattar fysiskt beteende som kanske finns 1, i fysisk mening. Dessutom omfattar de vissa bakomliggande intentioner som finns 2, i psykisk mening.

Jag bortser från frågan om det även går att säga, att gällande rätt som helhet finns 3, i begreppslig mening, dvs. att den tillhör värld 3. En sådan uppfattning utgår från att ett system som bland sina komponenter innefattar sådana som finns 3 måste även som helhet tillhöra värld 3.

2.5.5 Rättens omgivning – särskilt om ekonomiska makten

Rätten existerar inte i något tomrum utan i ett samhälle. Ett rättssystem är ett subsystem inom det mer omfattande samhällssystemet (jfr Luhmann 1993, 54 ff.). Varje rättssystem existerar inom en »omgivning» som består av sådana ting som folkrätten, främmande rättsordningar, det ifrågavarande samhällets kultur, språk, olika ideologier, rationalitetskrav, olika samhälleliga maktförhållanden, näringslivet, ekonomiska förhållanden och olika slags nätverk som består mellan medborgarna i »civilsamhället» (jfr Habermas 1992, 399 ff.).

Samhällsekonomin och de maktpositioner som grundar sig på den har emellertid inte något direkt inflytande på rättsnormer och rättsliga institutioner. Det finns ett flertal förmedlande mekanismer. Här är den samhälleliga ideologin viktigast. Ideologin innehåller olika komponenter, bl.a. vardagslivets vanor, etiken, religionens normer och vissa intresseavvägningar mellan olika grupper i samhället. Vi lever alla under påverkan av ideologier. Komplicerade sociala processer fångar oss ofta i den ideologi som motsvarar våra egna och vår omgivnings intressen och som således skapar någon del av vår verklighetsbild.

Dessa ideologier understöds av olika politiska rörelser, samhälleliga organisationer, den delvis politiserade förvaltningen och massmedierna. Rättens bakgrundsfaktorer förändras också ständigt av dessa understödjande institutioner.

Å andra sidan skapar rätten nya relationer i samhället. Låt oss som exempel ta konsumentskyddslagstiftningen med åtföljande institutionalisering. Visserligen fanns det samhälleliga faktorer som gjorde det nödvän-

digt att skydda konsumenten som den svagare parten. Denna utveckling har delvis sin grund i välfärdsutveckling och konsumtionsmönster. Men även ideologiska och etiska värderingar spelar en roll. Här kan man då anföra jämlikhetstanken. Det organiserade konsumentskyddet verkar å andra sidan tillbaka på samhället: medborgarna blir medvetna om sina rättigheter och använder organisationernas tjänster allt effektivare.

Olika slags förklarande faktorer står sålunda inte i ett entydigt förhållande till rätten. Rätten knyter samman makten, ekonomin, etiken, ideologier och andra bakgrundsfenomen. Härigenom skapas vissa handlingsmönster för medborgarna (jfr Aarnio i Peczenik m fl 1990, 9 ff.).

2.6 Rättsnormer och institutionella fakta

2.6.1 Normbegreppet – en norm som ett komplex

Normer utgör en viktig komponent i det mycket komplexa fenomenet gällande rätt. Normbegreppet måste följaktligen beröras i denna framställning.

A BAKGRUNDEN – NÅGOT OM TEORETISKA OCH PRAKTISKA SATSER

Norm*satser* är en art av praktiska satser.

Den viktigaste uppgiften för en teoretisk sats är att lämna information. Satsen uttrycker ett påstående. Dess mening är sålunda deskriptiv – beskrivande. En teoretisk sats är sann eller falsk.

Två huvudtyper av teoretiska satser är »syntetiska», främst empiriska satser och analytiska satser. Empiriska satsers sanning beror på fakta. Exempel: »Pelle är äldre än Kalle». Analytiska satser är sanna eller falska oberoende av fakta. En sann analytisk sats är sålunda sann i »alla möjliga världar» i kraft av begreppslig nödvändighet. Exempel: »alla ungkarlar är ogifta». Satsens sanning bestäms av meningen hos orden »alla», »ungkarl», »är» och »ogift». Satsen skulle förbli sann även om antalet giftermål drastiskt ökat.

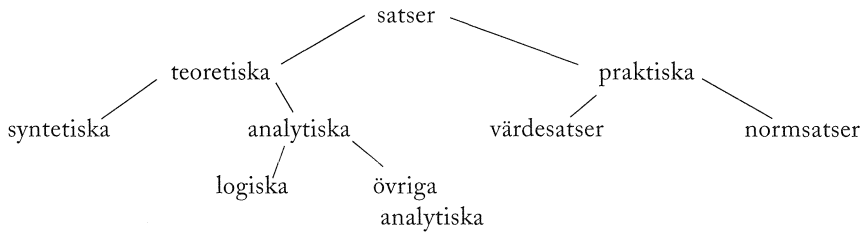
Logiska satser bildar ett särfall av analytiska satser. De är sanna eller falska till följd av meningen hos sådana logiska ord som »om... så», »icke», »alla», »vissa» m.m. Exempel: »Om alla människor är dödliga och Adolf är en människa, så är Adolf dödlig».

Två huvudtyper av praktiska satser är värdesatser och normsatser. Den viktigaste uppgiften för en värdesats är att uttrycka ett värdeomdöme, t.ex.

att förmedla en uppfattning om att något är vackert, fult, gott eller ont. Den viktigaste uppgiften hos en normsats är att uttrycka en norm och sålunda att påverka människor.

Ordet »*värdering*» är mångtydigt. En värdering kan således vara detsamma som (a) en värdesats; (b) innebörd av en värdesats, dvs. ett värdeomdöme; och (c) en språklig handling, dvs. ett hävdande av en värdesats.

Sammanfattningsvis kan olika slags satser alltså klassificeras enligt följande:



Gränsdragningen mellan teoretiska och praktiska satser kan anses vara självklar och trivial. Den är emellertid omstridd. Många filosofer anser t.ex. att värdesatser inte är praktiska utan *teoretiska* satser, om olika människors attityder m.m. (se avsnitt 5.2 nedan). För vissa ändamål är det följaktligen bättre att tala om teoretisk och praktisk *mening* (jfr Evers 1970, 20 ff.). Å andra sidan kan alla ge klara exempel på teoretiska och praktiska satser. Påståendet »alla människor är dödliga» är utan tvekan teoretiskt, utropet »se upp!» utan tvekan praktiskt. Likaledes kan alla ge klara exempel på syntetiska, analytiska, värderande och normativa satser.

B BEGREPPET »NORM»

Begreppet »norm» kan tolkas på flera olika sätt. Den i min uppfattning mest naturliga tolkningen är följande.

1. En norm är detsamma som en normsats. En normsats är en språklig enhet, närmare bestämd ett komplex av följande komponenter.

a) Normens fysiska sida tillhör »värld 1». Den omfattar t ex bokstäver på ett papper eller en persons röst.

b) Normens mening (innebörd, språkliga betydelse) tillhör »värld 3». Normen betyder således att något är förbjudet, påbjudet eller tillåtet m.m. Den viktigaste uppgiften för en norm är att påverka människor, dvs. att framkalla vissa slags handlingar och undertrycka andra. En norms mening

är emellertid mycket komplex. Se vidare avsnitt 5.7, 5.8 och 5.9 nedan angående normers praktiska och teoretiska mening.

Andra tolkningar är också möjliga. Låt mig ge vissa exempel.

2. En norm är detsamma som mening av en viss normsats. Den finns 3, dvs. tillhör »värld 3».

Åtminstone tre olika versioner kan tänkas.

2a) En norm – uppfattad som en sådan mening – finns 3' (ideellt men faktiskt, inte blott potentiellt) om åtminstone en kombination av olika bokstäver skrivits ner – eller en serie olika ljud uttalats – som i det ifrågavarande språket har denna mening. Dessa bokstäver eller ljud finns 1 (fysiskt).

2b) En norm – uppfattad som en sådan mening – finns 3" (ideellt och faktiskt, men i något svagare bemärkelse) om åtminstone en kombination av olika bokstäver skrivits ner – eller en serie olika ljud uttalats – som i det ifrågavarande språket stöder en slutsats som har denna mening.

2c) En norm – uppfattad som en sådan mening – finns 3''' (ideellt och potentiellt) i det ifrågavarande språket, om denna mening kan korrekt uttryckas i detta språk (jfr Castañeda 1975, 179 ff.). Åtminstone en kombination av olika bokstäver kan då skrivas ner – eller en serie olika ljud kan uttalas – som i det ifrågavarande språket har denna mening. Dessa bokstäver eller ljud kan finnas 1 (fysiskt).

3. En norm är detsamma som en viss tanke.

Återigen kan minst två olika versioner tänkas.

3a) En norm finns 3' om åtminstone en människa faktiskt upplevt denna tanke. Tanken finns 2 (psykiskt), d v s tillhör »värld 2».

3b) En norm finns 3" om åtminstone en kombination av olika bokstäver skrivits ner – eller en serie olika ljud uttalats – som sannolikt skulle väcka denna tanke hos en människa, om hon hade uppmärksammat den (jfr Opalek 1970, 298).

4. En norm är detsamma som mening av en viss psykisk process. (Jfr t.ex. Luhmann 1993, 32: »normbegreppet syftar på en bestämd form av faktisk förväntan som måste kunna iakttas, antingen psykiskt eller som en avsedd och begriplig mening av kommunikationer»).

5. En norm är detsamma som en normsats vilken har vissa orsaker eller verkningar i den fysiska eller psykiska världen. Dessa omfattar ett komplex av olika människors föreställningar, handlingar och dispositioner att utföra handlingar (jfr Sundby 1974, 17). Som exempel kan man ange benägenheten att argumentera för att en viss handling är förbjuden, påbjuden eller tillåten osv.; benägenheten att följa normen och benägenheten att kritisera dem som inte följer den. Till följd av normbegreppets vaghet är det osäkert huruvida dessa orsaker och verkningar bör betraktas som normens tredje komponent – vid sidan av satsens fysiska sida och dess mening – eller en separat, med normen sammanbunden företeelse.

Alla dessa tolkningar av normbegreppet kännetecknas av *komplexitet*.

Kort sagt, inte blott gällande rätt som helhet utan även varje rättsnorm bildar ett *komplex*, dvs. ett slags *system* av olika komponenter.

2.6.2 Handlingsregler och målnormer

Det finns olika typer av normer, däribland s k »regulativa» regler. Regulativa regler kvalificerar (1) handlingar eller (2) förhållanden (tillstånd) som påbjudna, tillåtna eller förbjudna.

Angående påbjudna och tillåtna förhållanden, jfr Peczenik 1967, 129 ff.; 1968, 117 ff. och 1969, 46 ff. (= 1970, 27 ff., 9 ff. och 60 ff.). Jfr Olivecrona 1971, 219 ff.

I det förra fallet är de handlingsregler, t.ex. »Var och en som hittar något skall utan oskäligt dröjsmål anmäla fyndet hos polismyndighet». I det senare fallet är de målnormer, som anger det påbjudna, tillåtna eller förbjudna förhållandet, inte den handling som orsakar detta förhållande.

2.6.3 Komponenterna i en fullständig rättslig handlingsregel

Betraktar man de *rättsliga* normerna måste man skilja mellan (1) en rättsnorm som en bestämd rättslig normsats, t.ex. en lagbestämmelse; och (2) en fullständig rättsnorm.

En fullständig rättslig handlingsregel behöver inte motsvara någon bestämd lagbestämmelse. Av olika rättsliga normsatser respektive deras beståndsdelar kan man således bygga upp normer som så fullständigt som möjligt anger både (a) det som är påbjudet, förbjudet, tillåtet osv., och (b) alla villkor för påbudet, förbudet osv. Den fullständiga rättsliga handlingsregeln omfattar självfallet också (c) konjunktionen »om... så» och den normativa komponenten såsom »skall», »får» och »får inte».

Lagbestämmelsen »Den som berövar annan livet dömes för *mord* till fängelse i tio år eller på livstid» (3 kap. 1 § brottsbalken) uttrycker således inte någon fullständig rättsregel i denna mening. Den fullständiga regeln är även mer komplicerad än följande formulering: »Den som uppsåtligen berövar annan livet skall av den behöriga domstolen dömas for *mord* till fängelse i tio år eller på livstid, om gärningen inte begåtts vare sig i nödvärn, under inflytande av sinnessjukdom, eller under omständigheter vilka visar att gärningen är att anse som mindre grov osv.»

Frågan om en fullständig rättsnorms struktur är emellertid kontroversiell. Det är t.ex. omstritt om en fullständig rättsnorm måste innehålla ett handlingsmönster, en sanktion (kanske en kedja sanktioner) mm. Jfr Peczenik 1968b *passim* och Alchourrón och Bulygin 1971, 59.

Vissa etiska normer är som sagt målnormer, t.ex. »alla bör tillförsäkras en skälig levnadsnivå». Fullständigt formulerade regulativa *rätts*normer är emellertid nästan alltid handlingsnormer. Den betydelsefulla lagbestämmelsen »Den enskilde skall genom bistånd tillförsäkras en skälig levnadsnivå» (6 § 2 st. 1:a punkten socialtjänstlagen) kan uppfattas som en beståndsdel av rättsnormen »Socialnämnden skall se till att den enskilde genom bistånd tillförsäkras en skälig levnadsnivå». Målnormer måste uppfattas som skäl till att någon förverkligar det angivna målet.

Tesen att fullständigt formulerade regulativa rättsnormer nästan alltid är handlingsnormer följer av två premisser.

Den första är det ovan antagna kravet på att en fullständigt formulerad regulativ rättsnorm måste ange både (a) det som är påbjudet, förbjudet och tillåtet, och (b) alla villkor för påbudet, förbudet respektive tillåtelse.

Det andra är den iakttagelse, att rättsordningen sällan bestämmer ett mål, utan att också ange vem som skall se till att målet förverkligas. Om målet anges i en lagbestämmelse och upplysningen om vem som skall förverkliga det i en annan, bildar följaktligen dessa två bestämmelser en enda fullständig rättsnorm, som således är en handlingsnorm, inte någon målnorm.

2.6.4 Konstitutiva normer och institutionella fakta

Konstitutiva normer åter är betingelser för att man kan tala om institutionella (»konventionella», således icke rent materiella) fakta. Institutionella fakta skapas av människor. De är produkter, sådana som t.ex. olika organisationer, staten, gällande rätt, skyldigheter, rättigheter, pengar, tideräkningen, avtal, löften, äktenskap, medborgarskap, olika spel osv. (jfr Anscombe 1958, 69-72; Searle 1969, 50 ff.; MacCormick och Weinberger 1986, 9 ff.).

I en viss mening är även samhälleliga grupper, kunskap, vetenskap, kultur, litteratur, livsstilar, religioner, kyrkor m.m. institutionella fakta. Vetenskapen t.ex. är en sammansatt företeelse som har att göra med vissa människor (forskare), verksamhetsslag (forskning) och språkliga satser (forskningsresultat). Vissa normer bestämmer att forskning bör utföras på ett visst sätt. Endast om dessa normer följs blir forskningsresultatet vetenskapligt.

Institutionella fakta skiljer sig från »råa» (»*brute*»), dvs. rent materiella fakta, sådana som det faktum att det snöar i Skåne idag eller att en viss människa dagligen kommer till en viss lokal, sitter vid en viss skylt (»kassa») och tar emot vissa papperslappar (som han kallar för »pengar»). Att ett institutionellt faktum föreligger beror inte enbart på att vissa rent materiella fakta också föreligger, t.ex. att Per just nu sitter där, utan även på konstitutiva normer, vilka bl.a. bestämmer att han är anställd som kassör, att hans arbetsgivare är ett aktiebolag m.m.

Utan hänsyn till vissa normer (om betalningsmedel) kan man inte heller skilja mellan pengar och värdelöst papper eller mellan fordringsägarens rättsliga anspråk och hans faktiska inflytande över gäldenären.

I detta sammanhang kan man erinra om några av den s.k. uppsalaskolans för ett annat ändamål genomförda analyser. Olivecrona har t.ex. skrivit följande (1976, 174):

»Fordringsägarens maktfulla anspråk kan inte identifieras med den faktiska maktställning som han i allmänhet har i förhållande till gäldenären. Den faktiska maktställningen är icke av en entydig beskaffenhet. Den växlar från fall till fall. Ibland saknas den helt, såsom då ett avtal inte kan styrkas. Den faktiska makten blir också till ett intet om gäldenären saknar tillgångar. Men rättigheten består oavsett sådana omständigheter. Vidare märkes följande. Borgenärens faktiska makt beror framför allt på att han – normalt – kan utöva tryck på gäldenären genom att hota med stämning eller lagsökning samt ytterst med exekution. Men vinner han en process vid domstol, tänkes domen vara *grundad* på att han har en fordringsrätt mot gäldenären... Rättighetsmakten tänkes alltså ligga till grund för den faktiska makt som borgenären får till följd av den statliga rättsorganisationens säkra funktion. Borgenären tänkes i kraft av sin rättighet eller sitt anspråk ha makt i förhållande till gäldenären. Men egendomligt nog är denna makt icke någon faktisk makt.» (Se även Hägerström 1953, 322 ff.; Olivecrona 1959, 127 ff.; 1939, 75 ff.; 1971, 182 ff. och 186 ff.; Ross 1958, 172; Ekelöf 1952, 546 ff.).

Låt mig tillägga: Den faktiska makten är ett komplext system av olika människors handlingar, förväntningar m.m. Det är inte säkert att den kan uppfattas som ett rent materiellt faktum. Det rättsliga anspråket är ett institutionellt faktum. Den förra kan tänkas vara oberoende av rättsregler. Det senare förutsätter rättsregler.

Konstitutiva normer bestämmer t.ex. vem som äger en viss sak, vilka rättigheter ägaren har och när äganderätten upphör. Likaledes bestämmer de vad som är nödvändigt för att en domstol existerar och vilka domstolens kompetenser är (jfr MacCormick 1978, 57). De bestämmer även vad som utgör ett bolag m.m.

2.6.5 Rättsliga kvalifikationsnormer

Ett särfall av konstitutiva normer är rättsliga kvalifikationsnormer, som ger vissa handlingar, personer, tillstånd, saker, komplex av olika inbördes relaterade handlingar m.m. ett slags rättslig kvalitet. En handling kvalificeras sålunda som en stöld, en person som make, svensk medborgare osv. En sak kvalificeras som ett fastighetstillbehör, ett komplex av olika handlingar som en rättegång osv. En sådan kvalitet, t.ex. kvaliteten att vara svensk medborgare, är institutionell, inte fysisk. Svensk medborgare är således just den som rättsnormerna gör till svensk medborgare. Utan någon kvalifikationsnorm skulle ingen kunna betraktas som svensk medborgare (jfr Strömberg 1981, 80 ff.; Sundby 1974, 77 ff.; Eckhoff och Sundby 1976, 84 ff.).

Kvalifikationsnormer (och konstitutiva normer överhuvudtaget) måste kunna sättas i ett visst sammanhang med handlingsregler. Det hade varit meningslöst att stifta lagar om äktenskap, medborgarskap m.m. om det inte hade funnits några handlingsregler som bestämmer vad äkta makar skall, får eller inte får göra.

2.6.6 Rättsliga kompetensnormer och rättighetsnormer som särfall av kvalifikationsnormer

A BEGREPPET »KOMPETENSNORM»

I vissa fall uppstår ett institutionellt faktum om (1) en viss konstitutiv norm gäller och (2) en viss händelse har inträffat. Man kan t.ex. födas till svensk medborgare; jfr 1 § lagen om svensk medborgarskap. I andra fall uppstår ett institutionellt faktum endast om man utför en viss handling. M.a.o. uppstår detta institutionella faktum endast om följande villkor är uppfyllda: (1) en viss konstitutiv norm gäller och (2) en viss handling har utförts. Utlänning som fyllt arton år kan således upptas till svensk medborgare; frågan prövas av statens invandrarverk (jfr 6 § lagen om svenskt medborgarskap).

Den handling som i förening med vissa konstitutiva normer leder till att ett institutionellt faktum uppstår kan kallas för en *performativ* handling. Handlingen kan vara fysisk (att t.ex. flytta en schackpjäs) eller språklig (att t.ex. bevilja någon svenskt medborgarskap). I det senare fallet består handlingen i att det uttalas en s.k. performativ sats (jfr Austin 1962, 1 ff., Olivecrona 1971, 217 ff. och Olivecrona 1976, 233 ff.). Performativa handlingar skapar således institutionella fakta.

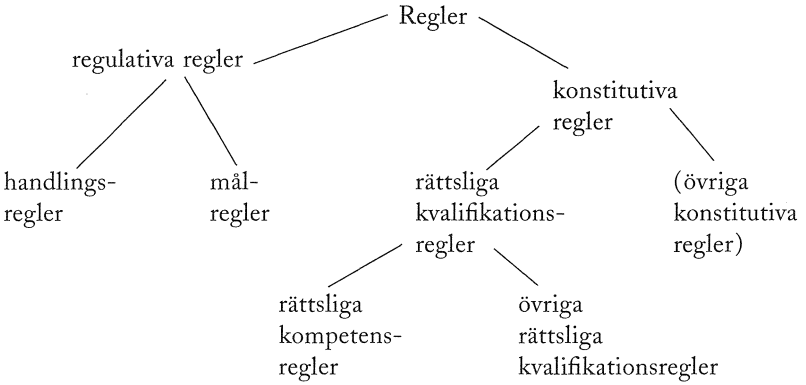
Rättslig *kompetens* kan definieras som en förmåga att skapa en rättslig effekt. Lagen ger t.ex. invandrarverket kompetens att förvandla en utlänning till svensk medborgare.

Egenskapen att vara svensk medborgare är en institutionell kvalitet. Förmågan att göra någon till svensk medborgare är likaså institutionell. En rättslig kompetensnorm ger således en person en förmåga att skapa en institutionell kvalitet.

B KOMPETENSNORMER SOM KVALIFIKATIONSNORMER

En sådan norm utgör följaktligen en på ett speciellt sätt uttryckt rättslig kvalifikationsnorm eller en beståndsdel av denna. Låt mig belysa detta förhållande med ett exempel. Normen »Om statens invandrarverk utför handlingen H förvandlas utlänningen A till svensk medborgare» är en typisk kvalifikationsnorm. Normen »Statens invandrarverk kan genom handlingen H förvandla utlänningen A till svensk medborgare» är däremot en kompetensnorm. Dessa normer skiljer sig endast genom en språklig formulering. Deras rättsliga innehåll är detsamma. Ändå spelar det en viss roll om innehållet uttrycks på det ena eller det andra sättet. En politisk debatt, inte minst om olika makt- och rättssäkerhetsfrågor, anknyter gärna till kompetensnormer. Det kan t.ex. debatteras om en kommun borde ha kompetens att meddela vissa föreskrifter, om en part borde kunna överklaga ett visst beslut, osv. Om kompetensspråket hade undvikits, skulle debatten försvåras.

Den rent språkliga indelningsgrunden saknar djupgående teoretisk relevans. Däremot utgör kompetensspråkets funktioner, såväl i politisk debatt som i juridisk argumentation, tillräckliga skäl för att tala om kompetensregler. Enligt Strömberg 1981, 86 ff. bildar därför kompetensregler en tredje typ av rättsregler, vid sidan av handlings- och kvalifikationsregler. Jfr avsnitt 5.3.3 nedan. Å andra sidan har kompetensreglerna och (övriga) kvalifikationsregler den gemensamma egenskapen att de inte är fullständiga handlingsskäl. Deras betydelse för människors handlingar visar sig först då de sätts i samband med handlingsreglerna. Det behövs en gemensam term för alla i denna bemärkelse ofullständiga regler. Termen »kvalifikationsnorm» kan användas på detta sätt, dvs. kompetensnormer kan uppfattas som ett särfall av kvalifikationsnormer. Därmed får man följande indelning.



Självfallet är kompetensterminologin tillämplig endast på de kvalifikationsnormer som gör den institutionella effekten beroende av en viss handling. Om effekten beror av en händelse kan ingen kompetensnorm tänkas. Om man t.ex. förvärvar svenskt medborgarskap vid födelsen sker det utan någon kompetensutövning.

Kompetensterminologin är således nyttig, men enligt min mening inte logiskt nödvändig för att uttrycka rättsordningens innehåll. Strömberg (1991, 462) har emellertid i samband med det ovan behandlade medborgarskapsexemplet uttalat en till synes avvikande mening: »Tvärtom måste en kompetens med nödvändighet tänkas, nämligen lagstiftarens kompetens att stadga en gällande generell kvalifikationsnorm, enligt vilken svenskt medborgarskap under vissa förutsättningar förvärvas av ett barn vid dess födelse.»

Strömberg har så till vida rätt att man måste kunna tänka sig att lagar är gällande. Hans uppfattning vinner dessutom ytterligare i styrka genom att grundlagsbestämmelsen »Riksdagen stiftar lagar» (1 kap. 2 § regeringsformen) utan tvekan är en kompetensnorm. Den skänker riksdagen en lagstiftningskompetens, närmare bestämt en rättslig förmåga att förvandla vissa texter (lagförslag) till gällande lag.

Men Strömberg har förbisett att den generella lagstiftningskompetensen även kan uttryckas genom en typisk kvalifikationsnorm: »Om riksdagsledamöterna utför lagstiftningsproceduren P blir den framlagda texten gällande lag». (Givetvis måste uttrycket »lagstiftningsproceduren P» preciseras genom angivande av alla väsentliga kännetecken på denna procedur). Egenskapen att vara gällande lag är en rättslig kvalitet. Procedurens karaktär att vara en lagstiftningsprocedur är likaså en rättslig kvalitet.

Lagstiftningskompetensen kan t.o.m. uttryckas genom en handlingsregel, t.ex.: »Om riksdagsledamöterna utför lagstiftningsproceduren P skall den fram-

lagda lagtexten följas». Det är i själva verket en fråga om rättsordningens grundnorm, se avsnitt 2.2.2E ovan. En jurist måste kunna tänka sig att (grund)lagarna skall följas. Gör han inte det är han ingen jurist.

Ingen klassificering av rättsregler kan uppfattas som den enda rätta. Alla klassifikationer är endast analytiska redskap, att bedöma efter den nytta de eventuellt gör. *The test of the pudding is in the eating.*

C KOMPETENSER UTAN KOMPETENSNORMER?

En kompetens förutsätter m.a.o. att det gäller en viss kvalifikationsnorm. Men kan det inte förekomma kompetenser som grundar sig på något annat än normer? *Torben Spaak* – i viss mån inspirerad av *Joseph Raz* – har svårt att förstå varför varje kompetens måste ha skapats (*have been conferred)* av en norm (jfr Spaak 1992, 190). Förvisso förutsätter en kompetens inte någon *förutbe*fintlig norm. En kompetens kan i stället grunda sig på en sammanvägning av vissa fakta som i ljuset av vårt kulturarv kan anses som kompetensgrundande. Om en viss kombination av sådana fakta föreligger så är det rimligt att en bestämd person har kompetens att ändra en annans rättsläge, t.ex. dennes rättigheter respektive skyldigheter (jfr avsnitt 8.2.9 nedan). Men så snart en sådan sammanvägning grundar en kompetens grundas tillika en motsvarande kompetensnorm.

Jag delar Spaaks åsikt att en kompetens är en »hypotetisk möjlighet»: En person har kompetens att genom en bestämd handling förändra en annans rättsläge om, och endast om, det finns en situation i vilken den senares rättsläge kommer att ändras så snart den förra utför handlingen (id., 102-110). Men denna hypotetiska möjlighet är en institutionell sådan, inte rent fysisk. Den är närmare bestämd *normativ*, otänkbar om man inte tillika antar en motsvarande norm. Det låter nämligen besynnerligt att t.ex. säga »visserligen har invandrarverket en kompetens att förvandla utlänningen A till svensk medborgare, men det gäller inte någon norm som ger verket denna kompetens».

D RÄTTSLIG MAKT, ANSPRÅK OCH RÄTTIGHETSNORMER

Ross (1968, 130) uppfattar rättslig kompetens som ett särfall av rättslig makt. Rättslig makt föreligger då en person genom sina handlingar kan skapa avsedda »rättsliga konsekvenser» (dvs. rättsnormer). Rättslig kompetens föreligger då en person genom sina uttalanden kan skapa rättsliga konsekvenser som motsvarar uttalandenas innehåll. *Se* vidare Lindahl 1977, 194 ff.

Rättslig makt utövas sålunda genom att en performativ handling utförs. Om handlingen består av att en performativ sats uttalas är den ifrågavarande makten en kompetens.

Kompetensnormer bildar följaktligen ett särfall av *makt*normer.

Inte enbart en kompetensnorm utan även vilken maktnorm som helst är en kvalifikationsnorm eller en beståndsdel av denna. Normen »Om säljaren överlämnar saken till köparen förvandlas köparen till sakens ägare» är en kvalifikationsnorm. Den sakligt identiska (fast annorlunda formulerade) normen »Säljaren kan genom överlämnandet förvandla köparen till sakens ägare» är däremot en maktnorm.

Anspråksnormer bildar ett annat särfall av kvalifikationsnormer. En anspråksnorm skapar en persons anspråk gentemot en annan. Den andre kvalificeras således som en »anspråkshavare». Anspråk är en rättighet till en annan persons handling, en spegelbild av skyldighet. Om A har anspråk på att B gör H så har B skyldighet att göra H.

Det finns även sammansatta rättigheter, t.ex. äganderätt, och sammansatta rättighetsnormer. Äganderätt bildar ett komplex av vissa tillåtelser, anspråk och kompetenser (se avsnitt 2.6.7B nedan).

Maktnormer, anspråksnormer, sammansatta rättighetsnormer och tillåtelsenormer kan kallas för rättighetsnormer.

2.6.7 Kan kvalifikationsregler översättas till handlingsregler?

Man kan fråga sig om inte rättsliga kvalifikationsregler kan »översättas» till handlingsregler.

A EN OFULLSTÄNDIGHETSTEORI

Som nämnts måste kvalifikationsregler kunna sättas i ett samband med vissa handlingsregler och således bidra till att man får exakt besked vilka handlingar som är påbjudna respektive förbjudna. Möjligheten att fungera i ett sådant sammanhang är poängen med kvalifikationsregler. Anta att någon uttalar en kvalifikationsregel, t.ex. »om invandrarverket fattar ett bestämt beslut i ett medborgarskapsärende så blir den berörda utlänningen svensk medborgare». En total främling (kanske ett utomjordisk varelse) frågar vad som är poängen med medborgarskap. Det naturliga svaret består i att åberopa vissa handlingsregler, t.ex. »en svensk medborgare får ställa upp i riksdagsvalet, ingen myndighet får utvisa honom ur riket osv.».

Men följer inte därav att kvalifikationsregler egentligen är ofullständiga beståndsdelar i handlingsregler? Kan det inte lika gärna sägas »om invand-

rarverket fattar ett bestämt beslut i ett medborgarskapsärende så får den berörda utlänningen ställa upp i riksdagsvalet, ingen myndighet får utvisa honom ur riket osv.»?

En sådan översättning av kvalifikationsregler till handlingsregler är *logiskt möjlig* (jfr t.ex. Kelsen 1960, 55 ff.; Ross 1968, 118; Ziembinski 1970, 30; Sundby 1974, 393 ff. och Jareborg 1979, 391 ff.) men den är *opraktisk*, eftersom handlingsreglerna skulle bli mycket komplicerade, och dessutom svåra att använda i en juridisk och politisk debatt, se närmare punkt H nedan.

B ETT SÄRFALL – TEORIN OM S.K. MELLANBEGREPP

I vissa fall är översättningen behäftad med särskilda problem.

Vad betyder det t.ex. att någon kvalificeras som en saks ägare? Enligt Ross (1958, 170 ff.) är det av den ifrågavarande kvalifikationsregeln bestämda begreppet äganderätt endast ett »mellanbegrepp», ett framställningstekniskt hjälpmedel för att kort uttrycka vissa rättsfakta och rättsföljder. Om ett visst rättsfaktum inträffat, såsom köp, arv, gåva eller ockupation, förvärvar en person därmed äganderätten. Om någon förvärvat äganderätten, får han nyttja saken och sälja den; andra personer får inte förhindra nyttjandet; om så sker kan ägaren vända sig till en domstol. Kan man inte säga detsamma utan att nämna ägarkvaliteten, genom att direkt uttala en rad enklare regler? Det kan bl.a. sägas följande: Om någon köpt eller ärvt en sak, får han nyttja den; andra personer får inte förhindra nyttjandet; osv.

Men även om man således kunde översätta en hel lagbok till regler i vilka inga sådana ord som »ägare» förekom, skulle en sådan lagbok svämma över alla bräddar. En fördel med kvalifikationsregler är att de inför olika institutionella begrepp och därmed ger en framställningsteknisk vinst: kortare lagformuleringar.

Ross har insett denna fördel men ändå hävdat att översättningen är teoretiskt möjlig och att sådana begrepp som »rättighet» följaktligen saknar semantisk referens (1958, 172).

Förvisso kan det tänkas att rättighetsbegreppets semantiska referens består av de rättsfakta och rättsföljder som det uttrycker. För att upprätthålla teorins logiska konsistens måste man följaktligen utesluta denna möjlighet, t.ex. genom att betrakta såväl rättsfakta som rättsföljder som fiktioner.

C TEORIN OM S.K. MELLANBEGREPP – EN OÄNDLIG REGRESS ANGÅENDE RÄTTSFÖLJDER?

Ett annat skäl mot översättningen är emellertid följande. Visserligen kan den kvalifikationsnorm som bestämmer att någon är sakens ägare översättas till en mängd enklare normer. Inte alla av dessa är emellertid handlingsregler. Vissa är kvalifikationsregler, däribland sådana som förutsätter begreppet »äganderätt». Äganderätten innebär sålunda inte bara att ägaren skall eller får göra det ena och det andra utan även att han kan sälja saken. Att sälja innebär att förvandla köparen till ny ägare. En kvalifikationsnorm måste således gälla som bestämmer att den tilltänkte köparen blir ny ägare. Det innebär att man kan se till att den andre (köparen) i sin tur kan se till att en tredje person (nästa köpare) förvärvar äganderätten... osv. i all oändlighet. Hur mycket man än tänker kan man inte utmönstra begreppet »äganderätt».

Det har konstaterats ovan att en översättning av kvalifikationsregler till handlingsregler är logiskt möjlig. Men i vissa fall är den handling som den ifrågavarande handlingsregeln bestämmer en kvalifikationsakt som skapar en ytterligare kvalifikationsregel.

D TEORIN OM S.K. MELLANBEGREPP – EN OÄNDLIG REGRESS ANGÅENDE RÄTTSFAKTA?

Problemet kan undvikas genom en stipulativ definition som bortser från äganderättens rättsföljder och likställer ägandet med dess betingelser (rättsfakta): Ägaren är den person som erhållit saken, t.ex. genom köp, arv eller gåva. Regressen »bakåt» är nämligen inte oändlig. Att köpa betyder att erhålla saken från dess förre ägare. Denne blev måhända ägare därför att hans företrädare var det. Men den förste ägaren måste ha förvärvat saken genom ursprungligt fång, t.ex. ockupation (jfr Strömberg 1981, 112–113; Wedberg 1951, 246 ff.).

Ursprungligt fång förutsätter emellertid att ingen äger saken. Ockupationen hade inte skapat den ursprungliga äganderätten, om den tilltänkte ägaren insett att någon annan redan varit ägare (jfr Eckhoff. 1969, 63 ff.). Begreppet »att äga» kommer sålunda tillbaka. Återigen: en översättning av kvalifikationsregler till handlingsregler är logiskt möjlig. Men i vissa fall innehåller den ifrågavarande kvalifikationsregeln en betingelse (ett rättsfaktum) som består av en kvalifikation skapad av en ytterligare kvalifikationsregel.

E EN NAMNGIVNINGSTEORI: KVALIFIKATIONSNORMER BESTÄMMER ATT EN VISS NORMATIV KVALITET SKALL ANSES FÖRELIGGA

Vidare är det svårt att bortse från äganderättens rättsföljder och likställa ägandet med dess betingelser (rättsfakta): Den som köpt saken osv skall *kallas* för ägare, men vad *innebär* denna benämning?

Förvisso kan kvalifikationsnormer uppfattas som stipulativa definitioner och dessa som ett slags handlingsnormer. En sådan norm säger att en viss handling *skall anses innebära* att en viss rättslig kvalitet, dvs. ett institutionellt faktum, uppstått, t.ex. att en viss person blivit fastighetsägare eller svensk medborgare, eller att en sak blivit fastighetstillbehör.

Men vad är det man skall anse? Det skall anses att en viss människa är svensk medborgare, att en viss sak är fastighetstillbehör osv. Och vad menas med detta? Ett trivialt svar på denna fråga är att konstitutiva normer endast påbjuder en viss *namngivning*: t.ex. att vissa personer skall *kallas* för svenska medborgare och vissa saker för fastighetstillbehör.

Har namnen någon *mening*?

F MER OM NAMNGIVNINGSTEORIN: UPPFATTNINGEN ATT OLIKA MÄNNISKORS ENIGA TRO BILDAR VERKLIGHETSUNDERLAG FÖR EN RÄTTSLIG KVALITET

Den s.k. uppsalaskolans anhängare (se avsnitt 5.3 nedan) har hävdat, att en viss människas äganderätt eller svenska medborgarskap innebär att andra människor uppfattar henne som en viss saks ägare eller svensk medborgare. Visserligen finns det en sund kärna i teorin om att olika människors eniga tro (»*shared beliefs*») utgör ett verklighetsunderlag för institutionella fakta. Likväl är teorin ofullständig. Den utvecklar endast den *externa synvinkeln* på institutionella fakta. För att komplettera den med den *interna synvinkeln* måste frågan besvaras *vad det är som dessa människor enigt tror på.*

De som talar om äganderätt eller svenskt medborgarskap menar således enligt uppsalaskolans uppfattning att någon annan tänker på äganderätt eller svenskt medborgarskap. Men i så fall måste den andre tänka på vad en tredje person tänker och denna i sin tur på att en fjärde individ tänker på... vad? Till sist måste man välja mellan två alternativ, antingen att stämpla tankarna som »tomma» etiketter eller att ange de fakta som den siste i kedjan tänker på.

G TEORIN OM ATT KVALIFIKATIONSNORMER EGENTLIGEN SAKNAR NORMATIV KARAKTÄR

Ett annat försök att upplösa såväl kvalifikationsnormer som konstitutiva normer överhuvudtaget utgår likaledes från att dessa »normer» liknar definitioner. Definitionerna uppfattas därvid inte som några normer (jfr t.ex. Spaak 1992, 200). Kritikerna inser självfallet att kvalifikationsnormer kan uppträda som handlingsskäl, t.ex. medborgarskapsnormerna verkar som skäl för att en utlänning söker svensk medborgarskap, men uppfattar denna iakttagelse som irrelevant, eftersom t.o.m. naturhändelser såsom jordbävning m.m. likaledes kan påverka människors handlande.

Det finns emellertid en avgörande skillnad. Kvalifikationsnormer uttrycker en *intention* att skapa vissa institutionella fakta och därigenom påverka människornas handlande. De svenska medborgarskapsreglerna finns till *för att* möjliggöra för människor att bli svenska medborgare. Jordbävningarna har däremot inget inneboende handlingsdirigerande ändamål.

H EN POÄNG MED KVALIFIKATIONSNORMER

Skall kvalifikationsreglerna kunna uppfattas som självständiga rättsregler, inte som ofullständiga beståndsdelar i handlingsregler eller ännu värre som »tomma» etiketter, måste hänsyn tas till de funktioner som de fyller såväl i juridisk argumentation (jfr t.ex. Honoré 1977, 100) som i olika politiska och etiska sammanhang. Det faktum att såväl lagstiftaren som lagtolkarna ständigt uttalar olika kvalifikationsregler är m.a.o. en tillräcklig grund för rättsteoretikerna att försöka betrakta dem som fullvärdiga rättsregler (jfr t.ex. Hart 1961, 40). En rättsteoretisk analys måste emellertid vara motsägelsefri, relativt exakt och i övrigt väl sammanhängande (jfr avsnitt 2.5.1 om motsvarande krav på rättsteoretisk behandling av begreppet »gällande rätt»; jfr även Raz 1970, 140 ff.).

En sådan kvalitet som att vara ägare, svensk medborgare eller äkta make är närmare bestämt betydelsefull då man med utgångspunkt från olika etiska värden och principer deltar i såväl en rättspolitisk debatt som en debatt angående en lags riktiga tolkning. Poängen med kvalifikationsnormer om äganderätt, medborgarskap eller äktenskap i sådana sammanhang kan inte förklaras om man endast åberopar rättsliga handlingsregler. Ägarkvalifikationen har exempelvis en självständig betydelse, utöver det att vissa lagstadgade regler anknyter till den, t.ex. stadgar om vissa personers frihet att bruka saken. På så vis kan det t.ex. hävdas att om någon är en fastighets ägare, så skall han inte behöva utsättas för något långvarigt

expropriationstillstånd i förening med byggnadsförbud (jfr det berömda fallet Sporrong och Lönnroth mot Sverige, Europadomstolen 1982). Hade den kvalifikationsnorm som introducerar begreppet »ägare» försvunnit, skulle en sådan debatt avsevärt försvåras.

Detsamma gäller medborgarskap. Den av en kvalifikationsnorm skapade institutionella kvaliteten att vara svensk medborgare utgör ett villkor för tillämplighet av en rad andra normer, såväl konstitutiva som regulativa. Man kan visserligen försöka ersätta ordet »svensk medborgare» med en komplicerad beskrivning av villkoren för att någon blir svensk medborgare. Beskrivningen måste innefatta upplysningen om att vederbörande antingen föddes av svenska föräldrar eller naturaliserades. Det måste dessutom sägas att föräldrarnas föräldrar likaledes var svenskar. En stor mängd händelser måste således nämnas, kanske sedan vikingatiden. Antag emellertid att man debatterar frågan huruvida en i riket bosatt utlänning i vissa hänseenden bör likställas med svenska medborgare. Debattens poäng skulle gå förlorad, om orden »svensk medborgare», »svensk» m.m. plötsligt ersatts av komplicerade faktabeskrivningar. Många människor har en disposition att argumentera för olika värderingar och regler om nationalitetens och medborgarskapets roll i olika sammanhang. De kan t.ex. kritisera eller försvara lagar, enligt vilka vissa rättigheter, såsom rösträtten i riksdagsvalet och behörigheten att inneha domartjänst, bör följa medborgarskapet. Hade kvalifikationen »svensk medborgare» försvunnit, skulle även denna debatt försvåras.

Rättighetsbegreppets användning i etisk och rättspolitisk debatt kännetecknas dessutom av att hänsyn till individens rättigheter, t.ex. äganderätt, tillerkänns ett *prima facie*-företräde före hänsyn till olika slags kollektiva mål. Endast särskilt tungt vägande skäl kan motivera en motsatt prioritering (jfr avsnitt 8.2.5 nedan).

Rättighetsinnehavaren erhåller härmed en »särskild makt» (*peculiar authority*) gentemot den som har en motsvarande skyldighet (jfr Golding 1991, 58; se vidare Golding 1984 och 1991 *passim*).

Därför kan den rådande trenden att utöka rättighetsspråket på ständigt nya ting leda till etiskt vilseledande slutsatser. Det är något osäkert om de så kallade sociala och ekonomiska rättigheterna, såsom rätt till arbete, utbildning, bostad m.m., borde ha en så pass prioriterad ställning. En mycket värre företeelse består av att olika slags allmänna intressen (egentligen kollektiva mål) betecknas som ett slags rättigheter som inte den enskilde utan något kollektiv är bärare av. Ett exempel på detta språkbruk är det av Ingvar Carlsson introducerade (och sedermera lyckligtvis bortglömda) begreppet »medborgarrätt» som beteckning på det allmännas »rättighet» till att i politiskt ordning omfördela resurser. »Rättigheterna», som är vagt formulerade, förvaltas – mer eller mindre godtyckligt – av

något politiskt organ. Om dessa nya »rättigheter» tillerkänns företräde framför de gamla och genuina sådana blir den enskilde maktlös.

Om detta samband mellan rätt och etik beaktas måste följande konstateras. En rättsordning innehållande en kvalifikationsnorm om institutionella fakta, såsom medborgarskap, äktenskap eller äganderätt är inte liktydig med en bestämd mängd handlingsregler. Den innehåller ett antal handlingsregler och en viss etisk komponent. Denna består av att vissa etiska värdeomdömen som gäller institutionella fakta får eller bör beaktas vid lagstiftning och juridisk tolkning.

I ljuset av vårt etiska språk och vår etiska kultur framstår många (och indirekt kanske *alla*) institutionella fakta som på ett eller annat sätt värdefulla. De utgör dessutom villkor för vissa etiska principers tillämplighet. Värdena och principerna är däremot inte direkt knutna till komplicerade omskrivningar som till varje pris söker undvika sådana ord som »ägare».

Institutionella fakta, rättsliga kvalifikationsnormer och etiska principer hänger således samman. Följande exempel belyser detta samband. En kvalifikationsnorm bestämmer villkoren för att man blir fastighetsägare. Att A är fastighetsägare utgör ett institutionellt faktum. En etisk princip bestämmer att äganderätten bör skyddas. En avvägning mellan denna princip och vissa andra, däribland jämlikhets- och frihetsprincipen, motiverar vissa slutsatser, såväl rättspolitiska (*de lege ferenda*) som juridiska (*de lege lata*). Avvägningen motiverar m.a.o. införandet och en viss *tolkning* av olika rättsliga handlingsregler. Om man då försöker reducera de rättsliga kvalifikationsreglerna till vissa handlingsregler måste man antingen klippa av bandet mellan rättsordningen och den etiska debatten eller formulera om många etiska principer, så att de inte längre kommer att knyta an till institutionella fakta. Ett sådant reformprogram är logiskt möjligt men i själva verket gigantiskt till sin räckvidd och man kan tveka om det överhuvudtaget är värt mödan.

2.6.8 Institutionella fakta

A KONSTITUTIVA NORMER SOM NÖDVÄNDIGA BETINGELSER FÖR INSTITUTIONELLA FAKTA

En konstitutiv norm kan sålunda vara en nödvändig betingelse för att ett institutionellt faktum skall uppstå; man måste t.ex. följa vissa formregler

för att genom köp förvärva äganderätt till en fastighet eller genom vigsel bli äkta make.

Likaledes måste man följa vissa rättsregler för att bli anställd hos ett bestämt bolag. Andra rättsregler måste följas för att bolaget överhuvudtaget skall kunna existera. Ett komplext nät av olika rättsregler måste sålunda förutsättas för att man skall kunna tala om institutionella fakta, t.o.m. mycket enkla sådana.

B KONSTITUTIVA NORMER SOM ANDRA SLAGS BETINGELSER FÖR INSTITUTIONELLA FAKTA

Även andra slags betingelser förekommer. En konstitutiv norm kan *tillsammans med vissa materiella fakta* vara både tillräcklig och nödvändig för ett visst institutionellt faktum; t.ex. kan en straffbestämmelse förvandla vissa handlingar till ett skattebrott. En sådan norm kan även tillsammans med vissa materiella fakta vara tillräcklig men inte nödvändig för ett institutionellt faktum (jfr Conte 1981, 14 ff.). Slutligen kan den vara en relevant, fast svagare betingelse – inte en tillräcklig och inte heller en nödvändig. Köplagen t.ex. innehåller flera detaljregler som är relevanta men knappast tillräckliga för att man förvärvar äganderätt till lösa saker; dessutom kan förvärvet ske på andra sätt än genom köp.

C MATERIELLA FAKTA SOM NÖDVÄNDIGA BETINGELSER FÖR INSTITUTIONELLA FAKTA

Åter till *nödvändiga* betingelser. Konstitutiva normer bildar som sagt en grupp av nödvändiga betingelser för institutionella fakta. Vissa materiella fakta bildar en annan grupp; t.ex. ett bolags »existens» är beroende av vissa rent materiella fakta. Alla institutionella fakta »parasiterar» på dessa. De är otänkbara utan något materiellt faktaunderlag.

Man uppfattar institutionella fakta genom att konstatera vissa materiella fakta och tolka dem i ljuset av vissa normer, avsikter och andra praktiska begrepp. Tolkningen är spontan. Varje kund i den affär där Per arbetar inser omedelbart att Per är anställd som kassör. Fast psykologiskt spontan kan kunskapen om institutionella fakta analyseras. Analysen avslöjar en dold komplexitet.

Ett komplex av materiella fakta utpekas nämligen av konstitutiva rättsregler som en nödvändig betingelse för att ett visst institutionellt faktum föreligger, såsom att ett aktiebolag finns till, att en viss person är anställd hos bolaget m.m.

Anta att F1, F2 och F3 är materiella (fast komplexa!) fakta som ingår i olika, var för sig tillräckliga, villkor för att normen N1 gäller inom rättsordningen. Symbolen F1 kan t.ex. syfta på olika personers beteende som ingår i lagstiftningsprocessen, F2 kan stå för olika människors uppträdande som vittnar om en viss sedvana och F3 kan beteckna domares och nämndemäns beteende »bakom» rättspraxis. Följande logiska samband föreligger då mellan F1—F3 och N:

Om N1 gäller så finns F1, F2 *eller* F3 till.

Anta vidare, att N1 bestämmer att materiella fakta F4 och F5 ingår i olika, var för sig tillräckliga, villkor för att aktiebolaget Snabbköp AB finns till. Det ifrågavarande logiska sambandet är följande:

Om Snabbköp AB finns till så gäller N1 *och* F4 *eller* F5 finns till.

Anta också att en annan norm, N2, gäller tack vare sitt samband med materiella fakta F6 och F7:

Om N2 gäller så finns F6 *eller* F7 till.

Anta till sist att N2 bestämmer att vissa – i sig mycket komplexa – materiella fakta F8 och F9 ingår i olika, var för sig tillräckliga, villkor för att Per är anställd hos Snabbköp AB. F8 och F9 kan t.ex. vara parternas olika beteende (såsom att uttala vissa ord eller att skriva på vissa papper) som medför att det föreligger ett bindande anställningsavtal. Det kan då sägas att:

Om Per är anställd hos Snabbköp AB, så N2 gäller *och* F8 *eller* F9 finns till.

För att kunna anställa någon måste Snabbköp AB finnas till. Ovanstående kan följaktligen sammanfattas i en enda schematiska sats:

Om Per är anställd hos Snabbköp AB, så
- finns F1, F2 *eller* F3 till *och*
- finns F4 *eller* F5 till *och*
- finns F6 *eller* F7 till *och*
- finns F8 *eller* F9 till.

I det verkliga livet är sådana relationer än mer komplexa. Antalet berörda normer och materiella fakta är långt större. Bilden kompliceras dessutom av språkets vaghet.

Modellen belyser emellertid en viktig sak: Det institutionella faktum att Per är anställd hos Snabbköp AB står i ett logiskt samband med några materiella fakta, men sambandet är svagare än en likhetsrelation. Ett komplex av materiella fakta utpekas av rättsordningen som en *nödvändig* betingelse för ett bolags existens och dess ställning som arbetsgivare. Om t.ex. finns inte vare sig F4 eller F5, så finns inte heller bolaget Snabbköp AB. Om finns inte vare sig F8 eller F9, så är Snabbköp AB inte Pers arbetsgivare.

D SPRÅNGET FRÅN RÅA FAKTA TILL INSTITUTIONELLA FAKTA

Av ovanstående följer självfallet att ett komplex som endast består av materiella fakta, således utan några konstitutiva normer, *inte* kan bilda någon *tillräcklig* betingelse för ett institutionellt faktum.

Man kan visserligen analysera slutledningar, vilka grundar sig på en premissmängd som inkluderar beskrivningar av materiella fakta och utmynnar i en slutsats om institutionella fakta. Slutsatsen »Per är kassör» följer således av en komplex premissmängd som innefattar upplysningen om sådana materiella fakta som att han skrivit på ett visst papper, dagligen kommer till en viss lokal och sitter i kassan. Men för att tillförsäkra slutsatsen logisk korrekthet måste premisserna kompletteras med vissa data som inte är rent materiella. Det måste bl.a. framgå att papperet är ett tjänsteavtal. Frågan om vad som bildar ett giltigt tjänsteavtal kan inte besvaras utan att hänsyn tas till vissa gällande rättsregler. Rättsreglernas giltighet bestäms inte endast av vissa rent materiella fakta, såsom fysiskt beteende av de personer som deltar i lagstiftningsprocessen, utan även av att dessa fakta *tolkas* som en rättsgrundande process. Slutledningen från materiella premisser till institutionella slutsatser är ett rimligt *språng* i följande bemärkelse.

- Den är inte logiskt fullständig, den bygger m.a.o. på ofullständiga premisser.
- Genom att tillägga ytterligare premisser kan man visserligen förvandla slutledningen till en logiskt korrekt sådan.
- De tillagda premisserna är rimliga, men inte alla av dem är säkra eller förutsatta av alla jurister.

E INSTITUTIONELLA FAKTA OCH VISSA PRAKTISKA BEGREPP

För att förklara och förstå institutionella fakta behöver man vid sidan av konstitutiva regler även vissa andra praktiska begrepp, såsom »avsikt», »handling» och »värde». För att t.ex. kunna förstå ett mästarparti i schack

måste man både kunna schackreglerna och uppfatta spelarnas planer, styrkan av olika drag m.m.

Detta kan jämföras med teoriers roll i ett fysiskt sammanhang: För att förstå och förklara vissa materiella fakta behöver man teorier, den astronomiska teorin förklarar t.ex. planeternas rörelse (jfr Weinbergers introduktion till MacCormick och Weinberger 1985, 17).

F FÖRHÅLLANDE TILL TID OCH RUM

Institutionella fakta finns i tiden, ett tjänsteavtal kan t.ex. gälla under ett år. De är emellertid svåra att placera i rummet. Sådana frågor som »hur brett, hur långt och hur högt är tjänsteavtalet mellan Snabbköp AB och Per?» har ingen rimlig mening.

G ETT KOMPLEX AV SKILDA SLAGS KOMPONENTER

Varje institutionellt faktum kan uppfattas som ett komplex av sammanhängande komponenter, såsom människor, deras psykiska upplevelser, handlingar och produkter, inklusive ideella sådana, som t.ex. lagars *innebörd.*

För att markera detta kan man använda sig av Poppers språk och säga att meningen med och innebörden hos rättsnormer, tjänsteavtal och andra institutionella ting bildar en annan »värld» (»värld 3») än den värld (»värld 1») i vilken materiella fakta finns till. M.a.o. kan man skilja på olika existenssätt: »råa» (materiella) fakta finns 1, medan mening och innebörd hos institutionella fakta finns 3. Se avsnitt 2.5.4 ovan.

Anta att Per arbetar som kassör i Snabbköp AB. Det föreligger härmed ett institutionellt faktum som har följande struktur: Per själv är en människa som finns 1, fysiskt, i »värld 1». De enskilda människor som utför rättshandlingar å aktiebolagets vägnar tillhör likaledes »värld 1». Pers tjänsteavtal med aktiebolaget har en mening som finns 3, ideellt, i »värld 3». Detsamma gäller bolagets rättsliga kvalitet som just ett aktiebolag. Avtalets mening och bolagets rättsliga kvalitet uppfattas av såväl Per som hans omgivning, dvs. en rad människor upplever vissa tankar som finns 2, psykiskt, i »värld 2».

Ett institutionellt faktum innehåller sålunda olika komponenter som finns på olika sätt, dvs. tillhör olika »världar» i Poppers mening. Ett institutionellt faktum som helhet kan följaktligen inte placeras i någon av dessa »världar» utan utgör ett system som utsträcker sig över alla tre.

Vissa komponenter i denna struktur har fristående egenskaper, helt oberoende av komplexet. Pers längd, vikt, hårfärg osv. är således obe-

roende av hans tjänsteställning som kassör. Men andra egenskaper finns endast tack vare komponenters tillhörighet till komplexet. Pers egenskap att vara anställd som kassör är således intimt sammanbunden med tjänsteavtalets innebörd och de tankar som avtalet väcker.

H INTERN SYNVINKEL

Om man vill förstå samhälleliga fenomen och därmed skaffa sig underlag för sina handlingar, måste man ha information om institutionella fakta.

Kunskap om institutionella fakta skaffar man sig utifrån en *intern synvinkel*, dvs. i ljuset av de konstitutiva regler som godkänns och används som riktlinjer för beteende i den grupp man själv tillhör (jfr Hart 1961, 86).

Närmare bestämt är den interna synvinkeln »kognitiv» om man förstår ett institutionellt faktum i ljuset av de regler som gruppens andra medlemmar godkänner, och »viljemässig» då man förstår det i ljuset av de regler man själv godkänner (jfr MacCormick 1978, 292).

I FRÅGAN OM INSTITUTIONELLA FAKTA »VERKLIGEN» EXISTERAR

En filosof kan emellertid lämna den interna synvinkeln och inta iakttagares värdeneutrala attityd. I så fall kan han ställa frågan om sådana ting som gällande rätt, aktiebolag, ett bolags ställning som arbetsgivare m.m. »verkligen» finns till.

Följande skäl talar för att svaret måste vara »javisst!».

Konsensus. Nästan alla människor inom vår kulturkrets uppträder som om de hade hyst tron på institutionella fakta.

Hänsyn till språket. Denna tro återspeglar sig i vardagsspråket. Det skulle vara språkligt besynnerligt att t.ex. betrakta gällande rätt och bolag som fiktiva och hävda att endast olika individers *tankar* på dessa fiktioner är verkliga. Det går inte att förneka att olika människor kan tänka samma sak. Kalle och Pelle kan t.ex. tänka på samma aktiebolag. Deras tankar kan ha samma innebörd, t.ex. att bolaget är Pers arbetsgivare. Det är tankarnas innebörd som kan vara identisk för Kalle och Pelle, inte tankarna själva. Kalles tanke – betraktad som en psykisk upplevelse – finns i Kalles huvud, och Pelles tanke i Pelles huvud.

Pragmatisk framgång. Visserligen kan filosofen göra gällande att såväl konsensus som språket endast gäller den interna synvinkeln. Ur filosofens externa, värderingsfria synvinkel framstår däremot allt tal om institutionella fakta som fantasi. Men då möter filosofen en annan invändning.

»Fantasin» är påtagligt nyttig, medan hans värderingsfrihet inte är det. Det skulle nämligen vara opraktiskt att avstå från att använda sådana uttryck som att »det finns ett skriftligt avtal om det här» eller »det finns en gällande lag som reglerar detta problem». En individ som konsekvent undviker alla referenser till olika föreskrifter, avtal och bolag skulle i själva verket vara socialt handikappad.

I vår kultur bildar nämligen tron på olika slags institutionella fakta generellt ett nödvändigt villkor för olika slags pragmatiska framgångar: Endast om man anpassar sina handlingar till information om institutionella fakta kan man förverkliga sina olika syften.

Strömberg 1991, 460 anser att institutionella fakta inte finns och invänder följande: »Tron på häxor påverkade på sin tid människors beteende. Var också häxorna institutionella fakta?». Han förbiser emellertid viktiga skillnader:

Tron på att olika aktiebolag och andra juridiska personer finns till genomsyrar en stor mängd transaktioner och andra handlingar. Utan dessa hade vårt samhällsliv ändrats radikalt. (Till vem betalar man sin hyra? Av vem köper man sitt bröd? Vems tåg brukar man åka?). Tron på häxor påverkade däremot inte så mycket.

Tron på institutionella fakta leder som sagt systematiskt till pragmatisk framgång. Var tron på häxor lika nyttig? Endast i vissa speciella fall kunde man profitera på den, t.ex. genom att eliminera en »häxa» som råkade vara ens konkurrent.

Visserligen är distinktionerna inte skarpa. Den avgörande frågan är inte *om* våra handlingar påverkas av tron på bolag respektive häxor utan *hur många* handlingar som gör det, hur många olika livsområden de tillhör m.m. Likaledes är det avgörande hur ofta och på hur många olika livsområden tron på häxor respektive bolag är nyttig. Men gränsdragningen mellan »det verkliga» och »det overkliga» *är* oskarp. Därför finns det olika filosofiska uppfattningar.

Institutionella fakta måste följaktligen uppfattas som verkliga. De ingår i juristernas *data*mängd.

J VISSA KONSEKVENSER ANGÅENDE BEGREPPET »GÄLLANDE RÄTT» – FRÅGAN OM »ÖVERNORMER»

Institutionella fakta och konstitutiva normer är väsentliga för gällande rätt, och detta på två olika sätt:

Gällande rätt innehåller ett stort antal konstitutiva normer som skapar institutionella fakta.

Gällande rätt *är* dessutom ett institutionellt faktum.

Den senare iakttagelsen innebär att *det måste* finnas någon konstitutiv norm som skapar gällande rätt.

Denna slutsats baserar sig på analysen av begreppet »institutionellt faktum». Samma slutsats kan även motiveras på ett annat sätt, nämligen genom att rikta uppmärksamheten på sambandet mellan begreppet »gällande rätt» och värderingar. Begreppet »gällande rätt» har inte endast de ovan beskrivna egenskaperna, utan även en viss praktisk mening. M.a.o. är giltighetsbegreppet normativt. Att en norm är giltig eller gällande betyder att den bör följas. Följaktligen besvarar man ofta två frågor på en gång, »vad är gällande rätt»? och »varför bör rätten följas»? Den första frågan avser en definition av gällande rätt, den andra dess legitimitet, närmare bestämt dess djupgående rättfärdigande. Den första frågan förutsätter vissa filosofiska åsikter om verklighetens natur. Man kan därför använda beteckningen »definitions- och existensfrågan».

Den andra frågan är svår. För att meningsfullt tala om en giltig norm måste man tänka sig minst två normer, den vars giltighet konstateras och den som bestämmer giltigheten. När det gäller *rätts*normers giltighet kan den giltighetsbestämmande normen ha olika karaktär.

1) Den kan vara en rättsnorm. En grundlagsnorm bestämmer således när en lag är gällande.

2) Den kan vara en etisk norm. En etisk norm kan t.ex. bestämma att en lag har ett så stötande innehåll, att den inte längre bör behandlas såsom gällande.

3) Den giltighetsbestämmande normen kan även ha en annan karaktär. En samhällelig norm bestämmer således att ett visst slags samband med en effektiv maktutövning är nödvändigt för att man skall kunna betrakta ett normsystem som gällande rätt.

Om den giltighetsbestämmande normen inte är rättslig, utgör den sålunda en komponent inom ett mer omfattande system, nämligen »rättens omgivning» som består av samhället, dess kultur, språket, olika ideologier, rationalitetskrav m.m. (jfr avsnitt 2.5.5 ovan).

Olika uppfattningar om de »övernormer» som bestämmer den rättsliga giltigheten kan indelas på olika sätt. Traditionellt skiljer man mellan *rättspositivismen* och *naturrättsläran*. Naturrättsläran brukar placera övernormerna inom etiken. Rättspositivismen finner dem i själva rätten.

Om »övernormen» antas tillhöra själva rätten uppstår emellertid en risk för cirkelslut. Som nämnts var (jfr avsnitt 2.1.3K ovan) *Alf Ross* medveten om denna risk. Hans lösning var att anta följande:

Gällande rätt bildar en sammanhängande helhet; i vårt språkbruk kan detsamma uttryckas genom att hävda att begreppet »gällande rätt» är systemförankrat.

Gällande rätt bildar en »överindividuell gemensam ideologi»: Den är å ena sidan ett motiv för domaren att avgöra saken på ett visst sätt och å den andra sidan används den av juristerna som ett »tydningsschema», vilket gör det möjligt att förstå och förutsäga domstolsavgöranden.

»Övernormen» grundas m.a.o. på juristernas *praxis*. Rätten gäller ytterst därför att juristerna antar att rätten gäller. Jfr avsnitt 2.2.2E och 2.2.3B ovan om Kelsen och Hart. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 6.1.7 nedan.

2.7 Intern giltighet

2.7.1 Inledande anmärkningar om intern giltighet

Självfallet är inte alla normer rättsnormer. Det finns flera olika slags normer, t.ex. inom etiken, etiketten, modet, olika spel och inom varjehanda lagliga eller olagliga grupper. Rättsnormer skiljer sig från andra normer genom sin tillhörighet till rättssystemet. Detta samband mellan begreppet »rättsnorm» och begreppet »rättssystem» påverkar teorin om rättsnormernas giltighet.

Enligt Luhmann (1993, 101) är giltighet rättssystemets »egenvärde» som uppstår genom systeminterna operationer. All rätt är gällande rätt (id. 102). Luhmann kritiserar »externaliseringstendenser» vilka uttrycker sig i jakten efter en systemextern grund för den rättsliga giltigheten. Kelsens grundnorm och Harts igenkänningsregel berörs kritiskt i detta sammanhang (id.). Giltighet är enligt Luhmann ingen norm, utan en form (id. 104). Den är en anknytningssymbol som endast kan verifieras i anslutning till gällande rätt.

Fast denna synvinkel är värdefull är Luhmanns teori ensidig. Den ignorerar nämligen den normativa och värderande aspekten av frågan om hela rättssystemets legitimitet och externa giltighet (se avsnitt 2.5.3 ovan).

Man måste skilja mellan (I) enstaka normers interna giltighet och (II) hela rättssystemets externa giltighet. Den förra är relevant för alla som på något sätt kommer i kontakt med rätten. Inte minst behandlas den ständigt ur juristernas interna synvinkel. Den senare är däremot relevant framför allt i två sammanhang: i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning och ur rättsfilosofens externa synvinkel.

När en jurist säger att en norm är en (internt) gällande rättsnorm menar han att den tillhör det gällande rättssystemet. Det gör den framför allt på grund av sitt ursprung, innehåll, acceptans och effektivitet. Följaktligen kan det sammansatta begreppet »(internt) gällande rättsnorm» analyseras genom att tre enklare giltighetsbegrepp särskiljas, det formaljuridiska, det etiska och det sociologiska (jfr Alexy 1992, 139). Det formaljuridiska begreppet bildar en kärna av juristens synvinkel, men även de två övriga måste beaktas av honom.

2.7.2 Formaljuridiskt, etiskt och sociologiskt giltighetsbegrepp

A DET FORMALJURIDISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Giltighetens samband med normernas *ursprung* bestäms av rättskälleläran.

a) För det första är en given norm rättsligt gällande om den skapats i överensstämmelse med normer av högre dignitet. Ett rättssystem består således av åtskilliga nivåer eller avsatser, t.ex. grundlagen, civilrättens i lag givna normer och avtalsnormer (jfr avsnitt 2.2.2D ovan om Kelsens teori).

En komplex teori besvarar frågan *vilka* normer av högre dignitet som bestämmer om att lägre normer är gällande. De flesta – men inte alla – giltighetsbestämmande normerna är procedurregler. Många – men inte alla – procedurregler spelar denna roll (jfr Merkl 1968, 195 ff., Kelsen 1960, 271 ff. och Paulson 1980, 172 ff.).

b) Denna avsatsteori bildar emellertid blott en huvudteori om gällande rätt, som måste kompletteras med olika hjälpteorier som förklarar normpyramidens defekter.

Vissa sådana besvarar t.ex. frågan om när en del nya lagnormer skall betraktas som gällande, trots att de tillkommit i strid med grundlagen. (Jfr Raz 1970, 60 ff. och 180 om »*original laws*»). På så sätt erkände man i flera år att tryckfrihetsförordningen från 1812 var gällande, trots att den antagits vid endast en riksdag i stället för vid föreskrivna två riksdagar.

Andra hjälpteorier besvarar den motsatta frågan om när vissa i och för sig korrekt tillkomna normer ändå inte är gällande, fast de inte blivit formellt upphävda. Sådana normer kan ha förlorat sin giltighet på ett sedvanerättsligt sätt. En uråldrig och överspelad bestämmelse kan således förlora sin giltighet på grund av ändrade förhållanden (s.k. *desuetudo derogatoria*, dvs. sedvanerättslig giltighetsförlust).

Det finns också vissa normer, tillkomna genom prejudikat, lagars förarbeten, doktrin osv., som utgör giltiga juridiska argumentationsskäl, fast

de inte är bindande. Trots att sådana normer har en juridisk relevans betraktas de vanligen inte som rättsnormer.

B DET ETISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Giltighetens samband med normernas innehåll bestäms huvudsakligen av olika etiska krav.

Dessa är aktuella framför allt i samband med oskrivna rättsprinciper. Rättsnormernas system omfattar inte endast explicit skapade lagar utan även de principer som ligger till grund för dessa. En rättsprincip gäller därför att två villkor samtidigt uppfylls: (a) principen är etiskt godtagbar, och (b) den förklarar och motiverar innehållet i lagar, prejudikat, förarbeten m.m. (Jfr Dworkins teori, avsnitt 8.2.1 nedan).

Motsvarande gäller *tolkad rätt*. Tolkningsresultatet är gällande därför att det på en och samma gång (a) anknyter till innehållet i lagar, prejudikat, förarbeten m.m., (b) motiveras med beaktande av den etablerade juridiska metoden och (c) inte är extremt oetiskt.

Det etiska giltighetsbegreppets tillämpning på ett konstaterande att lagar och andra samhälleligt etablerade rätts*regler* är gällande rätt är däremot tämligen begränsad. Förvisso kan en domstol vägra följa en bestämmelse i ett säreget, av lagstiftningsmakten oförutsett fall, om dess följder bedöms som extremt oetiska. Bestämmelsens generella karaktär av gällande rätt påverkas emellertid inte av ett sådant beslut.

Det är däremot osannolikt i ett normalt samhälle att en grundlagsenlig lag dyker upp som vid tillämpning på helt vanliga, typiska fall visar sig extremt oetisk. Ett normalt samhälle uppställer många hinder för en sådan lag. Inget inflytelserikt politiskt parti skulle ha något att vinna på att ställa sig bakom ett extremt oetiskt lagförslag. Om något sådant inträffar, skulle förslaget sannolikt visa sig grundlagsstridig, om lagprövning eller preventiv normkontroll (t.ex. lagrådsgranskning) finns.

Det ovan sagda kan uppfattas som ett svar på Strömbergs invändning (1991, 461), att jag inte »gör något försök att förklara innebörden av att 'some particular rule', t.ex. påbudet om högertrafik i vägtrafikkungörelsen 42 §, är gällande rätt i Sverige. Med andra ord: Peczenik lämnar begreppet gällande rätt oförklarat. En stor majoritet av reglerna i vårt rättssystem är etiskt indifferent, och den kan alltså inte hämta sitt innehåll ur en allmänt accepterad etik».

Visserligen finns det gällande rättsregler (fast kanske inte »en stor majoritet») vars innehåll – betraktat utan samband med rättssystemet som helhet – är etiskt indifferent. Men dessa reglers giltighet stöder sig *ytterst* på att rättssystemet som helhet uppvisar tillräckligt många kännetecken på extern giltighet. Ett av dessa

kännetecken är att rättssystemet inte är genomgående extremt oetiskt. Vägtrafikkungörelsen 42 § är gällande i Sverige tack vare att den har lagstiftats i en behörig ordning inom ett sådant system.

Strömberg har missat denna poäng eftersom han förbisett att egenskapen att vara gällande rätt är systemförankrad. Enskilda normer blir gällande tack vare sin tillhörighet till systemet. För att förstå det måste man företräda ett systemförankrat tankesätt. Tänker man i en annan tradition, har man endast att välja mellan ohållbara alternativ, antingen att förgäves leta efter en enkel, systemfri och ändå adekvat definition av gällande rätt eller att i likhet med Strömberg bli en rättsskeptiker, som uppfattar »gällande rätt» som en fantasiskapelse.

C DET SOCIOLOGISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Giltighetens samband med normernas effektivitet (jfr Summers 1985, 76 ff.) medför bl.a. att vissa effektiva normer är gällande fast de inte skapats i behörig ordning, medan vissa andra, korrekt skapade och ej upphävda normer inte är gällande, eftersom de på grund av sin ålder eller andra omständigheter inte tillämpas av vare sig domstolar eller andra myndigheter (jfr punkt A ovan).

Giltigheten hänger även samman med normernas acceptans. Rättens effektivitet är ofta om än inte alltid ett resultat av dess acceptans (jfr Summers 1985, 76). Ytterst beror effektiviteten på att olika individers attityder till rätten har ett samordnat innehåll. M.a.o. finns det en »överindividuell gemensam ideologi» i Ross' mening (jfr ovan avsnitt 2.1.3). Å andra sidan bidrar effektiviteten till att rätten accepteras och anses vara legitim och bindande (jfr Ross 1946, 89-90 och Olivecrona 1971, 70-71).

2.8 Extern giltighet

2.8.1 Extern giltighet. Inledning

A ALLMÄNT OM KÄNNETECKEN PÅ EXTERN GILTIGHET

När en extern iakttagare eller en jurist i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning ställer frågan om grundlagarna är gällande, om rättskälleläran bör följas och om normsystemet som helhet utgör gällande rätt, rättar han sig efter olika kännetecken på extern giltighet.

Det finns vissa etablerade kännetecken på rättssystemets externa giltighet. M.a.o. kan man genom undersökning av det juridiska språket och den rättsliga kulturen (»värderingsfritt») konstatera, att ett normalt rättssystem har vissa egenskaper.

Ett normalt rättssystem omfattar nämligen vissa normer som på ett särskilt sätt bestämmer dess struktur och funktioner. Närmare bestämt består ett sådant system av flera olika nivåer, såsom grundlagar, lagar, olika slags föreskrifter, domar m.m.; systemet omfattar handlingsregler och konstitutiva regler; det gör anspråk på riktighet, tvångsmonopol, överordnad karaktär och fullständighet (se avsnitt 2.8.2 nedan).

Ett normalt rättssystem är dessutom i stort sett effektivt och öppet (avsnitt 2.8.3 nedan).

Ett normalt rättssystem har även ett visst samband med etiken (avsnitt 2.8.4 nedan).

Dessa egenskaper kan betecknas som rättsgrundande fakta. De kan åberopas för att bestämma om ett normsystem utgör gällande rätt. Om tillräckligt antal av dessa fakta äger rum så är det ifrågavarande normsystemet *prima facie* gällande rätt.

B BEGREPPETS VÄRDEÖPPENHET

Uttrycket »*prima facie*» innebär följande. Det är både språkligt naturligt och rimligt att åberopa bestämda fakta som skäl för slutsatsen att ett normsystem är gällande rätt. Denna slutsats är emellertid inte säker. Osäkerheten grundar sig på att vissa tyngre vägande skäl kan tala mot att detta system är gällande rätt.

Följaktligen är begreppet »gällande rätt» vagt, närmare bestämt värdeöppet: Det finns således många, sinsemellan konkurrerande, kännetecken på rättslig giltighet. Det är inte säkert att varje gällande rättssystem måste ha alla sådana egenskaper.

2.8.2 Definitionsfrågan. Normer om rättssystemets struktur och funktioner

Låt mig börja med normerna om rättssystemets struktur och funktioner.

1. Ett normalt rättssystem omfattar inte bara individuella utan även generella handlingsregler. Därmed skapas ett minimum av »lag och ordning».

En handlingsregel kan vara individuell, om den reglerar ett konkret fall (t.ex. »Pelle skall betala Kalle 100 kr») eller generell om den reglerar en mängd fall som karakteriseras av vissa egenskaper, t.ex. »den som berövar annan livet dömes till fängelse».

En individuell regel är antingen konditional eller kategorisk. I konditionala normer ingår vissa villkor (om x, så y). Kategoriska normer saknar sådana villkor.

En generell regel som ur grammatisk synvinkel är kategorisk kan alltid översättas till en konditional regel. Den etiska normen »man får inte döda andra människor» kan således framställas på följande sätt: »om x är en människa och y är en annan människa, så får x inte döda y». De flesta generella regler är dessutom konditionala i en annan mening: de medger vissa undantag (om x, så y, med undantagen att $z_1 \ldots z_n$ inte förekommer). Det sistnämnda gäller bl.a. nästan alla *rätts*regler.

2. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på *riktighet* (jfr Alexy 1992, 64 ff.).

3. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, dvs. att fysiskt våld endast får förekomma med stöd av rättsnormerna (jfr t.ex. Ross 1958, 34; Olivecrona 1971, 271 och Olivecrona 1976, 262 ff.). Därmed erhåller den enskilde ett visst minimum av rättstrygghet (i Frändbergs mening, jfr Frändberg 1993).

Även t.ex. maffians normer gör anspråk på att maffian får utöva tvång, men de ställer inga hinder i vägen för att polisen gör likadant.

Rättens karaktär av tvångsordning aktualiserar frågan om *sanktioners* plats i rättsordningen.

En handlingsnorm kan bestämma att den som bryter mot en annan handlingsnorm skall straffas eller utsättas för andra sanktioner. Man kan då skilja mellan en sanktionerad norm (en s.k. »primär» norm) och en sanktionsnorm (en reaktionsnorm, en s.k. »sekundär» norm). Den senare kan även kallas för en sanktionerande norm. Normen »man får inte döda andra människor» sanktioneras således av 3 kap. 1 § brottsbalken: »Den som berövar annan livet, dömes för mord till fängelse i tio år eller på livstid.» Dessutom finns det nästan alltid en ytterligare sanktionsnorm, som bestämmer påföljder för brott mot den förstnämnda sanktionsnormen. 20 kap. 1 § brottsbalken bestämmer således en sanktion för olika slags myndighetsmissbruk, däribland för det fall att en domare grovt felaktigt tillämpar 3 kap. 1 §.

Här slutar kedjan av sanktionsnormer. Om den försumlige domaren inte straffas skall bestämmelsen om myndighetsmissbruk utgöra rättslig grund för bestraffning av den domare som borde ha dömt honom osv. i all oändlighet.

4. Ett normalt rättssystem omfattar regler vilka bildar olika nivåer, varvid de högre normerna bestämmer hur de lägre skall skapas.

5. Ett normalt rättssystem omfattar regler vilka bestämmer hur tvister mellan olika personer skall avgöras (jfr Frändberg 1993b, 38).

6. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet är överordnat andra slags normer (jfr Raz 1979, 118).

Även moralnormerna har detta anspråk på att vara överordnade, jfr avsnitt 5.4.1 nedan om *Hares* lära. Därför är relationen mellan rätt och etik så svår att bestämma.

7. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet är fullständigt, dvs. reglerar alla aspekter av samhällslivet (jfr Raz 1979, 116 ff.).

8. Ett normalt rättssystem omfattar inte bara handlingsregler utan även konstitutiva regler vilka är betingelser för att man skulle kunna tala om institutionella fakta, sådana som avtal, löften, egendom, äktenskap och medborgarskap.

2.8.3 Definitionsfrågan. Rättssystemets effektivitet och öppenhet

A ALLMÄNT OM NORMER OCH HANDLINGAR

Andra kännetecken på rättens externa giltighet avser ett normalt rättssystems effektivitet och öppenhet. Ett normalt rättssystem är i stort sett (»*im grossen und ganzen*», jfr Kelsen 1960, 215 ff.) effektivt. Det är även i stort sett tillgängligt för allmänheten: de flesta rättsnormerna offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt.

Rättens effektivitet och öppenhet i denna mening beror inte endast på rättsnormernas innehåll utan består av olika slags förhållanden mellan rättsnormerna och mänskliga *handlingar*. Genom att göra den externa giltigheten beroende av rättsreglernas effektivitet och öppenhet lämnar man sålunda ett rent formalistiskt (normativt) tankesätt och ger uttryck för en s.a.s. realistisk rättsteori.

Olika slags handlingar bildar följaktligen en komponent av gällande rätt.

I detta samband uppstår vissa svåra filosofiska frågor rörande handlingsbegreppet, begreppet »lagstiftare» m.m.

En handling är i sig ett komplex av olika komponenter, såsom ett beteende och en intention; man utför handlingar för att uppnå ett visst mål.

I samband med gällande rätt måste följande handlingstyper beaktas:

- avsiktligt skapande av normer, t.ex. genom lagstiftning; och
- samhällelig praxis av en grupp människor, varav man genom tolkning kan härleda (oskrivna) normer. I det senare fallet behöver gruppens medlemmar inte ha någon avsikt att skapa normer.

Alla samhälleliga normer har ett samband med handlingar. De handlingar vilka avsiktligt eller genom praxis skapar *rättsnormer* är emellertid särskilt komplexa.

Deras komplexitet måste beaktas i rättsteoretiska undersökningar med anspråk på att utveckla en rimlig definition av gällande rätt.

En lagstiftningsakt t.ex. tillskrivs en »lagstiftare», vilken emellertid inte är identisk med någon enskild individ. Lagstiftningsakten är alltså ett komplex av olika handlingar, utförda av t.ex. olika riksdagsledamöter; dessa måste ha haft kunskap om andra komplexa handlingar som utförts av ledamöter i utredningskommitté, departementschefen, vissa personer som representerar olika remissinstanser m.m.

B EFFEKTIVITET I VARDAGSLIVET

De viktigaste handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem beaktas nästan alltid av enskilda vid sådana vardagliga handlingar som att köpa, låna, gifta sig osv. Ett stort antal av systemets övriga handlingsnormer beaktas i de flesta fall av dem som de är tillämpliga på (jfr t.ex. Finnis 1980, 268 ff.).

C EFFEKTIVITET VID MYNDIGHETSUTÖVNING

Vissa handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner, som reglerar andras handlingar. Ytterst stöds denna reglering av normenligt tvång, som utövas av domare, poliser, kronofogdar m.fl. (jfr Olivecrona, t.ex. 1971, 271 och 1976, 268 ff.).

D ÖPPENHET

Det är dock osäkert om effektiviteten räcker till för att skilja en rättsordning från andra normativa ordningar, t.ex. från normsystem tillhöriga olika olagliga organisationer som maffian eller olika terroristgrupper. Det behövs vissa ytterligare kännetecken, såsom rättens öppenhet. De viktigaste normer som tillhör ett normalt rättssystem offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt. Medborgarna kan lätt finna de rättstillämpande myndigheterna. Statsgränsen är klart markerad. Poliser och militärer bär uniformer m.m.

Alla dessa egenskaper hos rättssystemet är också relevanta för begreppet »rättsstat». Men rättsstatens normsystem har även andra egenskaper, såsom en relativt hög precisionsnivå, maktdelning och rättssäkerhet. Dessutom uppvisar rättsstatens ordning en större grad av öppenhet än andra rättsordningar (jfr avsnitt 1.4.1 ovan).

E BEGREPPSBILDNING. PROFESSIONELLA JURISTERS ROLL

I avsnitt 1.4.1 ovan har det också konstaterats att rättsstatens normsystem tillämpas av professionella jurister som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder. Det är osäkert huruvida detta endast karakteriserar rättsstaten eller får anses vara ett kännetecken på *alla* väl utvecklade rättsordningar (jfr Peczenik 1968c, 260 ff.).

Rättens öppenhet och professionella karaktär kan uppfattas som två olika sidor av dess »institutionalisering» (jfr Ross 1958, 62).

2.8.4 Definitionsfrågan och den normativa frågan. Rätten och etiken

A HUVUDTESEN

Vidare, ett normalt rättssystem omfattar inte endast explicit skapade regler utan även vissa etiskt godtagbara principer som förklarar och motiverar reglernas innehåll.

Frågan om rättsordningens externa giltighet står i ett nödvändigt samband med etiken är komplex (jfr avsnitt 2.4.1D och 2.4.2 ovan).

I ett normalt samhälle behöver dess medborgare – vare sig jurister eller lekmän – inte heller fördjupa sig i etiken för att kunna utgå från sin egen rättsordnings giltighet. Inom den allmänna rättsläran måste man emellertid även diskutera ordningar som genomsyras av så oetiska normer och värderingar som Hitlers eller Pol Pots. Om orättvisan är synnerligen omfattande, måste juristen helt underkänna normsystemets giltighet. Så är fallet om inte ens det för existensen av ett rättssystem nödvändiga minimalbeståndet av normer skulle vara för handen, därest alla extremt oetiska normer rensats bort.

B GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN ETT NORMALT SAMHÄLLE OCH ETT SAMHÄLLE UTSATT FÖR EXTREMT OETISK MAKTUTÖVNING. ETT EXEMPEL

Gränsdragningen mellan ett normalt samhälle och ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning är givetvis inte skarp.

Anta att ett visst lands lagstiftning väsentligt liknar den svenska. Ingen tvivlar på rättsordningens karaktär av gällande rätt. Ett nytt parti vinner emellertid valet. Partiets program kräver att den statsbärande majoriteten »skyddas» mot en viss etnisk minoritet. Efter maktövertagandet ändras följaktligen landets medborgarskapslag och minoritetsfolket förlorar rösträtten. I övrigt lämnas det i fred. Såväl en lekman som en jurist kan nu

kritisera den nya medborgarskapslagen. Denna kan även anses vara så pass oetisk, att den inte är gällande. Giltigheten av landets övriga lagar påverkas emellertid inte alls av denna bedömning.

Mot valperiodens slut sjunker emellertid regeringspartiets popularitet påtagligt. För att återvinna väljarnas gunst »förtydligar» man propagandaspråket och en våldsam hatkampanj sätts igång mot den etniska minoriteten. Efter en knapp valseger känner sig partiledningen tvungen att uppfylla löftena. Minoritetsfolket stängs in i getton. Omfattande protester följer men undertrycks våldsamt. Regeringen känner sig tvungen att avskaffa demokratin och införa »ledarens» envälde. Omfattande delar av rättssystemet är nu extremt oetiska och därmed inte längre gällande. Men systemet i stort förblir gällande rätt eftersom viktiga beståndsdelar, däribland hela civilrätten och civilprocessen, lämnas helt oberörda.

Med tiden blir förfallet ännu djupare. Omvärldens tryck och inre motstånd gör härskarna desperata. Landet militariseras, alla produktionsmedlen förstatligas och hela befolkningen tvingas in i kommuner. Regimens motståndare mördas hänsynslöst. Sedan mördas även många andra. Terrorn är allomfattande och oberäknelig. Vissa regler finns kvar, t.ex. trafikreglerna, men i övrigt ersätts den gamla lagstiftningen med gummiparagrafer som ger härskargruppen oinskränkt makt. Till följd av rådande kaos förlorar landets normsystem sin karaktär av gällande rätt.

Den ovan utvecklade förfallsberättelsen visar, att juristens spontana förmåga att godta det bestående systemets rättsliga giltighet t.o.m. kan överleva en rå politisk terror. Så länge juristen kan fortsätta kommentera en någorlunda vettig civillagstiftning, spela sin vanliga roll i en ordnad rättegång m.m. är han inte benägen att lämna sin »nisch». Men någonstans finns det en smärtgräns. Pol Pots »rätt» är ingen rätt.

C GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN ETT NORMALT SAMHÄLLE OCH ETT SAMHÄLLE UTSATT FÖR EXTREMT OETISK MAKTUTÖVNING. EN SKENBAR PARADOX

Men hur kan en jurist förvissa sig om huruvida hans samhälle är normalt eller utsatt för extremt oetisk maktutövning? Frågan är givetvis etisk. Därmed uppstår risken för följande paradox. Ingen etisk argumentation behövs i ett normalt samhälle för att konstatera att lagen är gällande. Ändå behövs en etisk bedömning för att besvara frågan huruvida det ifrågavarande samhället är normalt. Innebär inte det senare påståendet att en etisk argumentation *alltid* behövs för att besvara giltighetsfrågan?

Paradoxen är emellertid skenbar. För att fastställa t.ex. att det svenska samhället är normalt behövs visserligen en etisk bedömning, men ingen etisk argumentation. Det normala tas för givet, spontant. Såväl en lekman som en jurist har m.a.o. en inlärd förmåga att utan någon argumentation finna sig i att de i hans samhälle stiftade lagarna är gällande rätt. Detsamma gäller långt mindre lyckligt ställda samhällen. Men överskrider orättvisan en viss tröskel, måste normsystemets legitimitet ifrågasättas. Först då inställer sig frågan om systemets orättvisor inte undanröjer dess giltighet.

Förvisso beror svaret på denna fråga ytterst på den enskildes personliga preferenser, men ändå måste det kunna motiveras på ett väl sammanhängande sätt.

D KRAVET PÅ ATT ETT RÄTTSSYSTEM INTE ÄR GENOMGÅENDE EXTREMT OETISKT

Följande generella slutsatser kan härledas ur det ovan sagda.

Ett normalt rättssystem är inte genomgående och extremt oetiskt, såsom exempelvis Pol Pots »rätt».

Ett normsystem som är genomgående och extremt oetiskt är inte någon gällande rätt.

Att ett system är genomgående och extremt oetiskt betyder närmare bestämt att om alla extremt oetiska normer rensats bort från det ifrågavarande systemet, skulle inte ens det minimala normbeståndet (jfr Alexy 1992, 150) bli kvar.

Bedömningen av en norm, en samverkande mängd av normer eller en verksamhet som extremt oetisk är komplex. Man måste fråga sig i vilken grad ett visst rättvisevärde kränks, hur viktigt detta värde är och hur många sådana värden som kränks.

Enligt Alexy (1993b, 29) var sålunda dödsskjutningar vid Berlinmuren extremt orättvisa i ljuset av en sammanvägning som beaktar följande: »ett helt och enda liv, som man måste leva på ett sätt som man inte vill, omöjligheten att försvara sig med argument, förbudet att fly från detta, och det dödande skottet för den som inte godtar det».

Begreppet »det minimala normbeståndet» kan preciseras funktionellt: Varje rättssystem måste uppfylla vissa funktioner. Det måste nämligen skapa ett visst minimum av ordning och trygghet, hjälpa till att avgöra tvister, skapa sådana institutionella fakta som bindande avtal, egendom, äktenskap och medborgarskap osv. Dessa funktioner kan uppfyllas endast

om vissa ting regleras. Sker det inte alls eller är reglerna extremt oetiska kan funktionerna inte uppfyllas. Det minimala normbeståndet är inte längre för handen.

Jfr Radbruch 1950, 353: »Konflikten mellan rättvisan och rättssäkerheten torde lösas så, att den positiva, genom lagstiftning (*Satzung*) och makt fastställda (*gesicherte*) rätten har företräde, även då dess innehåll inte är vare sig rättvist eller ändamålsenligt, med mindre att den positiva lagens kollision med rättvisa uppnår en så olidlig grad, att lagen har som 'oriktig rätt' att vika för rättvisan.»

Under medeltiden brukade man säga »*lex iniusta non est lex*» dvs. »orättvis rätt är ingen rätt» (jfr Finnis 1980, 364-365). Följande uttryck hade varit lämpligare: »*lex iniustissima non est lex*» (jfr Lucas 1980, 123), dvs. »den extremt orättvisa rätten är ingen rätt», eller »den extremt oetiska rätten är ingen rätt».

Det har hävdats att ett system inte är gällande rätt om det i stort sett (»*im grossen und ganzen*», jfr Kriele 1979, särskilt 177; Dreier 1982, 41 ff.) är extremt orättvist. *Robert Alexy* (1992, 150) har modifierat denna teori. »Ett rättssystem, som inte i stort sett är effektivt, bryter samman... Däremot kan ett rättssystem behålla sin existens, fast det i stort sett inte är att rättfärdiga moraliskt. Det bryter samman först då så många enskilda normer fråntas sin rättskaraktär... på grund av extrem orättvisa, att det för existensen av ett rättssystem nödvändiga minimala beståndet av normer inte längre är för handen.»

E GÄLLANDE RÄTTSORDNING OCH ETIKEN – EN VISS PRECISERING

Ett rättssystem får sålunda inte vara genomgående extremt oetiskt. Men vad är extremt oetiskt? Det finns flera kännetecken på det (jfr avsnitt 5.8 nedan). Närmare bestämt är ett normalt rättssystem inte genomgående sådant att dess tillämpning orsakar extremt mycket lidande, flagrant strider mot människors preferenser, konsekvent förhindrar förverkligandet av människors talanger osv.

Visserligen medför de etiska kraven på rättssystemets giltighet att rättsbegreppet blir vagt. De kan därför leda till att den formella rättssäkerheten, dvs. myndighetsutövningens förutsebarhet minskar. Men ökningen av vaghet är marginell och aktuell främst i sådana samhällen som Hitlers eller Pol Pots. Varför? Jo, i andra samhällen är rättsordningen utan tvekan inte genomgående extremt oetisk. Frågan om rättsordningens genomgående extremt oetiska karaktär saknar därmed praktisk betydelse.

F EN KONSEKVENS: FÖRÄNDERLIGHET AV BEGREPPET »GÄLLANDE RÄTT»

Till följd av sitt samband med etiken är begreppet »gällande rätt» föränderligt. Etikens förändringar kan skapa nya kännetecken på gällande rätt. Vissa fakta erhåller därmed ett sådant värde att de framstår som relevanta för svaret på frågan om ett visst normsystem är gällande rätt. Skall de somaliska klanernas interna regler uppfattas som gällande rätt? Svaret beror inte blott på den somaliska verkligheten utan även på bedömarens uppfattning om hur pass oberäkneligt och oetiskt ett rättssystem får vara. En fördjupad analys av begreppet »gällande rätt» kan dessutom leda till att sådana rättsgrundande fakta uttrycks på ett nytt sätt.

Följande hypotes är sålunda rimlig: Om man hade haft en större kunskap om både juristernas och lekmännens språkbruk och attityder och fullständig kunskap om logiska relationer mellan olika (egna och andras) för gällande rätt relevanta begrepp, påståenden och värdeomdömen, skulle man på grund av denna kunskap objektivt (fritt från påverkan av egna känslor) kunna utarbeta en mer omfattande lista upptagande de kännetecken som meningsfullt kan åberopas för att bestämma om ett normsystem är gällande rätt.

G EN DJUPGÅENDE GRUND FÖR RÄTTENS NÖDVÄNDIGA SAMBAND MED ETIKEN: RÄTT, TVÅNG OCH RIKTIGHET

Det ovan sagda kan motiveras med rättens oupplösliga samband med tvång. Varje rättssystem möjliggör myndighetsutövning som tvingar människor till handlingar de kanske ogillar. Endast på så sätt kan ordning, fred och de samhälleliga institutionerna skapas. Visserligen är tvånget etiskt godtagbart eftersom det är nödvändigt för samhällslivet och i regel bättre än ett laglöst kaos. Det är bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som i *vissa* fall leder till etiskt oriktigt tvång, än att tolerera kaos. Men å andra sidan är det etiskt bättre att låta människor i varje fråga lita till etiska värderingar än att etablera en tvångsordning, som alltför ofta leder till etiskt oriktiga avgöranden (se avsnitt 6.1 nedan).

Ett annat skäl för rättens nödvändiga samband med etiken har utvecklats av *Robert Alexy* (1992, 117 ff.). Hans argumentation återges nu med vissa kommentarer.

Rättsliga utsagor ställer anspråk på att vara *riktiga*. Anspråk på riktighet innebär enligt Alexy, att avgöranden i svåra fall måste motiveras med en *avvägning*, förutsatt att en sådan motivering är möjlig (jfr id., 125). Så är fallet, eftersom det är absurt för en domare att säga »om jag hade gjort

en avvägning skulle jag ha kommit till ett annat beslut, men jag har inte gjort någon avvägning».

Denna *reductio ad absurdum* förutsätter således att avvägning är möjlig. Det är ju inte absurt att säga »om jag hade gjort en avvägning, skulle jag kanske komma till ett annat beslut, men jag har inte gjort någon avvägning, eftersom det inte var möjligt». Följande frågor inställer sig i detta sammanhang. När är en avvägning möjlig? Kan riktiga beslut i några svåra fall stöda sig på något annat än avvägning? Kan en domare säga något sådant som »mitt beslut är riktigt fast ingen avvägning var möjlig i detta fall; 'riktigt' innebär att beslutet fattats inom ramen för en rättslig kompetens; vad som är riktigt bestämmer jag själv, ty jag har en rättslig kompetens att bestämma»? Den sistnämnda frågan måste besvaras med ett nej, men varför? Alexy måste ha *antagit* att ett riktigt beslut i ett svårt fall måste stöda sig på en riktig *värdering*, och en värdering innebär en *avvägning* mellan skäl och motskäl.

Närmare bestämt innebär en avvägning att man väger samman olika *principer* respektive värden (jfr avsnitt 5.8.3 nedan). Enligt Alexy (id. 122 ff.) följer därav en »inkorporationstes»: Ett rättssystem *måste* omfatta principer.

Alexy påstår vidare (id. 128) att den som med stöd av en avvägning vill bestämma vad som skall göras (*was gesollt ist*), måste beakta *alla* relevanta principer (jfr avsnitt 5.9.2D nedan om begreppet »*all-things-considered*»).

Till sist uttalar Alexy (id. 126 ff.) följande slutsats (en »moraltes»). De relevanta principerna är *etiska*. Ett rättssystem måste sålunda omfatta etiska principer.

2.8.5 Valet mellan konkurrerande definitioner av »gällande rätt»

A EN DEFINITION AV »GÄLLANDE RÄTT»

Begreppet »gällande rätt» är sålunda inte innehållslöst. Det har en teoretisk mening som kan uttryckas genom följande definition.

Gällande rätt är sålunda ett normsystem som (1) gör anspråk på att vara riktigt, ha tvångsmonopol, vara överordnat andra slags normer och reglera alla aspekter av samhällslivet, (2) består av samtliga normer som tillhör en i stort sett effektiv författning och inte är extremt oetiska, och tillika av samtliga normer som skapats i överensstämmelse med denna författning, uppvisar ett minimum av samhällelig effektivitet eller effektivitetschans och inte är extremt oetiska, (3) omfattar konstitutiva regler vilka är

betingelser för att man skall kunna tala om viktiga institutionella fakta, sådana som avtal eller äktenskap, (4) tillämpas av professionella experter (jurister) som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder, och till sist (5) omfattar etiskt godtagbara principer och värden, på vilka rättstillämpningsproceduren stöder sig och/eller måste stöda sig för att uppfylla anspråk på att vara riktig.

Denna definition är så pass förankrad i begreppets språkliga innebörd att den måste betraktas som *rimlig*.

Det är kanske rimligt att gå ett steg längre och uppfatta den som en analytisk, begreppsligt nödvändig tes. Detta steg görs emellertid inte i föreliggande arbete.

B VISSA FÖRDELAR MED DEN OVAN FÖRESLAGNA DEFINITIONEN

De kännetecken som omfattas av denna definition är väsentliga, bl.a. därför att de utpekar rättsordningens relativt fasta beståndsdelar, på olika sätt nödvändiga för det moderna samhällets fortbestånd.

Ett på så sätt definierat rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, är överordnat andra slags normer och reglerar alla aspekter av samhällslivet. Detta innebär ett minimum av maktkoncentration, utan vilken ett modernt samhälle inte skulle kunna fungera. Ett rättssystem i denna mening består vidare av olika nivåer; det finns åtminstone en lag- och en förordningsnivå. Det måste även finnas »sekundära» normer om andra reglers tillkomstsätt, giltighet och upphävande. Ett komplext samhälle kan knappast styras av ett normsystem som endast består av en enda nivå.

Ett på så sätt definierat rättssystem omfattar konstitutiva regler vilka är betingelser för att man skulle kunna tala om institutionella fakta, sådana som avtal, egendom eller äktenskap. Återigen är sådana institutioner ganska fasta. Avtalsrätten, familjerätten m.m. kan ändras radikalt, men en rättsordning utan någon familje- eller avtalsrätt överhuvudtaget är osannolik.

De viktigaste handlingsnormerna som tillhör ett rättssystem i denna mening är effektiva, emedan de nästan alltid beaktas av enskilda vid sådana vardagliga handlingar som att köpa, låna, gifta sig osv. Att på en och samma gång förkasta alla sådana normer skulle innebära en svårföreställbar ändring av vår livsform. Ett stort antal av ett normalt rättssystems övriga handlingsnormer beaktas i de flesta fall av dem som de är tillämpliga på. Att på en och samma gång förkasta de flesta rättsliga handlingsnormer skulle medföra kaos. De viktigaste normerna som tillhör ett

normalt rättssystem offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt. Att göra sådana normer hemliga skulle likaledes medföra kaos.

Vissa handlingsnormer som tillhör ett på så sätt definierat rättssystem är effektiva på ett annat sätt: de tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner; ytterst stöds denna reglering av normenligt tvång. Inte heller detta faktum är lätt att förändra eftersom motsatsen skulle innebära oacceptabel anarki. Det går m.a.o. inte att på en och samma gång förändra hela rättspraxis (jfr t.ex. Luhmann 1993, 57).

Ett på så sätt definierat rättssystem tillämpas av professionella jurister som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder. Även detta faktum är mycket stabilt. Den juridiska metoden har överlevt alla slags diktaturer – och alla slags radikala rättsteorier. Ett komplicerat samhälle kan kanske inte styras utan professionella jurister.

Ett rättssystem i denna mening består av normer som gör anspråk på att vara riktiga. Systemet är dessutom inte genomgående extremt oetiskt. Närmare bestämt är normsystemet inte genomgående sådant att dess tillämpning orsakar extremt mycket lidande, i extremt hög grad strider mot människors preferenser eller i extremt hög grad förhindrar förverkligandet av människors talanger. Hade systemet varit så pass oetiskt, skulle det på lång sikt upplösas genom inre förfall, revolution eller omvärldens ingripande.

C EN JÄMFÖRELSE MED ALEXYS TEORI

Det finns knappast något normsystem som uppfyller dessa krav och ändå inte är något gällande rättssystem.

Följaktligen finns det inte heller något normsystem som uppfyller de krav som utarbetats av *Robert Alexy* (1992, 201) och saknar rättslig giltighet. Den ovan föreslagna definitionen omfattar nämligen alla kännetecken på gällande rätt enligt Alexy och dessutom vissa ytterligare kännetecken.

Enligt Alexy är gällande rätt ett normsystem som (1) gör anspråk på att vara riktigt, (2) består av samtliga normer som tillhör en i stort sett effektiv författning och inte är extremt oetiska, och tillika av samtliga normer som skapats i överensstämmelse med denna författning, uppvisar ett minimum av samhällelig effektivitet eller effektivitetschans och inte är extremt oetiska, och till sist (3) omfattar principer och övriga normativa argument, på vilka rättstillämpningsproceduren stöder sig och/eller måste stöda sig för att uppfylla anspråk på att vara riktig.

Valet mellan definitionerna beror på en väsentlighetsbedömning. För Alexy är rättssystemets anspråk på att vara riktigt det mest väsentliga. Men även de kännetecken som omfattas av den ovan utvecklande definitionen är väsentliga,

t.ex. därför att de är nödvändiga för det moderna samhällets fortbestånd, se strax ovan.

Det finns säkert ett stort antal andra, likvärdiga definitioner av gällande rätt.

2.9 Juridisk avvägningslära

2.9.1 Avvägning och rättssystemets externa giltighet

Den ovan utvecklade teorin om kännetecken på rättssystemets externa giltighet är varken rättspositivistisk eller naturrättslig.

En rättspositivist skulle visserligen kunna godkänna vår uppfattning om kännetecken för normerna om rättssystemets struktur och funktioner. Han kan lätt instämma i tesen att ett normalt rättssystem måste bestå av olika nivåer och omfatta såväl generella handlingsregler som konstitutiva regler. Likaledes kan han medge att ett normalt rättssystem måste göra anspråk på att vara fullständigt och överordnat andra normer, samt upprätthålla ett tvångsmonopol. Inte heller behöver en rättspositivist ifrågasätta de kännetecken som avser rättssystemets effektivitet och öppenhet. Han kan godta tesen att ett normalt rättssystem måste uppvisa en viss effektivitet, såväl i vardagslivet som vid myndighetsutövning. Till sist kan han godta tesen att de viktigaste rättsnormerna måste offentliggöras och tillämpas på ett öppet sätt.

Å andra sidan kan ingen rättspositivist godkänna etiska kännetecken på rättssystemets giltighet. Han kan sålunda inte ansluta sig till vår teori om att inget rättssystem kan vara extremt oetiskt ur en etisk synvinkel. Om han hade godkänt denna teori skulle han i kraft av definition inte längre vara rättspositivist. Inte heller kan en rättspositivist godta tesen att etiken är rättens yttersta giltighetsgrund.

Genom att godkänna etiska kännetecken på rättsystemets giltighet omfattar man emellertid inte automatiskt en naturrättslig åskådning. Visserligen präglas en omfattande del av den rättsteoretiska litteraturen av uppfattningen att indelningen av olika rättsläror i positivistiska och naturrättsliga är uttömmande. Indelningen blir säkert uttömmande om man med rättspositivism förstår varje rättsteori som förkastar etiska kännetecken på gällande rätt, under det att man som naturrättslig räknar varje lära som godkänner dessa kännetecken. Annorlunda förhåller det sig om begreppet »naturrättsläran» tolkas mindre extensivt, t.ex. som en lära om den mänskliga naturen ur vilken man drar slutsatser angående rättsreglernas innebörd. Då blir indelningen inte fullständig, eftersom man

kan godkänna vissa etiska kännetecken på rättssystemets giltighet utan att behöva härleda dem ur människonaturen.

Jag har inte gjort några som helst antaganden om rättsordningens samband med den mänskliga naturen, utan i stället helt allmänt hävdat att ett normalt rättssystem måste uppfylla *några* etiska minimikrav. Det går inte att en gång för alla fastställa innehållet i dessa krav. Än mindre går det att härleda innehållet ur människonaturen. Å andra sidan kommer jag att hävda att frågan om de etiska minimikraven på gällande rättssystem kan diskuteras på ett rationellt sätt. Det går t.ex. att argumentera såväl för som mot uppfattningen att Hitlers normsystem var gällande rätt. En sådan argumentering bildar inte någon beståndsdel av vår teori. Men denna teori medger generellt att detta argumenteringssätt är möjligt och eventuellt förnuftigt.

Strömberg 1991, 461 har visserligen betecknat denna teori som naturrättslig, närmare bestämt som liknande Frede Castbergs lära: »Också denne ställde etiska minimikrav på gällande rätt: 'I situasjoner da det faktisk opprettholdte normsystem krenker fundamentale etiske normer, kan det vaere ikke bare moralsk, men også juridisk riktig å ta konsekvent og vedholdende avstand fra myndighetens praksis og makthavarnes meninger' (Retten og staten, 1966, s. 43). Om sin naturrättslära sade Castberg, att den är 'naturrett med vekslende innhold' (a.a.s. 70)». Analogin är emellertid inte något bra argument. För det första är den ifrågavarande teorin inte identisk med Castbergs. För det andra är Castbergs språkbruk inte bindande för alla som ställer etiska minimikrav på gällande rätt. Till sist behöver sådana krav inte grunda sig på någon uppfattning om mänsklig natur.

Med hänsyn till ovanstående kan den ovan utvecklade teorin betecknas som en *juridisk avvägningslära*. Den är en syntes eller tredje väg vid sidan av naturrättsläran och rättspositivismen. Den så kallade rättsrealismen kan uppfattas som en fjärde rättsteori; se avsnitt 5.3 nedan.

2.9.2 Avvägning och rättsnormernas interna giltighet

Detsamma gäller den ovan utvecklade teorin om rättsnormernas interna giltighet.

En rättspositivist skulle ställa sig avvisande mot tesen att vissa normers rättsliga giltighet bestäms av etiska krav.

Förvisso kan en moderat rättspositivist medge att rättsnormernas system inte endast omfattar explicit skapade lagar utan även de principer som

ligger till grund för dessa (se avsnitt 2.2.4A ovan om MacCormicks och Weinbergers uppfattning). Han skulle emellertid förkasta tesen att en rättsprincips giltighet förutsätter att den *är* etiskt godtagbar. I stället skulle han säga att rättsprincipen av domare och tjänstemän *anses vara* etiskt godtagbar. En rättspositivist skulle således inte göra begreppet »gällande rätt» beroende av sina egna värdeomdömen, utan blott av det faktum att andra (nämligen vissa makthavare) hyser vissa värdeomdömen (se avsnitt 2.4.3 ovan).

Motsvarande gäller *tolkad rätt*. En rättspositivist skulle förkasta tesen att en lags eller ett prejudikats tolkning inte ingår i gällande rätt om den *är* extremt oetisk. Han kan endast ansluta sig till uppfattningen att ett tolkningsresultat inte är gällande om det av vissa makthavare *anses vara* extremt oetiskt (se id.).

Genom att således godkänna etiska kännetecken på rättsnormers giltighet ansluter sig den ovan utvecklade teorin emellertid inte automatiskt till en naturrättslig åskådning. Teorin innehåller nämligen inte några som helst antaganden om rättsprincipernas respektive tolkningens samband med den mänskliga naturen.

2.9.3 »Gällande rätt» – ett vagt begrepp med en fast begreppskärna

Men kan avvägningsläran om gällande rätt uppfylla den demokratiska rättsstatens krav på rättssäkerhet? Rättssäkerhetsprincipen kräver att myndighetsutövning är i hög grad förutsebar med stöd av gällande rätt. Är det ovan utvecklade begreppet »gällande rätt» tillräckligt exakt för att uppfylla detta krav?

A ALTERNATIVA DEFINITIONER OCH BEGREPPETS FASTA KÄRNA

En sådan fråga gäller t.ex. den omständigheten att flera likvärdiga definitioner av »gällande rätt» kan utarbetas. Medför inte denna pluralism att begreppet blir alltför obestämt? Som nämnts syftar emellertid alla definitioner på i stort sett samma mängd av normativa ordningar. Begreppets fasta kärna är omfattande och dess osäkra periferi liten. Endast i extrema fall – såsom Pol Pots »ordning» – uppstår osäkerhet om det ifrågavarande normsystemet är gällande rätt eller inte. Systemets rättsliga giltighet bestäms m.a.o. av en relativt fast igenkänningsprocedur.

B VAGHET AV OLIKA KÄNNETECKEN PÅ GÄLLANDE RÄTT

Många kännetecken på rättslig giltighet är förvisso var för sig vaga. Det går t.ex. inte att helt exakt bestämma vad som är »extremt oetiskt», vad som bildar »ett minimum av samhällelig effektivitet» eller vilka institutionella fakta som är »viktiga». Vagheten får emellertid inte överskattas. De ifrågavarande kännetecknen ger ett tillräckligt klart besked om vad som är gällande rätt i alla eller nästan alla moderna samhällen. Kännetecknen är många och de flesta rättssystem uppvisar alla eller nästan alla av dem. Vagheten har sålunda blott ringa praktiska konsekvenser.

C SAMMANJÄMKNING AV OLIKA KÄNNETECKEN PÅ RÄTTSLIG GILTIGHET

Visserligen kan olika kännetecken på ett normsystems rättsliga giltighet graderas. Systemet kan t.ex. vara mer eller mindre effektivt, mer eller mindre rättvist m.m. Systemets rättsliga giltighet måste följaktligen i vissa fall bestämmas genom en avvägning. Vid denna avvägning kan man t.ex. »kompensera» normsystemets minskade etiska godtagbarhet med dess större effektivitet. Man kan t.ex. säga att Hitlers så sent som 1942 ännu tämligen effektiva ordning utgjorde gällande rätt, fast man redan då i stor skala började mörda judar. Bl.a. bildade civillagen fortfarande en relativt säker grund för vardagliga handlingar. På våren 1945 hade emellertid systemets effektivitet minskat så mycket, samtidigt som dess förkastlighet ökat, att man skulle kunna ifrågasätta dess karaktär av rättsligt gällande ordning. Ytterst inbegriper en sådan avvägning personliga preferenser och attityder. Medför inte denna avvägning att begreppet »gällande rätt» blir oacceptabelt vagt?

För att bemöta denna invändning kommer en avvägningsteori att utvecklas nedan i kapitel 3–8. Teorins huvudtes är att avvägningen kan motiveras med rationella etiska skäl. Den sammanhängande motiveringen motverkar begreppsbildningens obestämdhet.

3 kap. Rättskällor

3.1 Juridisk relevans. Sakskäl och auktoritetsskäl

3.1.1 Begreppet »juridisk relevans»

A ETT EXEMPEL

En mer detaljerad behandling av gällande rättsregler måste börja med vissa frågor angående *juridisk relevans*.

Ett exempel på samverkan mellan olika slags juridiskt relevanta skäl i domsmotivering gäller retentionsrätt, jfr Bergholtz 1987, 361 ff. Enligt svensk rätt är retentionsrätt en rätt för hantverkare att i sin besittning kvarhålla gods för fordran mot godsets ägare. I NJA 1981 s. 1050 prövades om sådan rätt för krav på arvode skulle tillerkännas revisor i räkenskapsmaterial som en företagare överlämnat med uppdrag för revisorn att sköta bolagets bokföring.

I ett handräckningsmål vid länsstyrelse begärde företagaren att få ut bokföringsmaterialet och yrkandet bifölls. I hovrätten fick målet motsatt utgång och hovrätten yttrade i sin domsmotivering endast: »... B (revisorn) får anses ha gjort sannolikt att sådana omständigheter föreligger att hon äger kvarhålla ifrågavarande handlingar till säkerhet för sin fordran...» Denna motivering anger inga skäl för utgången och saknar då helt sammanhang.

HD ändrade domen och anförde i sin dom om regelunderlaget för rättsfrågan:

> »I flera fall har en borgenär rätt att till säkerhet för sin fordran kvarhålla sådan gäldenärens egendom som han har i sin besittning (retentionsrätt). Sedan gammalt har en hantverkare haft sådan rätt till saker som han efter beställning arbetat på för annans räkning. Denna hantverkarens rätt har genom lagen (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats förstärkts så att den kommit att bli jämförlig med panträtt. Lagbestämmelser om retentionsrätt finns i övrigt på skilda håll, t.ex. i 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 § HB (låntagares respektive depositaries retentionsrätt) samt i 39, 74 och 87 §§ kommissionslagen (kommissionärs, handelsagents och handelsresandes rätt att innehålla prover, mönster och annat sådant som tillhör huvudmannen och inte är avsett för försäljning). Fråga huruvida revisorer och liknande uppdragstagare har retentionsrätt i räkenskapsmaterial som överlämnats till dem för uppdragets fullgörande är inte besvarad i lag och inte heller slutligt löst i rättsprax-

is (jfr Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1971 s. 48). I litteraturen har gjorts gällande att retentionsrätt bör kunna medges analogivis i fall liknande dem som upptas i 1950 års lag samt i 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 § HB, såsom när legotagare, mandatarie, fraktförare eller annan enligt avtal har fått annans egendom i sin besittning och förvärvat ett ersättningsanspråk på grund av egendomens vårdande, förvaring, reparation, transport e.d. Därvid har dock förbehåll gjorts för det fall att egendomen saknar bytesvärde (Se Undén, Svensk sakrätt I, Lös egendom, 9 uppl. 1974 s. 239). Huruvida sådana analogier kan utsträckas också till fall av den art som är aktuell i målet har dragits i tvivelsmål av andra författare (Se bl.a. Walin i SFR-nytt, internt organ för Sveriges redovisningskonsulters förbund, 1975 s. 155)».

Detta var således gällande rätt så långt det gick att utleta. (Observera att 1950-års lag är upphävd; jfr den nya lagen 1985:982). HD tog sedan ställning till frågan enligt följande:

»Om en näringsidkare har överlämnat räkenskapsmaterial till en revisor eller annan, kan han uppenbarligen ha ett mycket starkt behov att snabbt återfå det – för att få en överblick över sin rörelse och för att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt bokföringslagen och skattelagstiftningen. I motsvarande mån utgör ett kvarhållande av räkenskapsmaterialet ett kraftigt verkande påtryckningsmedel på näringsidkaren som kan föranleda honom att godta även oskäliga ersättningsanspråk. Även allmänna intressen talar för att en näringsidkare skall fritt kunna förfoga över sitt räkenskapsmaterial. Vidare bör beaktas att räkenskapsmaterialet inte har något försäljningsvärde och att uppdragstagaren kan säkerställa sina ersättningsanspråk på annat sätt, exempelvis genom att betinga sig förskott. På grund av det ovan anförda framstår ett utövande av retentionsrätt i överlämnat räkenskapsmaterial som olämpligt och det bör inte kunna komma ifråga att genom analogi från bestämmelser som de förut omnämnda medge sådan rätt.»

Här anger HD således utförligt både det befintliga regelunderlaget (lagen, rättspraxis och doktrin) och de sakliga skäl som harmonierar med retentionsfrågornas behandling i övrigt. Såväl reglerna och sakskälen är *juridiskt relevanta.*

B BEGREPPET

En praktisk sats är ett juridiskt relevant skäl om vår rättsliga kultur tvingar oss att beakta den i juridisk argumentation.

- Såväl juridiska auktoritetsskäl (rättskällor) som olika slags sakskäl är som sagt relevanta i juridisk argumentation.

- Syftet med juridisk argumentation är emellertid inte att visa att en normativ utsaga (t.ex. en dom) är absolut förnuftig, utan endast att den är förnuftig inom ramen för gällande rätt.
- Etablerade rättsregler och auktoritetsskäl väger relativt sett tyngre i juridisk argumentation, medan etiska värden väger relativt tyngre i en rent etisk debatt.

Joseph Raz anser som bekant (jfr 1979, 18 och 21-23) att rättsliga skäl är »skyddade» (*protected*) eftersom de både är handlingsskäl och skäl för att utesluta vissa andra handlingsskäl. Observera emellertid att han medger (jfr 1985, 22 ff.) att de »uteslutna» skälen ändå kan vara relevanta vid en argumentation på en meta-nivå, dvs. för att stödja juridiska handlingsskäl. Egentligen innebär Raz' tes endast det självklara, att ett juridiskt skäl är »immunt mot anspråket på att det skall omprövas i varje fall där det är tillämpligt» (Raz 1979, 33). Därmed kan rättssystemet reducera beslutsprocessens komplexitet (jfr Luhmann 1993, 54 osv.).

W J Waluchow (1994, 131) hävdar helt riktigt att juridiska auktoritetsskäl ibland utesluter andra slags skäl, ibland inte.

- De etiska värden som stöder gällande rättsregler väger tyngre i juridisk argumentation än de värden som på lagstiftningsstadiet stödde en annan utformning av lagen.

Steven Burton (1992, 48 och 62 ff.; 1994, 190 och 192 ff.) gör gällande att de senare värdena alls inte borde beaktas i juridisk argumentation. Därmed ansluter han sig såväl till *Joseph Raz'* teori som (omedvetet?) till bl.a. *Iherings* och *Génys* klassiska åsikter (jfr avsnitt 4.10.3 nedan). Enligt bl.a. *Hecks* likaledes klassiska uppfattning borde man emellertid i vissa fall inte endast ta hänsyn till de vid lagstiftningsprocessen »vinnande» värdena, utan även beakta de värden som förlorat kampen om rättsskyddet (jfr id.). Jag delar den sistnämnda åsikten. Rätten kan ändra vikten på olika slags etiska skäl, utan att för den skull göra dem till helt och hållet irrelevanta.

- Bildligt talat innebär denna viktförskjutning att den juridiska argumentationen *transformerar* etiska värden till juridiskt relevanta skäl (jfr Luhmann 1993, 85-6; se vidare avsnitt 2.5.3 ovan och 6.1.2 nedan). Enligt *Josef Essers* (1964, 39 ff.) transformerar rättsordningen genom lagstiftning eller praxis etiska principer till rättsprinciper.

Redan lagstiftningen kan uppfattas som institutionell transformation av etiska värden till rättsregler. Varje meningsfull regel måste tjäna något (eller några)

ändamål. Vissa ändamål är inskrivna i lagens förarbeten, andra kan ställas fast genom juridisk argumentation (jfr avsnitt 4.10.1 och 4.10.2 nedan). Lagen är *legitim* endast om dessa ändamål är etiskt godtagbara.

Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten m.m. har sålunda en *särställning* i juridisk argumentation.

- De är *förutsatta* i juridisk argumentation. De tas för givna.
- De väger så tungt att endast mycket starka sakskäl räcker till att sätta dem ur spel. För att visa att så är fallet krävs det en synnerligen djupgående och omfattande argumentation.
- De är ägnade att förklara juridiska avgöranden. Det är sålunda helt naturligt att säga »A dömdes till fängelse *därför att* lagen så bestämmer».

I sådana rättssystem som det svenska kan denna särställning graderas, varvid lagen och i viss mån sedvanerätten intar den främsta platsen. Lagregler och sedvanerätten är nämligen juridiskt nödvändiga.

De satser som tas för givna inom juridiken kallar jag således för *förutsatta*. De tas för givna därför att de är nödvändiga inom den juridiska argumentationen. Man måste beakta dem för att argumentera juridiskt. Det är således svårt att inför en domstol bestrida att Sveriges grundlagar är gällande rätt och skall följas.

Endast få sådana satser tas för givna var för sig. Dessutom är ingen av dessa immun mot modifikationer. Förvisso går det att hävda att varje lagbestämmelse för sig måste tas för given av juristerna. Men den tas för given blott *prima facie*, som argumentationens *utgångspunkt*. Argumentationens slutgiltiga *resultat* kan mycket väl bestå av att det ursprungligen förutsatta modifieras eller t.o.m. elimineras (t.ex. uppfattas som obsolet).

Vissa av de satser som i denna mening tas för givna inom juridiken är så pass konkreta som enskilda lagbestämmelser. Andra är abstrakta, bl.a. antagandet om att den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt; att vissa rättskällor, såsom lagen, är bindande; att den juridiska argumentationen inte får vara godtycklig; att den måste styras av vissa normer; och att rättstillämpningen bör vara etiskt godtagbar.

De flesta satser som är förutsatta inom juridiken tas emellertid för givna därför att de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas, om tillräckligt starka skäl motiverar det. Men det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.

3.1.2 Sakskäl

Juridiska sakskäl är de satser vars innehåll kan stöda en juridisk slutsats. Stödet beror endast på dessa satsers innehåll, inte på andra omständigheter, sådana som att en viss person eller institution anfört dem. Juridiska sakskäl kan vara empiriska, analytiska, värderande eller normativa.

Ett empiriskt skäl är sant eller falskt. Dess sanningsvärde beror på fakta. I juridisk argumentation omfattar empiriska sakskäl bl.a. satser om olika fakta i det ifrågavarande fallet, verkningar av den ifrågavarande gärningen m.m.

Ett analytiskt skäl har sanningsvärde oberoende av fakta. Analytiska sakskäl i juridisk argumentation redogör bl.a. för en analys av olika juridiska begrepp.

En värde- eller normsats kan vara riktig eller oriktig. Ordet »riktig» används här i vid bemärkelse (se avsnitt 8.4.5 nedan).

Värderande och normativa sakskäl i den juridiska argumentationen omfattar bl.a. olika slags etiska läror, värden och principer. Sådana skäl bestämmer t.ex. huruvida en viss lagtolkning är rättvis, samhällsnyttig m.m. Slutgiltiga etiska satser kräver som sagt en avvägning som ytterst beror på personliga preferenser.

De värdesatser som utgör juridiska sakskäl är antingen *följdskäl* eller *riktighetsskäl.*

Juridiska *följdskäl* är de satser som säger att en viss handling eller situation är värdefull för ett bestämt ändamål, m.a.o. därför att den har värdefulla kausala följder. Det är t.ex. värdefullt att införa ett obligatorium för bilbälten och därmed minska antalet trafikolyckor.

Att beakta ett följdskäl innebär en konsekvensinriktad (»målrationell») argumentation. Enligt Weber (jfr avsnitt 1.4.1G ovan) handlar en person målrationellt om han försöker upptäcka det mest effektiva medlet för ett angivet mål.

I rättsteori förekommer även sådana beteckningar som »konsekvensskäl», »konsekvensargument», »konsekvensinriktat beslutsfattande» (jfr t.ex. Rottleuthner 1980 *passim* och 1981, 211 samt Koch och Rüssman 1982, 227 ff.).

Alla sådana uttryck är dubbeltydiga och avser antingen *kausala* följdskäl eller åberopandet av *logiska* konsekvenser av ett beslut, en lag m.m. Jfr MacCormicks (1978, 105-106, 108-119, 128, 129-151 osv.) teori om att juridisk argumentation är konsekvensinriktad, eftersom den innefattar en bedömning av *både* logiska konsekvenser *och* kausala följder av olika sinsemellan konkurrerande beslut.

Juridiska *riktighetsskäl* är de satser som säger att något är värdefullt *i sig*, utan att något ändamål anges; det är m.a.o. värdefullt oavsett konsekvenserna. Det är t.ex. värdefullt att skydda människors liv.

En filosofisk uppfattning enligt vilken något kan vara ont respektive gott oavsett dess konsekvenser kallas ofta för *deontologisk*, i motsats till *teleologisk*. Den deontologiska uppfattningen kan visserligen kritiseras. Den kan emellertid *försvagas* och på så sätt anpassas till vår tes om avvägningars betydelse för etiken och juridiken. Juridiska riktighetsskäl i denna försvagade mening är de *särskilt viktiga* (slutgiltiga) värde- respektive normsatserna (se avsnitt 5.8.3D nedan).

Det förekommer även sådana dunkla uttryck som »reella hänsyn» och »sakens natur». Det förra betecknar ofta vissa följdskäl. Det senare kan beteckna alla premisser som tas för givna i juridisk argumentation.

Både ett riktighetsskäl och ett följdskäl kan stödas av ytterligare skäl, dvs. de kan utgöra logiska slutsatser av en satsmängd som innefattar vissa andra riktighetsskäl eller följdskäl.

3.1.3 Auktoritetsskäl

Juridiska auktoritetsskäl är de satser som kan stöda en juridisk slutsats eftersom en viss auktoritet väger tyngre än enbart satsernas innehåll ger vid handen. Man kan t.ex. hävda att en lag skall följas oberoende av dess innehåll, därför att den har meddelats av riksdagen.

Folke Schmidt (1972, 569 ff.) kallar auktoritetsskäl för »bundna», i motsats till »öppna».

En juridisk slutsats följer i sådana fall av en premissmängd som anger ett visst *auktoritetsgrundande* faktum. Auktoritet kan t.ex. tillskrivas en bestämd människa eller kategori människor.

Enligt *Jacob Sundberg* (1978, 24 ff.) motiveras lagens ställning av lagstiftarens auktoritet. Likaledes motiveras prejudikat av domares auktoritet, sedvanerätt av folkets auktoritet, doktrin av forskarnas auktoritet och lagens förarbeten av utredarnas auktoritet.

Utgår man från att vissa människor har en auktoritet måste det emellertid sägas varför så är fallet.

Auktoritetsskäl kan m.a.o. stödas på några djupare skäl. Dessa kan vara sakskäl eller ytterligare auktoritetsskäl.

3.2 Rättskällor

3.2.1 Inledning om begreppet rättskällor

A KÄLLOR TILL RÄTTSLIG AUKTORITET

Källor till rättslig auktoritet (»materiella rättskällor») omfattar alla skäl som ger normer en rättslig auktoritet, rättslig giltighet och rättslig innebörd. Dessa skäl besvarar den »djupgående» normativa frågan *varför* en viss norm skall, bör respektive får beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

- Rättslig auktoritet hos en viss norm kan t.ex. grunda sig på de rättsskapande institutionernas legitimitet, som bedöms med hänsyn till deras demokratiska förankring, deras förmåga att skapa ordning och rättssäkerhet m.m. Lagstiftningens legitimitet och lagstiftarens vilja spelar en stor roll i detta sammanhang. Det är m.a.o. korrekt att säga att en norm har auktoritet eftersom lagstiftaren ville skapa denna norm. Även domstolarna kan anses vara legitima auktoriteter.
- Rättslig auktoritet hos en norm kan även grunda sig på att det föreligger vissa seder och bruk. Sedvanans auktoritet grundar sig på att den uttrycker samhällsmedlemmarnas eniga och i praxis prövade uppfattning.

Ytterst kan auktoritetsskäl alltid stödas på sakskäl. Den som t.ex. åberopar en doms auktoritet kan tillfrågas »varför skall man rätta sig efter domar?». Svaret på denna fråga kan åberopa en annan auktoritet, t.ex. lagens, men även denna kan ifrågasättas. Till slut måste ett sakskäl anföras eller förutsättas, sådant som att laglydnaden förhindrar kaos. I denna mening har *Robert Summers* (1978, 730 ff.) rätt då han talar om sakskälens överordnade karaktär (»*primacy*»).

Sakskälen är dessutom nödvändiga för att:

- i svåra fall tolka lagen, prejudikat m.m.;
- bestämma styrkan av och *prima facie* prioritetsordning mellan olika auktoritetsskäl; och
- bestämma hela normsystemets och grundlagens karaktär av gällande rätt.

Auktoritetsskälen har emellertid en särskild relevans i juridisk argumentation. De bakomliggande sakskälen förutsätts däremot ofta tyst av juristerna. Det finns t.ex. sakskäl för slutsatsen att man skall följa grundlagen,

men juristerna tar denna slutsats för given, utan någon som helst argumentering.

I en allmän etisk debatt kan en norms auktoritet alltså grunda sig på att normens utfärdare besitter vissa etiska kvaliteter. En sådan auktoritet har emellertid liten relevans i juridiken.

B BEGREPPET FORMELLA RÄTTSKÄLLOR

Det är inte alltid lätt att fastställa innebörden hos en källa till rättslig auktoritet. Man kan t.ex. inte direkt iaktta lagstiftarens vilja. Det krävs m.a.o. vissa skäl för att anta att lagstiftaren ville skapa den ifrågavarande normen. Därför behövs också formella rättskällor.

Formella rättskällor omfattar allt material

- som kan anses ha en upprinnelse i källor till rättslig auktoritet och
- som skall, bör eller åtminstone får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation, t.ex. i den del av domskälen eller annan beslutsmotivering som berör rättsfrågor.

Uttrycket »beaktas som auktoritetsskäl» är en precisering av ordet »beaktas» som jag har använt i vissa tidigare arbeten. Även ordet »citeras» och »åberopas» har använts. Strömholm (1988, 297) uppfattar termen »beaktas» som lämpligare. I detta sammanhang måste följande förklaras.

Ett visst material har *beaktats* i ett juridiskt resonemang om ett av följande alternativ föreligger:

1) Materialet har uttryckligen *åberopats*, eller
2) Materialet har
   - »tyst» förutsatts (tagits för givet) inom det juridiska resonemanget, och
   - det hade varit korrekt att åberopa det.

   Det senare alternativet innebär att materialet är relevant för det juridiska resonemanget. M.a.o. hade materialet kunnat åberopas på ett korrekt sätt. (I samband med formella rättskällor kan man däremot bortse från ett material som visserligen tas för givet men som det inte hade varit korrekt att åberopa, t.ex. vissa pressmeddelanden).

Detta material består först och främst av vissa texter. En lagtext, ett prejudikat eller ett uttalande i lagens förarbeten är en formell rättskälla.

Formella rättskällor omfattar också allt material som

- utgör ett bevis för innehållet i folkets sedvänjor och
- skall, bör eller åtminstone får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Vissa sedvänjor utgör alltså källor till rättslig auktoritet, medan ett material som auktoritativt visar deras innehåll utgör en formell rättskälla.

C RÄTTSKÄLLEBEGREPPETS VAGHET

För att undvika missförstånd måste följande påpekas. Begreppet »formell rättskälla» är vagt. Det kan bl.a. beteckna:

- enbart de texter som skall beaktas som auktoritetsskäl;
- de texter som skall eller bör beaktas som auktoritetsskäl;
- de texter som skall eller bör beaktas som auktoritetsskäl och vissa texter som får åberopas (t.ex. inhemsk doktrin men inte utländsk rätt);
- alla texter som skall, bör eller får åberopas som auktoritetsskäl; eller
- alla texter och annat material som skall, bör eller får åberopas som auktoritetsskäl.

Olika skäl stöder olika preciseringar av det vaga begreppet. Vissa talar t.ex. för att endast betrakta *bindande* material som rättskällor. Det förevarande arbetet visar emellertid att allt material som skall, bör respektive får åberopas som auktoritetsskäl spelar en väsentligt *liknande* roll i juridisk argumentation. Jag har därför valt den sista, mest vidsträckta preciseringen av det vaga uttrycket »formell rättskälla».

D RÄTTSKÄLLEBEGREPPETS MÅNGTYDIGHET. RÄTTENS KAUSALA »KÄLLOR», KUNSKAPSKÄLLOR OCH GILTIGHETSREKVISIT

Ordet »rättskälla» är dessutom mångtydigt och har även följande betydelser. (Det nedanstående har i viss mån påverkats av bl.a. Ross 1929, 291, L. Lustacz's polskspråkiga artiklar och Raz 1979, 45 ff.).

D1 Orsaker till en rättsnorms innebörd

Såväl källor till rättslig auktoritet som formella rättskällor är något annat än *orsaker* till att en rättsnorm har en viss innebörd. I denna mening är t.ex. departementschefens politiska åsikter en rättskälla. Enligt den av uppsalaskolans »rättsrealism» inspirerade s.k. »dynamiska rättskälleläran» (jfr Agge 1969, 45) är alla faktorer som faktiskt påverkar domstolarna (och andra myndigheter) att, medvetet eller omedvetet, uppställa och följa en viss modell för sitt handlande, att uppfatta som rättskällor. Men denna uppfattning leder till orimliga slutsatser. Några domare kan – åtminstone omedvetet – påverkas av sådana faktorer som fördomar mot politiska motståndare, vacklande hälsa, dåliga familjeförhållanden osv. Är dessa att uppfatta som rättskällor?

D2 Informations- och kunskapskällor

Källor till rättslig auktoritet och formella rättskällor är likaledes något annat än informations- och kunskapskällor om rättsreglers innebörd. De sistnämnda ger besked om källor till rättslig auktoritet och vidare om rättsreglernas innebörd. En viss text, t.ex. ett uttalande i lagens förarbeten, kan vara en formell rättskälla och, på en och samma gång, en informationskälla om såväl lagstiftarens vilja som lagens innebörd.

Begreppet »informationskälla» är emellertid mera vidsträckt än »formell rättskälla». Information om källor till rättslig auktoritet kan inhämtas inte endast av lagen, prejudikat och andra formella rättskällor utan även från massmedia, rättssociologiska undersökningar eller olika slags expertuttalanden, t.ex. av ekonomer. Informationskällans värde beror dels på dess sammanhang med annan information, dels på den ställning som informatören (såsom journalist, sociolog eller ekonom) har i samhället. Informationskällans värde är särskilt stort då informationen kommer från en person som har ett uppdrag inom lagstiftningsapparaten, t.ex. som sakkunnig.

De informationskällor som lagrats i datorer (t.ex. RI i Sverige och Finlex i Finland) behandlas inom rättsinformatiken.

D3 Giltighetsrekvisit: den »sista faktorn»

Inte heller är vare sig källor till rättslig auktoritet eller formella rättskällor detsamma som den »sista faktor» som slutgiltigt bestämmer en rättsnorms giltighet. På så vis är promulgationen en rättskälla, eftersom den förvandlar ett lagprojekt till en gällande lag.

- Promulgationen kan uppfattas som ett av giltighetens nödvändiga villkor (dess »rekvisit») men inte som dess giltighetsgrund. Det kan inte besvara den »djupgående» normativa frågan *varför* en viss norm bör följas. M.a.o. är den inte någon källa till rättslig auktoritet.
- Självfallet är lagens promulgation inte heller detsamma som en formell rättskälla. *Lagen*, inte dess promulgation, är en av de formella rättskällorna.

{Luhmann (1973, 396) förkastar alla dessa tolkningar av begreppet »rättskälla»; enligt hans uppfattning (1993, 524) är detta begrepp endast en metafor som gör möjligt att undvika frågan om rättens natur och väsen}.

I det följande diskuteras endast formella rättskällor och deras roll i juridisk argumentation.

3.2.2 Rättskälleläran

Rättskälleläran beskriver, förklarar, rättfärdigar och kritiserar rättskällorna. Den kan följaktligen vara beskrivande (deskriptiv) eller värderande respektive normativ (preskriptiv, jfr Bjarup 1974, 166 ff.). Såväl be-

skrivning som värdering kan genomföras ur en extern eller en intern synvinkel (jfr a.a. 163 ff.).

En extern synvinkel väljs av en iakttagare som inte själv deltar i juridisk argumentation.

- Han kan studera »utifrån», t.ex. med användning av sociologiska metoder, hur juristerna argumenterar. Beskrivningen behöver inte använda sig av juristernas språk, utan kan genomföras utan sådana begrepp som »gällande rätt», »rättighet» m.m.
- Han kan även uttala externa värdeomdömen, t.ex. hävda att den faktiskt föreliggande argumentationen är etiskt riktig, uppfyller vissa mål m.m.

En intern synvinkel kännetecknar en jurist som av sin juristroll tvingas att delta i juridisk argumentation.

- Han kan visserligen beskriva andra juristers argumentationssätt men denna beskrivning måste vara en »förstående» sådan, dvs. ange inte blott juristernas beteendemönster utan även argumentationens mening och poäng. Den kan inte frigöra sig från juristernas språk.
- Slutligen kan han uttala värdeomdömen och normer, men dessa måste anpassas inte blott till de etiska åsikter som bedömaren hyser utan tillika till gällande rätt.

I fortsättningen kommer jag att behandla rättskälleläran ur intern och värderande synvinkel. Det juridiska språket kommer att användas. Värdeomdömen och normer kommer att uttalas. Ändå kommer framställningen att grunda sig på faktisk argumentationspraxis. Värdeomdömena kommer inte att vara externa utan deras uppgift blir att framställa rättstillämpningspraxis som en så sammanhängande helhet som möjligt, allt i enlighet med Prawitz' (1985, 28 ff.) insikt, att rättsvetenskapsmannen på en och samma gång söker hitta allmänna principer som sammanfattar etablerad rättspraxis och samtidigt genom detta arbete verkar styrande och korrigerande på rättspraxis.

3.2.3 *Inledning om rättskällenormer. Rättskällor som skall, bör, respektive får åberopas som auktoritetsskäl*

I Sverige är rättskälleläran mycket flexibel i motsats till t.ex. den franska s.k. exegetiska skolan på 1800-talet, som förespråkade uppfattningen att alla rättsfrågor borde besvaras genom hänvisning till lagtexten.

Vissa *rättskällenormer* (m.a.o. »hanteringsregler», jfr Strömholm 1988, 26 ff. och 207 ff.) bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation. I en dom från hovrätten över Skåne och Blekinge (B 187/75, DB 4107) uttrycktes kort och klart domstolarnas syn på rättskällelära och rättskällenormer:

»Domstols avgörande skall grundas på lag. Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen har godkänt. Kravet att rättskipningen såvitt möjligt skall vara enhetlig leder till att högsta domstolens avgöranden, om än ej formellt bindande, bör vägleda övriga domstolar.»

De viktigaste rättskällenormerna har följande innebörd.

Lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler *skall* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Se t.ex. 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen och 1 kap. 11 § den finska rättegångsbalken.

Uttrycket »lagarna» i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen (»Den offentliga makten utövas under lagarna») tolkas extensivt och utsträcks på »fasta sedvanerättsliga regler» (Petrén och Ragnemalm 1980, 18).

Denna rättskällenorm utesluter inte att man i vissa fall får sätta en lag, en föreskrift respektive en fast sedvana ur spel och betrakta den som obsolet eller t.o.m. sedvanerättsligt upphävd.

Även vissa andra rättskällor *skall* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation, men endast om så påfordras i lag eller annan föreskrift.

a) Det material som auktoritativt visar innebörden av sedvänjor, särskilt handelsbruk, skall beaktas som auktoritetsskäl. I Finland gäller det generellt och i Sverige med avseende på vissa sedvänjor. Jfr t.ex. 1 § och 10 § 2 st. avtalslagen och 1 § kommissionslagen.

b) Även avtal skall beaktas som auktoritetsskäl; jfr 1 § avtalslagen. Särskilt betydelsefulla är standardavtal, vilka ibland betraktas som ett rättsligt delsystem för sig.

Lehrberg (1992, 128) nämner följande praktiskt betydelsefulla exempel: »Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk och elektrisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige» (NL 85) samt »Allmänna leveransbestämmelser för leverans och montage av maskiner samt annan mekanisk och elektrisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige» (NL 84).

Stor betydelse har även kollektivavtal; jfr 1 § lagen om rättegång i arbetstvister.

c) I vissa fall får t.ex. riksskatteverket med lagstöd meddela bindande normer, vilka skall beaktas som auktoritetsskäl. Motsvarande kan gälla andra centrala myndigheter inom deras respektive kompetensområden.

Följande rättskällor *bör* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation:

a) prejudikat;

b) lagars förarbeten;

c) det material som auktoritativt visar innebörden av vissa sedvänjor som visserligen inte bildar »fasta sedvanerättsliga regler» (se ovan om *skall*-källor) men är mycket väl förankrade i samhället, uttrycker generella rättsgrundsatser och/eller godtas av myndigheterna;

d) internationella konventioner som ligger till grund för inhemsk lagstiftning liksom förarbetena och andra till respektive konventioner hörande tolkningsdata.

Jfr NJA 1983 s. 3 (Tsesismålet), som rörde tolkningen av lagen (1973:1198) om ansvarighet för oljeskada till sjöss. Lagen har tillkommit i anslutning till 1969 års oljeansvarighetskonvention. HD har utfört en omfattande tolkning av såväl konventionen som dess förarbeten och därmed sammanhängande utländsk praxis.

I NJA 1984 s. 903 fann HD hinder föreligga för bifall till en begäran om utlämning för brott. Domen motiverades av Europarådets och FN:s konventioner om mänskliga rättigheter, utan något direkt stöd i svensk lag.

Angående prejudikat och förarbeten jfr Schmidts banbrytande uppsats (1955 och engelsk version 1957. Jfr Peczenik 1974, 48 ff.).

Följande rättskällor *får* åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation:

a) olika slags institutionella rekommendationer, såsom följande:

- sådana generella rekommendationer som riksskatteverkets anvisningar, bokföringsnämndens anvisningar, konsumentverkets riktlinjer och bankinspektionens etikmeddelanden (men se även strax ovan om rättskällor som *skall* åberopas);
- vidare vissa rekommendationer som uttalas av allmänhetens pressombudsman, pressens opinionsnämnd, radionämnden, näringslivets börskommitté, Sveriges advokatsamfund m fl;

b) olika slags beslut, såsom följande:

- domar, domstolsbeslut och olika myndigheters beslut vilka ej utgör prejudikat;
- prejudikat som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden;

c) olika slags material som står i samband med lagstiftning och rättspraxis, t.ex.:

- förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden;
- lagförslag;
- upphävda lagar, i den mån de ger besked om värderingar som inte förlorat sin aktualitet;
- särskilda yttranden i HD.

d) den rättsvetenskapliga litteraturen;

e) utländsk rätt; dock med vissa begränsningar såsom hänsynen till svensk *ordre public*;

f) olika slags informellt material, däribland följande:

- material som visar innebörden av vissa sedvänjor förutom sådant som skall respektive bör beaktas som auktoritetsskäl;
- annat material som utvisar de inom olika samhällsgrupper härskande värderingarna; som sådan »bevisning» kan i begränsad omfattning tillåtas t.ex. olika slags uttalanden av personer som deltagit i lagstiftningsarbetet;

Angående punkt a) jfr Bernitz o.a. 1985, 142 ff.

Angående särskilda yttranden i HD kan man erinra om följande. Sedan gammalt brukar enskilda justitieråd utveckla sin mening i särskilda tillägg. I vissa fall är det fråga om upphovsmannens personliga åsikter. I allmänhet ligger det dock inte till på det sättet (Knutsson 1993, 281). Även arbetsekonomiska vinster kan göras genom att yttrandet inte tas med i de gemensamma domskälen. Det viktigaste torde emellertid vara följande: »Ett sådant yttrande kan ge värdefulla impulser och påverka rättsutvecklingen, men det binder inte domstolen för framtiden. Om den behandlade frågan kommer upp i ett senare mål kan alltså domstolen välja en annan lösning utan att behöva hänskjuta saken till plenum. Detta kan av förtänksamt lagda personer ses som en betydande fördel» (id. 282).

Även olika slags *sakskäl* får åberopas i juridisk argumentation, däribland »sakens natur»; vissa etiska grundsatser; historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst osv.

Sakskälens relevans grundar sig på deras innehåll och inte på deras auktoritet (se vidare t.ex. Raz 1979, 53 ff.). De besitter visserligen en viss auktoritet till följd av att rättsordningen tillåter att de *får* åberopas i juridisk argumentation. *Aulis Aarnio* (t.ex. 1987, 87) betecknar därför sakskälen som ett slags rättskällor. I den förevarande framställningen har emellertid rättskällor definierats som en art av auktoritetsskäl, m.a.o. skäl som väger tyngre än enbart deras sakliga innehåll ger vid handen. Sakskälen är sålunda inga rättskällor. De måste jämkas samman med rättskällorna. Vid denna avvägning bestäms de sistnämndas vikt *prima facie* av rättskällenormerna och därmed av distinktionerna mellan det som skall, bör och får åberopas. Sakskälens vikt är oberoende av dessa rättskällenormer.

Sakskälen är dessutom svåra att placera i rättskällornas klassifikation. Visserligen *får* de åberopas i juridisk argumentation. I vissa lägen uppstår det emellertid frågan om de inte *bör* respektive *skall* åberopas.

Har t.ex. ett orättviseargument »en annan ställning än argumentet att en domstol skall anta en viss tolkning eftersom det finns tidigare auktoritativa avgöranden som så säger? Det skulle inte räcka till att säga att det sistnämnda är ett juridiskt argument eftersom domstolar *måste* övertygas av det medan orättviseargumentet endast *får* finna gehör, ty domstolar har ofta åsidosatt prejudikat och öppet hävdat att de för rättvisans skull skall skapa en ny regel» (Hughes 1968, 430). Inte heller går det att säga att prejudikat går *prima-facie* före sakskäl. Det skulle innebära att prioritetsordningen skall följas om inte övervägande skäl motiverar motsatsen. Men vad är dessa? Om de är vissa ytterligare sakskäl, vilket är rimligt att anta, äger den totala kombinationen av dem och de ursprungligt beaktade sakskälen företräde framför prejudikat! Kan man då överväga en förflyttning av sakskälen till de rättskällor som bör beaktas? Knappast generellt. *Vilka* sakskäl är då så starka att de bör beaktas? Frågan är uppenbart mycket svår att besvara.

I vilket fall som helst kan inte *alla* sakskäl anses vara sådana som skall beaktas. Det skulle innebära att de är bindande i samma mening som lagen och det är de säkert inte.

Det är svårt att räkna upp vad som däremot *inte* får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Med hänsyn till opartiskhetskravet får uttalanden av politiska partier eller olika intresseorganisationer inte utan vidare åberopas i *rättskipningen* (jfr Eckhoff 1993, 304, 306 ff.). Detsamma gäller »föredrag av enskilda personer, utläggningar i massmedia och så kallade aktuella strömningar» (se den ovan citerade domen från hovrätten över Skåne och Blekinge, B 187/75, DB 4107; jfr Bergholtz

1987, 384 ff.). Å andra sidan har det ofta gjorts gällande att en domstol får beakta t.ex. lagens förarbeten i den mån dessa auktoritativt visar att en viss grupp, såsom konsumenter, invandrare m.fl., förtjänar ett särskilt skydd. Ur denna synvinkel gäller objektivitetskravet endast den ifrågavarande källans ursprung (förarbetena, inte politiska skrifter e.d.), inte dess innehåll. Att särskilt skydda en viss grupp innebär nämligen alltid att de utomstående saknar det särskilda skyddet. Ett förstärkt objektivitetskrav som innebär att ett särbehandlingspåbud endast får åberopas i domskälen om det stadgats i bindande lag, således inte bara i några förarbeten, är därför tänkbart. Den »rättspolitiska» frågan huruvida lagen som sådan uppfyller några objektivitetskrav befinner sig oftast bortom lagtolkarens horisont. Men inte ens denna fråga kan undvaras. En uppenbart diskriminerande lagstiftning bör tolkas restriktivt och i värsta fall tolkningsvis elimineras ur gällande rätt. Saken kompliceras ytterligare genom att objektivitetskravets innebörd dessutom varierar beroende på olika juridiska yrkesroller. Se avsnitt 4.3.2 och 4.4 nedan!

3.2.4 Vad menas med »skall beaktas som auktoritetsskäl», »bör beaktas som auktoritetsskäl» och »får åberopas som auktoritetsskäl»?

A »SKALL» OCH »BÖR»

Orden »skall beaktas som auktoritetsskäl», »bör beaktas som auktoritetsskäl» och »får åberopas som auktoritetsskäl» har i detta sammanhang en komplex innebörd, vilken delvis belyses av följande kommentarer.

De rättskällor som skall beaktas som auktoritetsskäl är bindande. Andra är det inte.

Ett viktigt kännetecken på en rättskällas bindande karaktär (dvs. på att den *skall*, inte blott *bör* beaktas som ett juridiskt auktoritetsskäl) är dess *nödvändighet* för juridisk argumentation. I sådana rättssystem som det svenska är endast lagar och i vissa fall sedvänjor juridiskt nödvändiga. Man kan förvisso härleda en juridisk slutsats från flera inbördes oberoende satsmängder. Men oavsett vilket alternativ som väljs måste det finnas en lagbestämmelse eller en sedvana som kan åberopas till stöd av den juridiska slutsatsen. En slutsats utan något som helst stöd av vare sig lagen eller sedvanan är inte juridisk.

Lagen och sedvanan hade följaktligen en särställning i 1800-talets klassiska rättstillämpningslära. De var s.a.s. huvudkällor med särskild vikt och förmågan att

grunda rättigheter och skyldigheter för privatpersoner; de bestämde även den juridiska argumentationens gränser (jfr Malt 1992, 55 ff.). Den klassiska rättstillämpningsläran erkände även olika bikällor (argumentativa hjälpmedel) såsom sakens natur, rättspraxis, förarbeten och främmande rätt (a.a. 52).

En »modern» (men något tvivelaktig) variant av samma grundtanke belyses av följande citat. »Som auktoritativa rättskällor räknas... åtminstone lag, förarbeten och prejudikat. Likaså har den juridiska doktrinen åtminstone i vissa fall en auktoritativ tyngd som rättskälla. Även vissa andra företeelser fungerar emellertid då och då som rättskällor... Dessa blir emellertid rättskällor först genom att de i lag eller rättspraxis tilläggs en sådan betydelse. Någon självständig auktoritet har de i princip inte. Därför kan man tala om *supplerande* (eller icke-auktoritativa) *rättskällor*» (Lehrberg 1992, 127). Bland de supplerande rättskällorna upptar författaren inte endast avtal utan även sedvänjor (128 ff.). Enligt min mening har emellertid de sistnämnda en självständig auktoritet i vissa fall. Förarbetena saknar däremot en sådan auktoritet, eftersom en slutsats som endast bygger på dem, utan något som helst stöd i vare sig lagtexten eller sedvanan, knappast kan anses vara juridiskt hållbar.

Att en rättskälla är bindande och sålunda »skall beaktas som auktoritetsskäl» i juridisk argumentation har den logiska konsekvensen att den *prima facie* skall åtlydas. Närmare bestämt får den ifrågavarande rättskällan sättas ur spel endast om man åberopar juridiska motskäl som i det föreliggande tolkningssammanhanget har en mycket större vikt.

Bindande rättskällor är tillika förklaringsfaktorer: Man kan t.ex. förklara en doms innehåll med en hänvisning till att domen motsvarar lagen.

Det ovan sagda räcker emellertid inte som en definition av en rättskällas bindande ställning. De rättskällor som bör beaktas som auktoritetsskäl är inte bindande men ändå har ett visst förklaringsvärde i juridiken. Dessutom bör även dessa källor *prima facie* åtlydas. De får sålunda inte heller sättas ur spel om inte juridiska motskäl väger tyngre.

B ALLMÄNT OM PRIORITETSORDNING MELLAN RÄTTSKÄLLOR

De rättskällor som skall beaktas som auktoritetsskäl är således viktigare än de som blott bör beaktas. De sistnämnda är i sin tur viktigare än de som blott får åberopas som auktoritetsskäl. Begreppet »viktigare» innebär följande.

1. En viktigare rättskälla är ett starkare juridiskt auktoritetsskäl än en mindre viktig sådan.

En lag är t.ex. ett starkare auktoritetsskäl än en juridisk lärobok.

Vissa motskäl kan sålunda vara tillräckliga för att åsidosätta bör-källor men ändå inte tillräckliga för att åsidosätta skall-källor. Det krävs t.ex. mer för att åsidosätta lagen än för att åsidosätta ett antal prejudikat. Det är likaledes lättare att frångå lagens förarbeten än att åsidosätta lagtexten.

2. Rättskällehierarkin i denna mening är endast provisorisk, *prima facie*.

Om en kollision uppstår mellan en viktigare rättskälla och en mindre viktig sådan, har den förra företräde, om inte övervägande skäl föreligger som kastar om denna prioritetsordning. Om någon sätter en mindre viktig rättskälla före en viktigare sådan, måste han följaktligen ge goda juridiska argument för detta.

Sådana skäl krävs t.ex. för att följa ett antal prejudikat i stället för lagens ordalydelse.

3. En *prima facie* viktigare rättskälla kan emellertid väga lättare än ett stort antal mindre viktiga sådana.

Ett antal samverkande prejudikat *kan* t.ex. i vissa fall väga tyngre än lagtexten.

4. Ett motskäl som motiverar åsidosättande av en viktigare rättskälla måste vara starkare än det som räcker för att motivera åsidosättande av en mindre viktig (se ovan punkt A).

Begreppet »*prima facie*» är helt nödvändigt för att förstå rättskällornas hierarki. De författare som inte använder detta begrepp konstaterar därför ofta att det inte består någon »egentlig» hierarki mellan rättskällorna, jfr t.ex. Blume 1990, 871 ff.

C VISSA INSTITUTIONELLA KONSEKVENSER

Om man endast betraktar den juridiska argumentation som förs av domstolar och beslutsfattande myndigheter kan man dessutom konstatera följande. I Sverige och Finland kan åsidosättande av bindande rättskällor anses som tjänstefel och under vissa omständigheter leda till åtal (jfr 20 kap. brottsbalken). Detta gäller inte vare sig bör-källor eller får-källor. Men om en domstol åsidosätter en sådan bör-källa kommer domen antagligen efter överklagande att ändras.

Den sistnämnda distinktionens teoretiska relevans är emellertid tämligen begränsad:

Den gäller endast i vissa länder. Medan de svenska och finska domarna sedan länge både åtalas för tjänstefel och övervakas av såväl JO som JK, har såvitt bekant ingen dansk, norsk eller t.ex. engelsk domare åtalats för att inte ha beaktat

bindande rättskällor. I Danmark får t.ex. folketingets ombudsman inte befatta sig med domstolarnas verksamhet.

Det straffrättsliga ansvaret för tjänstefel följer lagens något oberäkneliga ändringar. Den svenska lagstiftningen om tjänstefel har t.ex. ändrats ett antal gånger.

3.2.5 Varför bildar juridisk argumentation en särskild argumentationstyp?

A EN GENERELL KUNSKAPS- OCH VETENSKAPSTEORETISK FÖRKLARING OCH MOTIVERING

Att juridisk argumentation på så sätt bildar en särskild kategori i denna mening kan förklaras och motiveras på två olika sätt, det kunskapsteoretiska och det etiska.

Det kunskapsteoretiska utgår från att argumentationens uppdelning i olika kategorier (nivåer, discipliner) underlättar utvecklingen av sann kunskap. Genom att utveckla en särskild argumentationstyp kan följaktligen juristerna samla en stor kunskap om de i samhället etablerade normerna.

Den kunskapsteoretiska förklaringen och motiveringen gäller generellt all mänsklig kunskap, inte endast juridik och etik. Den besvarar också den viktiga frågan om argumentkedjornas roll i kunskapens struktur.

B EN ETISK FÖRKLARING OCH MOTIVERING

Att juridisk argumentation bildar en särskild kategori kan även motiveras etiskt. Den juridiska argumentationen bygger på de etablerade rättsreglerna och den etablerade juridiska metoden. Den bidrar sålunda till att ordning skapas och kaos förhindras. En sådan ordning utgör en nödvändig betingelse för människors gemensamma liv. Allmän laglydnad skapar fred, förtroende, samarbete och bidrar ytterst till artens fortbestånd (se närmare avsnitt 6.1.5 nedan). På så sätt legitimeras såväl att klara lagregler finns i samhället som att de måste underkastas en etisk tolkning. Därmed motiveras både lagstiftarens *makt* och en viss *maktdelning* mellan lagstiftaren och domstolarna.

Samhällsutvecklingen leder till ökad funktions- och maktdelning. Tanken på att domstolarnas uppgift består i att tillämpa förutbestämda regler utvecklades särskilt i det romerska riket. Rättsreglerna vann därvid fristående ställning. Deras ordalydelse blev en viktig rättskälla medan lagstiftarnas privat deklarerade avsikter tonades ner. På så vis uppstod den

juridiska argumentationen som en särskild argumentationstyp (jfr Sundberg 1990). Det moderna samhället är mer invecklat än det romerska. Det är därför naturligt att den juridiska argumentationens särart är än mer påtaglig. Lika naturligt är det att olika speciella discipliner och tankesätt uppstår *inom* juridiken.

3.2.6 Varför har vi en tredelning av rättskällor?

Tredelningen av de formella rättskällorna i sådana som skall, bör respektive får åberopas som auktoritetsskäl är blott en idealbild, vars syfte är att underlätta förståelsen av den juridiska argumentationen. Den utgör inte den enda möjliga klassifikationen. Den kan givetvis kompletteras med komplexare sådana.

Följaktligen kan inte heller någon universellt gällande lista upptagande olika slags rättskällor formuleras. Det räcker här att påminna om de allmänt kända skillnaderna mellan de anglosaxiska och de kontinentaleuropeiska rättskällelärorna. I nya rättssystem kan betydande osäkerhet förekomma om rättskällelärans innebörd. Detsamma gäller innebörden av sådana särskilda rättskällor som EG:s normgivning. Den sistnämnda har sedan länge varit direkt bindande i England (jfr Yvonne von Duyn-fallet, Eur Court Rept 1974, 13-37) medan i Frankrike dess bundenhet gjorts beroende av en »transformation» genom inhemsk lagstiftning (jfr Cohn-Bendit-fallet, Conseil d'Etat 12 dec 1978, Rev trim dir Eur 1979, 157). Rättskällornas auktoritet varierar dessutom beroende på rättsområde. En rättskällelära som t.ex. anpassats till skatterätten kan väcka tveksamhet inom civilrätten. En rättskällelära som baserar sig på ett domstolsperspektiv behöver inte vara adekvat på förvaltningsrättens område (jfr t.ex. Blume 1990, 873 ff.). Den klassiska rättskälleläran måste kompletteras med hänsyn till internationalisering (id. 882 ff.) och elektronisering (id. 887 ff.).

Ändå återspeglar tredelningen rättskälleläror i många länder. Den tar nämligen hänsyn till följande omständigheter.

1. Vissa texter är formella rättskällor, andra är det inte. Visserligen kan man tänka sig ett rättssystem utan några formella rättskällor, dvs. utan några texter som skall beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Men ett sådant system måste vara mycket primitivt. Ingen skriven lag skulle finnas i ett sådant samhälle, inte heller skulle domar nedtecknas.

2. Vissa formella rättskällor är rättsligt bindande, andra är det inte. I Sverige är i princip endast den skrivna lagen bindande. Vi säger att de

bindande rättskällorna *skall* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Man kan tänka sig ett rättssystem i vilket endast en kategori rättskällor finns. Låt mig t.ex. anta att rättssystemet endast innehåller bindande lagar. Men med tiden skulle ett sådant system berikas med de andra kategorierna av rättskällor, t.ex. prejudikat och doktrin.

Visserligen skulle alla skrivna rättskällor kunna uppfattas som bindande, men då skulle t.ex. den juridiska litteraturen likställas med lagen, vilket skulle kunna medföra vissa tvivelaktiga konsekvenser för demokrati och rättssäkerhet.

Det följer att åtminstone två slags rättskällor behövs, bindande och inte bindande (jfr t.ex. Hart 1961, 247 och Bodenheimer 1969, 393-4).

3. Vissa formella rättskällor – fast inte bindande – har en särskilt stor auktoritet, som kommer nära den bindande lagens. De är s.a.s. vägledande direktiv för rättstillämpningen. Vi säger att de *bör* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. En sådan stark ställning har t.ex. prejudikat och lagars förarbeten.

Man kan tänka sig ett rättssystem, i vilket endast två kategorier formella rättskällor fanns, varav den ena t.ex. omfattade bindande lagar och den andra innehöll såväl prejudikat som den juridiska litteraturen. Men i många moderna stater har man i stället åberopat ett antal skäl för att ytterligare nyansera rättskälleläran, t.ex. genom att ge prejudikaten en något starkare ställning än litteraturen.

Det följer att åtminstone tre slags rättskällor behövs, bindande, vägledande och övriga; dvs. sådana som skall, bör respektive får åberopas som auktoritetsskäl.

Rättskällelärans alltmer invecklade karaktär återspeglar samhällets växande komplexitet. Den moderna staten behöver många styrmedel.

3.2.7 Mer om rättskällenormer

A RÄTTSKÄLLENORMERS FUNKTIONER

Jag har nu behandlat vissa rättskällenormer. Dessa normer har följande funktioner:

1. De bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation.

2. På så vis bidrar de till att göra argumentationen fullständig. Juridisk argumentation innebär i många fall ett språng (se avsnitt 4.2.8 nedan): den är inte logiskt korrekt, eftersom den bygger på ofullständiga premis-

ser. Genom att tillägga en rättskällenorm kan man ofta förvandla argumentationen till en logiskt korrekt slutledning.

Rättskällenormer kan t.ex. behövas för att från lagen och fakta i målet härleda en dom i ett svårt fall.

I NJA 1980 s. 94. A har med insikt om att konkurs var förestående betalat B:s fordringar. Den som, då han är på obestånd, gynnar en viss borgenär på andras bekostnad skall i vissa fall dömas för mannamån mot borgenärer (jfr 11 kap. 4 § brottsbalken). Så är fallet bl.a. då betalningen sker i otillbörligt syfte och medför påtaglig fara för att andra borgenärers rätt skall förringas avsevärt. Frågan om betalningen skett i »otillbörligt syfte» besvarades av HD i anslutning till departementschefens uttalanden i förarbetena till lagen (1976:56) om ändring av den ifrågavarande bestämmelsen. Av uttalandena framgår, att en betalning sker i otillbörligt syfte endast då gäldenären haft någon särskild (och otillbörlig) bevekelsegrund för sitt gynnande av just den ifrågavarande borgenären. Åtalet mot A ogillades eftersom hans motiv inte blivit utredda i målet. Domstolens argumentation kan framställas som följande slutledning.

1) Fakta i målet	A har med insikt om att konkurs var förestående avsevärt förringat övriga borgenärers rätt genom att betala B:s fordringar. A:s motiv har inte blivit utredda i målet.
2) En rättsregel, jfr 11 kap. 4 § Brottsbalken	Den som, då han är på obestånd, gynnar en viss borgenär skall dömas för mannamån mot borgenärer endast om (vissa andra villkor uppfylls eller om) betalningen – sker i otillbörligt syfte; och – medför påtaglig fara för att andra borgenärers rätt skall förringas avsevärt.
3) En slutsats ur lagens förarbeten	En betalning sker i otillbörligt syfte endast då det har blivit utrett i målet att gäldenären haft någon särskild bevekelsegrund för sitt gynnande av just den ifrågavarande borgenären samt att denna grund förtjänar beteckningen otillbörlig.
4) En rättskällenorm	Lagens förarbeten bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation avseende lagtolkning.
– – –

ningssammanhang. Lagen är en text, förarbetena en annan. En rent språklig tolkning av den förra har inget samband med den senare. Sambandet uppstår först tack vare rättskällenormen.

3. Härmed bidrar rättskällenormerna till den juridiska argumentationens kontrollerbarhet, dvs. till att en jurist kan kontrollera en annans argument och slutsatser.

Den ene kan sålunda förvissa sig om huruvida den andre resonerar korrekt eller inte.

Om olika jurister resonerar korrekt men ändå kommer till motstridiga slutsatser beror skillnaden på att de utgår från oförenliga premisser. Genom att framställa båda sidors argumentation som fullständig och logiskt korrekt kan man förvissa sig om vad oenigheten avser.

Kort sagt bidrar rättskällenormerna till att den juridiska argumentationens resultat i hög grad kan förutses. Därmed bidrar de till rättssäkerheten.

B RÄTTSKÄLLENORMERS PRIMA FACIE-KARAKTÄR

Rättskällenormerna har *prima facie*-karaktär: Varje rättskällenorm kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.

C VISSA FAKTA BAKOM RÄTTSKÄLLENORMERNA

Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet möter varje jurist ständigt exempel på juridisk argumentation. Exemplen bildar ett underlag för generella hypoteser om hur rättskällorna faktiskt behandlas. Sådana hypoteser bekräftas av rättspraxis: För att kunna förstå juristernas argumentation måste man förutsätta att de rättar sig efter rättskällenormerna. I denna mening följs rättskällenormerna i argumentationspraxis.

Ordet »förstå» kan i detta sammanhang betyda detsamma som »uppfatta som väl sammanhängande». För att kunna uppfatta juristernas argumentation som väl sammanhängande måste man sålunda förutsätta att de rättar sig efter rättskällenormerna.

D RÄTTSKÄLLENORMERNAS MOTIVERING

1. Rättskällenormer har en viss sedvanerättslig ställning. Därmed är de gällande rättsnormer, låt vara att deras innehåll skiljer sig från andra rättsnormer: Rättskällenormerna säger hur man bör, skall eller får behandla olika rättskällor, däribland sådana som innehåller andra gällande rättsnormer. De kan därför kallas för rättsnormer om rättsnormer.

En norms giltighet är emellertid alltid beroende av en annan norm. För att meningsfullt tala om att en rättskällenorm är gällande måste man tänka sig en »övernorm» som bestämmer dess giltighet. Vilka »övernormer» bestämmer då att rättskällenormerna är gällande? Anta t.ex. att rättskällenormen »lagens förarbeten bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation avseende lagtolkning» är sedvanerättsligt gällande. Frågas det »varför?» är det närliggande svaret »därför att juristerna brukar argumentera som om de hade rättat sig efter denna rättskällenorm». Förutsätts då inte en annan norm, nämligen »juristernas faktiska benägenhet att argumentera på ett visst sätt bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation»? Varför är sistnämnda norm gällande? Leder inte ett sådant synsätt till en logisk cirkel eller en oändlig regress?

Ytterst sett måste de sedvanerättsliga rättskällenormerna följaktligen grunda sig på något annat än sedvanerätt, nämligen på sedvanerättens djupgående grunder. Dessa är etiska i bred mening. Låt mig kalla dem moralpolitiska. Rättskällenormerna kan t.ex. motiveras genom att man hänvisar till deras förankring i rättstraditionen (jfr avsnitt 7.9 nedan), deras betydelse för demokrati och rättssäkerhet osv.

Men varför *bör* demokrati, rättssäkerhet och tradition respekteras? Varpå grundar sig giltigheten av den (moralpolitiska) norm som bestämmer att så bör vara fallet? För att klippa av den oändliga regressen kan en giltighetsteori antas (jfr von Wright 1963b, 196-7), enligt vilken en norms *giltighet* alltid bygger på en annan norms *existens*. Denna giltighetsteori kan antas tillsammans med hypotesen, att den yttersta normen »det som främjar sådana värden som historisk kontinuitet, rättssäkerhet och demokrati bör beaktas i juridisk argumentation» *existerar* i moralpolitisk argumentationspraxis: För att kunna uppfatta den sistnämnda som väl sammanhängande måste man förutsätta att de som argumenterar moralpolitiskt uppträder så som om de hade erkänt denna norm.

Kort sagt: Ytterst bygger rättskällors *normativa ställning* som auktoritetsskäl vilka skall, bör eller får åberopas i juridisk argumentation på olika hypoteser om juridisk eller moralpolitisk argumentationspraxis, tillsammans med en giltighetsteori och en teori om sammanhängande motivering.

2. Rättskällorna är dessutom relaterade till *begreppet* »juridisk argumentation». Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.

E DE SEDVANERÄTTSLIGA RÄTTSKÄLLENORMERNAS DIGNITET INOM RÄTTSORDNINGEN

När det gäller de rättskällenormer som har sedvanerättslig karaktär kan frågan ställas om deras dignitet inom rättssystemets »avsatsbyggnad». Svaret på denna fråga är invecklat. Man måste skilja mellan följande synvinklar.

1. *En logisk synvinkel.* De sedvanerättsliga rättskällenormerna befinner sig »en trappa högre upp» än lagen och andra rättskällor. De är nämligen »hanteringsnormer», som bestämmer hur rättskällorna bör användas.

2. En *lagstiftningssynvinkel.* Genom en lagändring kan rättskällenormerna ändras. En lag kan t.ex. förbjuda åberopande av förarbeten. På så vis måste rättskällenormernas dignitet uppfattas som lägre än vanliga lagars.

3. En *argumentationssynvinkel.* Å andra sidan kan vissa rättskällenormer användas till att på ett mer djupgående sätt motivera lagars ställning såsom en rättskälla som skall beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Med andra ord kan lagars giltighet stödas på rättskällenormer. Sålunda betraktad är dessa rättskällenormers ställning högre än lagens.

Självfallet stöder grundlagen slutsatsen att lagar skall beaktas som auktoritetsskäl (jfr 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen). Inom det juridiska paradigmet tas grundlagens giltighet för given; man behöver då inte några rättskällenormer för att motivera lagars ställning. Men då man går över till juridikens djupgående, moralpolitiska rättfärdigande, måste man även besvara frågan varför grundlagarna skall följas. På denna nivå måste man åberopa eller förutsätta den s.k. grundnormen (se avsnitt 2.2.2E och 2.2.3B3 ovan!) vilken kan uppfattas som en särskild rättskällenorm.

3.3 Lagar och andra föreskrifter

3.3.1 Inledande anmärkningar

Som nämnts *skall* lagar och andra föreskrifter beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation; jämför 1 kap. 1 § 3 st. i den svenska regeringsformen: »Den offentliga makten utövas under lagarna».

Uttrycket »andra föreskrifter» betecknar de normer som enligt grundlagen meddelas

a) av regeringen, närmare bestämt
- i fråga om verkställighet av lag (8 kap. 13 § 1 stycket 1 mom. regeringsformen);

- med stöd av riksdagens bemyndigande (jfr 8 kap. 6–12 §§ regeringsformen); eller
- inom regeringens s.k. »restkompetens» (8 kap. 13 § 1 stycket 2 mom. regeringsformen);

b) av kommuner (jfr 1 kap. 7 §; 8 kap. 5, 9 och 11 §§ regeringsformen); och

c) av underordnade myndigheter med stöd av regeringens delegation (jfr 8 kap. 13 § 3 stycket regeringsformen).

Jfr Bernitz m.fl. 1985, 65 ff. och Strömholm 1988, 302 ff.

3.3.2 Lagens juridiska nödvändighet

Att lagar skall beaktas som auktoritetskällor i juridisk argumentation innebär inte att domstolar skall explicit citera all tillämplig lagstiftning. Det räcker som sagt med att den tillämpliga lagen »tyst» förutsätts och att det hade varit korrekt att åberopa den.

Men om en viss slutsats inte följer av någon som helst rimlig satsmängd som innefattar en lagbestämmelse (respektive en fast sedvanerättslig regel, se avsnitt 3.2.3 ovan) har den inget lagstöd och följaktligen inte kan anses vara juridisk.

3.3.3 Varför bör lagen ha en dominerande ställning i juridisk argumentation?

Lagstiftningens dominerande ställning kan motiveras i anslutning till begreppen demokrati och rättsstat. Lagar skapas sålunda av den demokratiskt valda riksdagen. Dessutom uppvisar de följande egenskaper som är relevanta för rättsstaten och rättssäkerheten:

- De innehåller generella handlingsregler som bestämmer tämligen exakt vad som är påbjudet, tillåtet eller förbjudet.
- Deras giltighet är i princip oberoende av utomrättsliga – relativt mindre bestämda – regler och giltighetskällor.
- De skapar vissa institutionella fakta, sådana som t.ex. rättsligt bindande avtal, äktenskap, medborgarskap m.m. Därmed uppstår en relativt fast samhällelig ram inom vilken skilda individer kan planera sitt liv.

- Lagar bidrar därmed till en hög grad av formell rättssäkerhet, dvs. rättsliga beslut som subsumeras under en lagregel är förutsebara och inte godtyckliga. Förutsebarheten främjas av det faktum att lagreglerna offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt.

3.4 Sedvana

3.4.1 Sedvanans funktion

Rättskällenormerna kräver som sagt att vissa sedvänjor skall, bör eller åtminstone får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Sedvanerätten utgör samhällets äldsta försvar mot det kaos som lätt kan uppstå till följd av olika intressekonflikter. Medborgarnas etiska omdöme är tyvärr inte tillräckligt som ett ordningsskapande medel.

3.4.2 Sedvanans auktoritet

Sedvanans auktoritet grundar sig som redan har framgått på att den uttrycker samhällsmedlemmarnas eniga och i praxis prövade uppfattning. Sedvanan ökar därjämte förutsebarheten i samhället, då den behandlar likartade fall på samma sätt, och därför kan inte endast lagstiftningen utan även sedvanerätten bidra till att skapa olika betingelser för demokrati, rättsstat och rättssäkerhet.

Sambandet med demokratin är visserligen inte klart. Under medeltiden kunde sedvanerätten emellertid ofta skydda medborgarna mot överhetens förtryck. Den har inte gett folket all makt men väl förhindrat dess totala maktlöshet. Det är naturligt att olika moderna diktaturer kännetecknats av djup misstro mot folkets sedvänjor.

Sambandet med rättsstaten och rättssäkerheten är inte heller uppenbart men följande måste åberopas. Sedvanerätten har under lång tid skapat olika institutionella fakta, såsom t.ex. rättsligt bindande avtal, äktenskap m.m. Rättsliga beslut som följer sedvanan är förutsebara och inte godtyckliga. Förutsebarheten främjas av det faktum att sedvanan är allmänt känd.

3.4.3 Opinio necessitatis

Men vilken sedvana bildar en sedvane*rätt*? För att besvara denna fråga måste man skilja mellan följande företeelser:

Sedvana i en vidsträcktare mening består i allt slags regelbundet handlande inom en viss grupp människor (en »referensgrupp», jfr Klami 1987, s. 56-60). Sedvana i en snävare mening består endast i ett sådant regelbundet handlande som uttrycker eller motiverar en övertygelse om att man bör handla på just det sättet. Endast den senare typen av sedvana behandlas i denna framställning.

> »För att skilja sedvanor som är bindande från andra talas ibland om att de är uttryck för en 'opinio necessitatis' (åsikt om nödvändighet), dvs. det skall finnas en allmän övertygelse om att det är en rättslig skyldighet att handla på detta sätt» (Hellner 1994, 112). Eftersom den allmänna övertygelsen kan vara svår att utreda »torde en domstol... tämligen fritt bedöma» om sedvanan »skall anses vara bindande» (id.).
>
> Jag delar emellertid inte Hellners åsikt, att allmän övertygelse av detta slag närmast är en fiktion. Den må vara svåråtkomlig för empirisk sociologi, men hur kan ett antal individer bilda ett samhälle utan att de i viss mån hyser samma övertygelse om det rätta och det gällande?

3.4.4 Sedvanerätt och myndigheters praxis

Sedvanans rättsliga betydelse står i samband med domstolars och myndigheters praxis. Därför behöver man följande distinktion:

Sedvanerätt i egentlig mening består i de enskildas sedvana i den mån den skall eller bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. I denna mening uppstår sedvanerätten bland enskilda medborgare. Sedvanan blir sedvanerätt då den genom praxis godtas av domstolar och andra myndigheter. Den hör då till den officiella rättsliga ideologin i samhället.

Sedvanerätt i en annan mening består i all slags fast praxis, utbildad inom domstolar och andra myndigheter. Sedvanerätt i denna bemärkelse skapas av myndigheterna. Ett sådant språkbruk lanserades bl.a. inom uppsalaskolan (jfr t.ex. Strömberg 1981, 50 ff.). Jag kommer emellertid inte att kalla en sådan praxis för sedvanerätt utan helt enkelt för »praxis» (jfr Strömholm 1988, 216).

Antagandet att all sedvanerätt skapas av myndigheterna innebär nedvärdering av folkets förmåga att spontant skapa gällande rätt. Men de enskildas sedvana kännetecknas i vissa fall av minst lika stor varaktighet, förutsebarhet, demokratisk

legitimitet och etisk godtagbarhet som domstolarnas praxis. De enskildas sedvana kan m.a.o. skapa en fullt godtagbar ordning i samhället. Denna ordning åberopas av domstolar som ett auktoritetsskäl. Varför skall då en rättsfilosof vägra beteckna den som sedvane*rätt*?

3.4.5 Sedvanans rättsliga ställning

Sedvanans rättsliga ställning är inte enhetlig.

a) Som nämnts anses »fasta sedvanerättsliga regler» vara en bindande rättskälla som sålunda *skall* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation (jfr avsnitt 3.2.3 ovan).

I Finland stadgar 1 kap. 11 § rättegångsbalken att domaren skall döma efter sedvana om det inte finns någon tillämplig lagbestämmelse och om sedvanan är rimlig (jfr t.ex. Klami 1984, 16 ff. och 43 ff.; jfr Aarnio 1987, 80).

b) Dessutom *bör* man ta hänsyn (jfr t.ex. Eckhoff 1993, 226 ff.) till framför allt tre sorters sedvana:

- en sådan som är både rimlig och väl förankrad i samhället, vissa yrkesgrupper eller delar av landet (jfr t.ex. Sundberg 1978, 172);
- en sådan som uttrycker vissa generella etiska principer; och
- en sådan som i myndigheternas fasta praxis behandlas som ett auktoritetsskäl.

Dessa olika arter av sedvanerätt är självfallet inte oberoende av varandra. En väl förankrad sedvana brukar sålunda både uttrycka vissa etiska grundsatser och godtas av myndigheterna. Å andra sidan är de något mindre påtagliga än »fasta sedvanerättsliga regler» (se punkt *a* ovan).

c) Vissa slags sedvänjor *får* åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Det är emellertid svårt att säga något generellt om deras karaktär och innehåll.

Slutligen finns det säkerligen sedvänjor som inte alls får åberopas som auktoritetsskäl (såsom beteenden inom vissa kretsar med anknytning till 8 kap. brottsbalken).

Den normativa frågan varför sedvanerätten bör beaktas som auktoritetsskäl kan besvaras genom etisk argumentation, vilken bl.a. tar hänsyn till att medborgarna väntar sig att en väl förankrad och rimlig sedvana respekteras. Sedvanans auktoritet ökar dessutom då den bekräftas av lagen. En institutionell fastställelse av sedvanans innehåll kan också bidra till dess auktoritet. Förekomsten av handelsbruk t.ex. fastställs efter ut-

redning av Svenska handelskammarförbundets responsnämnd (jfr Bernitz o.a. 1985, 144 ff.).

En särskild fråga avser rättskällenormer. Dessa är förankrade både i juristernas sedvana och juridiska begrepp. Jag har redan behandlat frågan huruvida de kan uppfattas som ett särskilt slag av sedvanerätt.

3.5 Prejudikat

3.5.1 Inledning

Ett prejudikat är ett avgörande av ett konkret fall, som blir ett auktoritativt mönster för framtida avgöranden.

Följande rättskällenorm är godtagbar inom den svenska rättskälleläran (jfr Bernitz o.a. 1985, 109 ff.; Lehrberg 1992, 89 ff.).

a) De högsta domstolsinstansernas avgöranden (såsom högsta domstolens, regeringsrättens, arbetsdomstolens och marknadsdomstolens) *bör* beaktas som auktoritetsskäl i väsentligt liknande fall, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap.

b) Sådana domstolars avgöranden som hovrätternas, kammarrätternas, försäkringsrätternas m.fl. *får* åberopas som auktoritetsskäl vid all slags juridisk argumentation i väsentligt liknande fall.

c) Dessutom *bör* ett sådant avgörande (punkt b ovan) åberopas som auktoritetsskäl i framtida, väsentligt likartade mål inför den domstol som fällt avgörandet, liksom i rättsvetenskap.

Se även kollisionsnormen (avsnitt 3.10.3 nedan) om rangordning av olika prejudikat!

3.5.2 Ratio decidendi

A FRÅGAN OM VÄSENTLIGA LIKHETER

Hur är det då möjligt, att en rättsordning som grundar sig på en ständig kopiering av gamla avgöranden ändå kan ändras?

Självfallet kan rättsordningen ändras genom lagstiftning, men det finns även exempel på att praxis ändrats utan lagstiftningsmaktens ingripande. En ändring kan också ske medelst en särskild procedur (pleniavgörande jämlikt 3 kap. 5 § rättegångsbalken), men de flesta ändringar inträffar utan att denna procedur tillämpas.

Frågan kan besvaras genom påpekandet, att ett prejudikat endast bör följas om det avser ett likartat fall, och intet fall är helt likt ett annat.

Ett rättsfall (NJA 1937 s. 1) stöder t.ex. grundsatsen att skulder i främmande myntslag kan infrias enligt sitt nominella värde oavsett inflationen, förutsatt att de främmande sedlarna (i detta fall dollar) i myntlandet utgör lagligt betalningsmedel. I ett annat fall (NJA 1952 s. 382) ansåg däremot HD polska zloty – vilka enligt polsk lag var lagliga betalningsmedel – under vissa omständigheter inte utgöra betalningsmedel i Sverige. Det sistnämnda fallet stöder sålunda inte den nominalistiska grundsatsen utan dess motsats, den valoristiska. Såsom skäl angavs bl.a. att zloty, enligt den tidens polska lagar, inte fick införas till Polen. Det djupare skälet måste ha varit att zloty till följd av utförselförbudet inte utanför Polen kunde avyttras enligt den officiella växelkursen. Läget är självfallet ett helt annat när det gäller dollar.

Vilken mening har då normen att prejudikat bör följas? Kan man ändå alltid undgå att följa ett prejudikat? Givetvis inte. Prejudikat bör följas i de efterföljande fall som *väsentligen* liknar prejudikatsfallet.

B RATIO OCH DICTA

Med en anglosaxisk terminologi kan man säga, att de väsentliga egenskaperna hos prejudikatsfallet utgör dess *ratio decidendi*; övriga domskäl utgör *obiter dicta*. *Ratio decidendi* omfattar således de skäl som är nödvändiga för prejudikatsfallets utgång. M.a.o. skulle utgången blivit annorlunda om de hade ändrats. Ett enkelt exempel från AD anförs nedan; jfr Bergholtz 1987, 399.

I rättsfallet AD 1976 nr 101 hade, i ett anställningsavtal mellan ett schweiziskt bolag och en svensk arbetstagare avseende arbete åt bolaget i Sverige, parterna i en särskild (prorogations)klausul anvisat domstol i en schweizisk stad som forum för alla ur avtalet framgående stridigheter. Sedan arbetstagaren, som var oorganiserad, blivit uppsagd, väcktes talan mot bolaget i tingsrätt med yrkande bl.a. om ogiltigförklaring av uppsägningen. Fråga uppkom då om tingsrätten på grund av prorogationsklausulen saknade behörighet att ta upp målet till prövning. Arbetsdomstolen, som efter fullföljd prövade frågan, yttrade i sina domskäl:

»Parterna är ense om att punkt... i anställningsavtalet har den innebörden att tvisten i målet skall hänskjutas till schweizisk domstol och att part skall vara hindrad att få tvisten prövad vid domstol i Sverige. Arbetsdomstolen har med hänsyn härtill att pröva huruvida anställningsavtalet i den ifrågavarande delen har denna verkan. Enligt svensk rätt gäller som princip på det internationellt processrättsliga området att ett avtal varigenom domstol i utlandet görs ensam behörig att avgöra framtida tvist som rör visst rättsförhållande (ett s.k. pro-

rogationsavtal) i allmänhet tillerkänns verkan och innebär rättegångshinder i Sverige. Bestämmelsen i 2 kap. 2 § arbetstvistlagen att i arbetstvist i allmänhet arbetsgivaren får sökas vid tingsrätten i den ort där arbetstagaren har sitt hemvist medför inte att prorogationsavtal i tvist om tillämpning av anställningsskyddslagen skulle vara ogiltigt enligt 3 § första stycket anställningsskyddslagen.

I detta fall föreligger emellertid omständigheter som enligt arbetsdomstolens mening bör föranleda avsteg från huvudregeln om prorogationsavtals rättsliga verkan. Arbetstagaren är en *svensk medborgare* som är *bosatt i Sverige* och som anställts och faktiskt utfört arbete på en *arbetsplats här i landet*. Det föreligger alltså stark anknytning till svensk arbetsmarknad, medan nämnvärd anknytning till Schweiz saknas. Tvisten rör *tvingande bestämmelser* i anställningsskyddslagen. Denna lag utgör en *social skyddslagstiftning*. Dess bestämmelser har tillkommit för att ge arbetstagaren trygghet i anställningen. Arbetstagarens skyddsintresse blir enligt arbetsdomstolens mening inte tillgodosett i tillräcklig utsträckning enbart genom att anställningsskyddslagens materiella regler tillämpas på tvisten. Ytterligare krävs att arbetstagaren har möjlighet att få tvisten prövad vid domstol här i landet. Arbetsdomstolen finner därför att tingsrätten är behörig att handlägga tvisten.»

Arbetsdomstolen fäste vikt vid vad som kursiverats ovan:

1. Svensk medborgare
2. Bosatt i Sverige
3. Arbetsplats här i landet
4. Tvingande bestämmelser
5. Social skyddslagstiftning.

Utgörs nu *ratio decidendi* av alla dessa fem faktorer, dvs. skulle utgången nu blivit densamma om en eller flera av dessa omständigheter saknats? Ja, nog måste man väl tro att faktor 1, att arbetstagaren var svensk medborgare var utan betydelse (jfr id.). Alla arbetstagare som är bosatta i Sverige bör väl ha samma rättsskydd. Således skulle den omständigheten vara ett *obiter dictum* och inte ett nödvändigt skäl för utgången. Detta är då en enkel illustration av skillnaden mellan *ratio decidendi* och *obiter dictum*.

C LIKHETER OCH PREJUDIKATREGLER

Det sägs ofta att varje användning av ett prejudikat som ett mönster för framtida avgöranden egentligen är en generalisering av prejudikatet till en prejudikatsregel som säger att alla fall med samma *ratio decidendi* bör avgöras på samma sätt.

Enligt min mening behöver emellertid en prejudikatanvändning inte innebära att man skapar en generell prejudikatregel. Det räcker med att ett konkret (och kanske unikt) fall avgörs på samma sätt som prejudikatfallet. Förvisso måste det nya fallet visa en väsentlig likhet (kanske en »familje-

likhet» i Wittgensteins mening) med prejudikatfallet, men en sådan prejudikatanvändning har inte några generella logiska följder för behandlingen av ytterligare fall. En generell prejudikatregel skulle däremot vara tillämplig på en klass av framtida fall.

D ETT ANFÖRT OCH ETT KONSTRUERAT RATIO DECIDENDI

Vad bör då betraktas som prejudikatsfallets väsentliga egenskaper? Inget generellt svar på denna fråga kan ges (jfr t.ex. Simpson 1961, 148 ff. och 1973, 77 ff.) utan man måste i det konkreta fallet utföra en avvägning mellan följande slags *rationes decidendi*:

Ett anfört *ratio decidendi* omfattar de omständigheter som anförts i prejudikatets domskäl.

Ett konstruerat *ratio decidendi* (jfr t.ex. Eckhoff 1993, 140) omfattar de omständigheter som (a) inte anförts i prejudikatets domskäl men borde ha anförts och (b) är såtillvida nödvändiga för prejudikatfallets utgång, att denna skulle varit annorlunda om de hade ändrats. Ett konstruerat *ratio decidendi* framgår ofta bäst då man sammanställer en serie prejudikat, helst tillkomna under en längre tidsperiod.

Enligt min mening bestäms denna avvägning av förnuft tillsammans med personliga preferenser (»reason and fiat», Fuller 1946, 376 ff.). Den ställer sig sålunda olika i olika fall, inte minst på skilda rättsområden och i olika tider, beroende bl a på etiska värderingar, olika åsikter om lagens och domstolsavgörandenas bakomliggande ändamål (jfr Klami 1989, 87 ff.), processrättsliga regler m.m.

En sådan avvägning behövs enligt min mening bl.a. för att besvara den av *Lars Heuman* (1992, 221) ställda frågan »om domen har prejudikatverkan inte bara vad avser den uppställda rättssatsen, utan också vad avser det ändamålsresonemang som förts, t.ex. den avvägning som gjorts av fördelarna och nackdelarna».

E ÄNDRAD PRAXIS

Ratio decidendi modifieras kontinuerligt vid prejudikatanvändning i nya fall.

Prejudikatet bör inte följas om egenskaperna hos det ifrågavarande fallet väsentligt skiljer sig från prejudikatfallet. *Ratio decidendi* är olika. I anglosaxisk rätt talas då om att man skiljer på fallen *(distinguishing)*.

Denna särskiljandeteknik förekommer givetvis även i Sverige, men blott på ett indirekt, implicit sätt. Det inträffar nästan aldrig »att Högsta domstolen i andra mål än plenimål uttryckligen förklarar att en princip som tillämpats förut inte bör följas i fortsättningen... Härtill kommer att

det skulle strida mot den svenska Högsta domstolens stil att i en vanlig dom uttryckligen säga ens att en lägre domstols bedömning är felaktig... Högsta domstolen har andra metoder för att markera att den tar avstånd från en princip som har tillämpats i lägre instans.

Om domstolen frångår en princip som den själv tidigare har tillämpat, sker det vanligen genom åberopande av andra omständigheter, eller helt enkelt genom att föra ett annat resonemang» (Hellner 1994, 95).

Högsta domstolens argumentation för en ändrad praxis brukar vara försiktig. Generella argument, som skulle kunna tillämpas på många falltyper, anförs ofta på ett snävt avgränsat område.

Jfr t.ex. NJA 1993 s. 41 I och II. HD hänsköt till avgörande i plenum två mål om ersättning till efterlevande efter mördad person. Ersättning utdömdes enhälligt, med ändring av tidigare praxis (jfr NJA 1979 s. 620). Fast tredje mans skador i princip inte ersätts enligt svensk rätt är denna princip enligt HD inte någon »spärregel» som »i sig» skulle lägga hinder i vägen för att utdöma skadestånd. Vidare utgör psykiska besvär hos en närstående en »typisk och närliggande» (m.a.o. adekvat) skadeföljd när en person har mördats. Motiveringen är emellertid försiktig (jfr Hellner 1994, 96 och 119) eftersom ersättningsskyldigheten endast gäller skador till följd av ett uppsåtligt dödande; kretsen av ersättningsberättigade begränsas dessutom till den mördades närstående. HD har konstaterat att »en långtgående utvidgning av de nu diskuterade skadeståndsmöjligheterna vid tredje mans skador förutsätter så ingående överväganden av principiell och praktisk natur att de lämpligen bör ankomma på lagstiftaren».

I NJA 1991 s. 720 har HD utvecklat ett rättspolitiskt resonemang till stöd för att ålägga den som driver en fjärrvärmeanläggning ett rent strikt ansvar för skador orsakade genom utsläpp från anläggningen. »Motiveringen innehåller ... en blandning av kasuistiska argument, vilka rör enbart fjärrvärmeanläggningar, och generella argument, som skulle kunna tillämpas på många andra skador» (Hellner 1992, 101).

En kasuistisk motivering kan leda till rättsosäkerhet. I ett plenimål (NJA 1951 s. 1) hävdade en beställare, att avtal träffats med entreprenören om bestämt pris som var lägre än det debiterade. HD ansåg att entreprenören var skyldig bevisa att det inte träffats något sådant avtal. I NJA 1975 s. 280 uttalade HD följande »I detta mål synes inte påkallat att ta ställning om man beträffande köp och arbetsbeting allmänt sett bör i sista hand tillämpa en bevisbörderegel av ena eller andra innebörden... Frågan kan lämpligen begränsas till entreprenadsavtal där – såsom i förevarande fall – en entreprenör-företagare står mot en beställare-konsument. På detta område framstår det som motiverat att ifråga om priset lägga bevisbördan på entreprenören...». Ett sådant uttalande innebär att det skapas en osäkerhet om rättsläget utanför konsumenträttsliga förhållanden. I NJA 1989 s. 215, som gällde

ersättning för bokföringsarbeten, ändrade HD den tidigare uppställda principen och lade bevisbördan på beställaren. HD uttalade vidare att det endast i undantagsfall förekommit att ett fast pris avtalats för bokföringsuppdrag. Det är inte klart om fallet innebär en definitiv brytning med 1951 års bevisbörderegel, eller om bevisbördan endast åvilar beställaren när fast pris normalt inte avtalas (jfr Heuman 1992, 213 ff.).

Försiktigheten går ibland så långt att HD uttalar att den aktuella frågan »får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet» (jfr t.ex. NJA 1984 s. 733; Heuman 1992, 203 ff.).

Det förekommer förvisso domar vari HD öppet kritiserar äldre prejudikat. »Det är emellertid fullt tänkbart att HD vänder sig mot eller underkänner den äldre grundsatsen, utan att ange vilken av flera alternativa plausibla lösningar som skall väljas i framtiden» (Heuman 1992, 213).

F RATIONALITET OCH AUKTORITET

Lars Heuman (1992, 226 ff.) anser att underdomstolarna bör »följa såväl dåliga som goda prejudikat när rättssatserna kommit till klart uttryck... Det svenska prejudikatväsendet bygger på att HD skall verka för en enhetlig rättstillämpning... Rationalitetsskälen har visserligen fått ökad betydelse för HD:s sätt att lösa principfrågor, men allt mindre betydelse för en rättsfallstolkning som inriktas på kritik mot domskälen... Denna utveckling har sin grund i vikten av en enhetlig och enkel rättstillämpning, behovet av förutsebarhet och den ökande betydelsen av det arbetsekonomiska argumentet». Heuman bedömer således auktoritet som i detta sammanhang viktigare än rationalitet.

Denna bedömning uttrycker en avvägning mellan prejudikatens och rationalitetsskälens relativa vikt i dagens Sverige. Det är emellertid tveksamt om Heuman anser att underdomstolarna bör följa *hur dåliga prejudikat som helst.* En så pass blind auktoritetstro är ju varken realistisk eller ändamålsenlig.

- Den är orealistisk eftersom prejudikatfallet måste tolkas. Betraktade som tolkningsföremål liknar prejudikat mycket kasuistiska lagar. Prejudikattolkning måste sålunda i stor utsträckning bygga på analogislut. Frågor om prejudikattolkning är för övrigt minst lika komplexa som de i denna bok behandlade frågorna om lagtolkning. Se därom Bernitz o.a. 1985, 122 ff. och Lehrberg 1992, 95 ff.

- Denna auktoritetsbundenhet är inte heller ändamålsenlig. Prejudikatreglerna »kan inte vara isolerade produkter av domares vishet. De måste sättas i sitt rätta samband med varandra; de måste uppvisa en sammanhängande intern struktur» (Fuller 1968, 134). »Det är viktigt att prejudikatet kan förenas med befintliga lagregler, med eventuella andra prejudikat rörande samma fråga och med doktrinen... Rättsfallstolkarens uppgift är att sträva efter den tolkning som bäst harmonierar med rättssystemets övriga värderande ställningstaganden till samma eller likartade frågor» (Lehrberg 1992, 101). Genom att blind följa dåliga prejudikat skulle domstolarna försvåra denna harmonisering, göra rättsordningen motsägelsefull och döma oetiskt.

Prejudikattolkning kan och bör motiveras. Motiveringen kan bedömas som mer eller mindre sammanhängande, beroende på hur väl den uppfyller olika motiveringskrav (se kapitel 7 nedan). Tolkningsresultatet kan också framställas som en logisk slutsats av prejudikatet tillsammans med vissa rimliga tilläggssatser.

3.5.3 Vissa skäl för och mot att prejudikat bör följas

Följande sakskäl talar för att prejudikat bör följas.

1. Prejudikat bör följas eftersom detta bidrar till rättstillämpningens uniformitet och därmed ökar dess rättssäkerhet, dvs. både förutsebarhet och etiska godtagbarhet.

2. Genom att följa prejudikat kan domstolen vidare undvika att på nytt behöva bedöma alla skäl för och mot ett visst avgörande (jfr t.ex. NJA 1972 s. 253).

Ytterligare sakskäl talar för att de högsta instansernas prejudikat bör följas.

3. Den högsta instansen förfogar över högklassig kompetens, rimlig tid och bra underlag, såsom t.ex. revisionssekreterarnas förberedande arbete och underinstansernas utredning.

4. Det är rätt sannolikt att en dom som strider mot en högsta instans' tidigare avgörande överklagas och ändras.

Vissa sakskäl talar emellertid *mot* en mycket stark prejudikatbundenhet.

1. Genom prejudikat kan de högsta domstolsinstanserna faktiskt skapa generella rättsregler och därigenom beröva lagstiftaren en del av hans makt.

2. Den sålunda ökade domarmakten kan i *extrema fall* uppfattas som mindre demokratisk, eftersom yrkesdomare inte är folkvalda.

Observera emellertid att detta argument endast gäller i extrema fall, inte generellt. De folkvaldas överhöghet är förvisso ett viktigt demokrativärde, men det måste jämkas samman med flera andra sådana, inte minst rättssäkerheten; jfr ovan, avsnitt 1.5.2., 1.5.3A7, 1.5.3G osv.

3. En klar lagregel ger ett bättre underlag än ett prejudikat för den rättssäkra förutsägelsen av framtida avgöranden.

En utförlig behandling av skäl för och mot prejudikats bindande verkan finns i v. Eyben 1988, 70-101.

I dagens Sverige väger skälen för att följa prejudikat tyngre än motskälen. Ingen fara föreligger för att balansen mellan den dömande och den lagstiftande makten rubbas till den förstnämndas fördel.

3.5.4 Prejudikatens roll

Prejudikat är inte juridiskt bindande men bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Prejudikat följs regelbundet i svensk rättspraxis och har stor betydelse för rättsvetenskapen. En lägre rätt går emot den högsta instansens prejudikat i princip endast då den vill ge överinstansen en möjlighet att ompröva sin praxis, t.ex. därför att det ifrågavarande prejudikatet anses strida mot en lag, mot dess förarbeten eller mot något annat av den högsta instansen uppställt prejudikat.

Angående den historiska bakgrunden jfr Sundberg 1978, 90 ff., 105 ff., 152 och 255 ff.

Tesen att prejudikat inte är bindande uttalades i följande sammanhang. Då JO anmärkt mot en underrättsdomare som inte följt ett plenaravgörande, uttalade riksdagens första lagutskott år 1947 att »endast tyngden av de skäl, som av HD åberopats till motivering för domsluten bör vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna».

En livlig debatt följde, varvid *Folke Schmidt* (1955, 109) uttalade följande: »Den svenska domaren följer prejudikaten just därför att de härrör från högsta domstolen. Detta gör han även när han menar att ett annat avgörande i och för sig skulle ha varit lämpligare. Endast om starka

grunder tala för att han bör döma i saken på ett annat sätt än prejudikatet anvisar, aktualiseras frågan att pröva *tyngden* av de skäl som av högsta domstolen åberopas.»

Prejudikatets roll i den svenska rättskälleläran är i viss utsträckning lagreglerad. Enligt 54 kap. 10 § rättegångsbalken samt 36 § förvaltningsprocesslagen meddelas prövningstillstånd först och främst, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av HD respektive regeringsrätten. Av förarbetena till dessa stadganden framgår att man velat förstärka de högsta instansernas prejudikatbildande funktion (jfr propositionen 1971:45, särskilt s. 88).

Stadgandena tillkom genom 1971 års fullföljdsreform. Det är osäkert om de orsakat prejudikatens ökade ställning i svensk rättskällelära (jfr Strömholm 1988, 338) eller tvärtom anpassats till en redan utvecklad praxis. Det sannolika är ett växelverkan mellan praxis och lagstiftning (jfr Bergholtz 1987, 429 ff.).

Jfr prop. 1988/9:78 s. 19-20: prejudikat bildar ett komplement som ökar lagstiftningens genomslagskraft. Jfr även SOU 1986:1, 25 och 71.

3 kap. 5 § rättegångsbalken och 5 § 1971 års förvaltningsdomstolslag ger dessutom en möjlighet – fast ingen skyldighet – att hålla plenarsammanträde med HD respektive regeringsrätten i dess helhet eller med tolv ledamöter, då någon avdelning uttrycker en mening som avviker från en rättsgrundsats eller en lagtolkning som förut varit antagen av domstolen. De avgöranden som tillkommit i plenum bör *prima facie* utöva ett större inflytande än andra prejudikat.

Prejudikatens roll har sina historiska anor. I den romerska rätten spelade sedan 200-talet före Kristus pretorns edicta en avgörande roll för rättsutvecklingen. I kanonisk rätt var både påvens personliga domar och fast rättspraxis bindande. I den svenska 1600-talsstaten tillerkändes ännu prejudikaten en betydande roll, måhända större än tidigare. Senare inträdde dock en tid av prejudikatfientlighet. I Danmark sades år 1672 att »praejudicatum gör ingen lov», och i Sverige uttalades år 1803 att rättskipningen »bör vara grundad på beskrivna lagar, men ej på tillfälliga domslut». I preussiska lanträtten från 1794 fanns det ett uttryckligt förbud mot att taga hänsyn till prejudikat.

Men under 1900-talet har prejudikatens roll återigen blivit större.

I de flesta europeiska länder är prejudikat vägledande, ehuru inte bindande. Avgöranden som fattats av landets högsta domstols plenum har en särskilt stor betydelse t.ex. i Tyskland och Polen. Frankrike är ett viktigt undantag: *Cour de Cassation* brukar inte citera prejudikat.

I de anglosaxiska länderna är prejudikat som bekant bindande. I England har således lägre domstolar en skyldighet att följa domar från House of Lords och Court of Appeal, även om House of Lords (sedan 1966) inte längre har någon absolut skyldighet att följa sina egna avgöranden. Brittiska och amerikanska domstolar har emellertid utvecklat ett antal metoder (s.k. *distinguishing*, *overruling* m.m.) som gör det möjligt att frångå prejudikat.

Rättsläget i Finland liknar det svenska. Fast det har inträffat, om också sällan, att åtal väckts till följd av att en domstol inte följt prejudikat anser man inte dessa bindande. Prejudikatens auktoritet varierar dessutom beroende på rättsområde. Medan de spelar en stor roll i t.ex. skatterätten, är deras betydelse inom civilrätten något mindre.

Även i Danmark och Norge är läget ganska likartat; jfr t.ex. den danska domen U 1984, 848, som uttryckligt motiverades med hänvisning till höjesteretsdomen i U 1981, 473 H. Det senaste norska fall, då en lägre domstol medvetet avvikit från ett prejudikat från Höyesterett är en dom från Kristiania (Oslo) overrett i Rt 1910 s. 476.

3.6 Förarbeten

3.6.1 Inledning

Lagförslag åtföljs av och propositioner innehåller i regel motivuttalanden, som närmare utvecklar grunderna för lagstiftningsprodukten i fråga. Betänkanden och propositioner innehåller i regel en allmän del med allmän motivering och en specialmotivering med motivuttalanden till enskilda bestämmelser.

Förarbetena skrivs på olika stadier av lagstiftningsarbetet (jfr Bernitz o.a. 1985, 87 ff.; Lehrberg 1992, 80 ff.):

Initiativet till lagförslag kommer antingen från regeringen eller från riksdagen, t.ex. en motion, åtföljd av en riksdagsskrivelse, i vilken riksdagen uppmanar regeringen att tillsätta en utredning.

Regeringen tillsätter en utredare eller en utredningskommitté. Vederbörande departement utarbetar sedan direktiv till denna; direktiven utformas som departementschefens anförande. Direktiven publiceras i serien Kommittédirektiven och i riksdagstrycket.

Utredaren eller kommittén författar ett betänkande. Betänkandena publiceras i serien Statens offentliga utredningar (SOU). Utredningsarbetet utförs emellertid ofta inom ett departement. Resultatet sammanfattas i en promemoria och publice-

ras i departementsserien (»Ds-serien»). Även en regeringskommission kan tillsättas med uppdrag att föreslå lagstiftning.

Betänkandet behandlas inom departementet.

Remissinstansernas synpunkter inhämtas. Ibland ersätts remissförfarandet med en hearing. Sammanställningar av remissyttranden publiceras i vissa fall i Ds-serien.

Betänkandet bearbetas återigen inom departementet.

Ett överarbetat förslag remitteras till lagrådet om det gäller viktigare frågor (se vidare 8 kap. 18 § 3 stycket regeringsformen).

Inom departementet utarbetas så en proposition. Den innefattar själva lagförslaget, en allmän motivering, en s.k. specialmotivering paragraf för paragraf och en sammanställning av det tidigare materialet. Propositionen publiceras och upptas i riksdagstrycket.

Propositionen bereds i ett riksdagsutskott. Ett utskottsbetänkande upptas i riksdagstrycket.

Lagförslaget blir föremål för en riksdagsdebatt.

Lagen antas, utfärdas och promulgeras i Svensk författningssamling.

NJA II innehåller en översikt avseende viktigare förarbeten.

Varför bör förarbetena beaktas i juridisk argumentation?

Ett juridiskt tillräckligt svar (närmare bestämt, ett juridiskt tillräckligt rättfärdigande, relevant inom det juridiska argumentationssystemet respektive paradigmet) är i många fall följande. De bör beaktas, eftersom de är lagstiftningsarbetets resultat och vi brukar beakta dem.

Ett djupgående skäl (m.a.o. ett djupgående rättfärdigande) för att i juridisk argumentation beakta lagens förarbeten är däremot att de uttrycker »lagstiftarens vilja» eller, mera korrekt uttryckt, belyser lagens ändamål (*ratio legis*, jfr t.ex. Klami 1980, 17, Klami 1989, 85 ff. och Aarnio 1987, 99 och 125).

Den s.k. subjektiva lagtolkningsläran anser, att det som lagens upphovsmän åsyftat är viktigare än själva lagtexten, vilken kan vara olyckligt formulerad. Därför rekommenderas ofta en s.k. subjektiv tolkning, m.a.o. en intentionstolkning av lagen.

Idén att lagtolkningens huvudsyfte är att ur lagens ord utläsa lagstiftarens vilja uttalades bl.a. år 1750 av C.H. Eckhardus: »Tolkning är inget annat än att deklarera författarens mening på grund av hans ord och åsikter» (*interpretari nihil aliud esse, quam sensum auctoris ex eius verbis et ratione declarere.*) Under 1800-talets första hälft uttrycktes denna idé av bl.a. Thibaut och Savigny; under seklets andra hälft av bl.a. Windscheid och i början av 1900-talet av Bierling (jfr Wróblewski 1959, 160 ff.).

Intentionstolkningen baserade sig emellertid ofta på andra grunder än lagens förarbeten. Före första världskriget var förarbetenas betydelse ganska ringa.

3.6.2 Är intentionstolkningen möjlig? Begreppet »lagstiftarens vilja»

Innan förarbetenas betydelse behandlas närmare, måste man ta ställning till den klassiska kritik som riktats mot intentionstolkning överhuvudtaget.

1. Man kan inte direkt iaktta en annan människas tankar. Vissa kritiker har därför hävdat, att man inte kan *veta*, utan blott gissa sig till, vad de i lagstiftningen deltagande personerna ville då de författade den ifrågavarande lagen.

Det kan emellertid finnas goda skäl för sådana gissningar. Den huvudsakliga grunden är en analogi till ens personliga erfarenhet. Man kan tänka sig följande. Om *jag* hade använt uttrycket x, så skulle jag menat X; eftersom departementschefen använt uttrycket x, så måste även han menat X (se vidare Tuomela 1977, 39 ff. med hänvisningar till Sellars). Man kan inte framgångsrikt följa sina *egna* mål, eller överhuvudtaget leva i ett samhälle, utan att ständigt utveckla och testa hypoteser om andras intentioner.

Andra personers mentala »handlingar» kan dessutom analyseras på ett liknande sätt som språkliga handlingar, jfr Chisholm 1966, 62 ff.

2. Man kan inte förstå begreppet »lagstiftarens vilja» på så sätt, att lagstiftaren skulle vara identisk med *en* enda individ, som med sin vilja på en och samma gång omfattar hela rättsordningen; det finns väl inte någon sådan individ.

Kritiken finns i många skrifter av *Hägerström* (bl.a. 1953, 17 ff. och 354 ff.), *Lundstedt*, *Olivecrona* och andra förespråkare för uppsalaskolan. »Det är alldeles uteslutet att det oerhört omfattande och oändligt invecklade regelsystemet i ett modernt samhälle skulle kunna vara uttryck för någon individs eller någon grupps önskningar... Allra minst framstår detta som möjligt om man betänker att viljan i fråga skall vara permanent verksam» (Olivecrona 1976, 102). I samma anda har Evers (1976, 48) skrivit följande: »En intentionstolkare skall fastställa den 'riktiga' tolkningen av en text i termer av upphovsmannens avsikter. Minst tre krav måste då kunna uppfyllas av interpreten. För det första måste han kunna ange den författares *identitet* vars intention han vill tolka. För det andra måste han kunna ange den *tidpunkt* vid vilken intentionen i fråga existerar. För det tredje måste han kunna visa hur intentionstolkningshypotesen skall kunna *prövas*». Men lagstift-

aren är ingen enskild individ. »Varje försök att bakom en lagtext finna en enhetlig lagstiftarintention eller lagstiftarvilja måste därför bli en ren konstruktion... (Och:) Det andra kravet kan inte uppfyllas om inte det första kan det. Om man inte vet vems intention man skall undersöka är ingenting vunnet med en angivelse av den tidpunkt undersökningen skulle avse. Ej heller kan man härleda några prövbara konsekvenser av en sådan innehållslös hypotes» (a.a. 49).

3. I detta sammanhang har även en mer speciell invändning uttalats. Lagstiftningsmakten utövas som bekant i första hand av riksdagen. Ändå åberopas kommittébetänkanden och promemorior i högre grad än anförandena i riksdagsdebatten eller diskussioner i utskottsbetänkandena. Kritikerna anser det vara anmärkningsvärt, att just de förra uppfattas som ett uttryck för lagstiftarens vilja.

Såväl den principiella kritiken som dess ovannämnda speciella form kan bemötas på följande sätt. »Lagstiftarens vilja» är ett teoretiskt begrepp, inte ett psykologiskt sådant. Ordet »vilja» används inte i en bokstavlig bemärkelse. »Lagstiftarens vilja» i juridisk mening är detsamma som *lagens ändamål*, förutsatt att det fastställs med ett kontrollerbart stöd av en hypotes om vad olika i lagstiftningen deltagande personer ville.

Jfr Thibaut 1802, 103: Lagens ändamål (*Die Raison des Gesetzes*) kan »genom ett slags juridisk fiktion... betraktas som en särartad vilja av lagstiftaren (*besonderer Wille des Gesetzgebers*»).

4. En annan invändning är följande. I vissa undantagsfall kan bevis finnas för att förarbeten inte stämmer överens med sina författares verkliga avsikter. Men även i sådana fall betraktar juristerna förarbetena som ett bevis för lagstiftarens vilja. Kritikerna hävdar därför att »lagstiftarens vilja» i dessa fall är en fiktion (jfr Strömholm 1966, 216).

Förarbeten bör emellertid åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation, därför att en hypotes är rimlig, att de *i regel* uttrycker de verkliga avsikterna hos de i lagstiftningsarbetet deltagande personerna. Med hänsyn till rättssäkerheten bör man därför *alltid* utgå från att så är fallet, om inte klara skäl talar för motsatsen. Om någon gör gällande att förarbetena inte uttrycker de verkliga åsikterna, har han argumentationsbördan.

På så vis kan alla räkna ut att alla slags förarbeten kommer att åberopas, och man behöver då inte heller föra någon bevisning om olika individers avsikter. Därför är det praktiskt nyttigt att anpassa språkbruket till rättssäkerhetskravet. De från förarbetena (och vissa tillägssatser) dragna slutsat-

serna får följaktligen betecknas som lagstiftarens vilja i en juridisk, inte psykologisk mening och man får hålla fast vid denna terminologi även i de särskilda fallen.

3.6.3 Lagstiftarens vilja och lagens ändamål

Lagens ändamål är sålunda inte uttryck för någons vilja utan en rationell konstruktion med stöd i lagens förarbeten. Ändamålet härleds ur en komplex premissmängd som innehåller vissa förarbeten tillsammans med en hypotes om att dessa uttrycker olika sådana intentioner. *Se* avsnitt 4.11.1 nedan.

3.6.4 Är lagens rimliga ändamål förenligt med demokrati?

Definieras lagens ändamål som en rationell konstruktion med stöd i lagens förarbeten, måste man bemöta en annan invändning. Innebär inte demokrati, att lagar motsvarar verkliga intentioner hos de förtroendevalda? Får dessa ersättas av en rationell rekonstruktion?

Demokrati är emellertid inte detsamma som en tillfällig majoritetsuppfattning. Den innebär inte endast ett hänsynstagande till riksdagens majoritet utan även en avvägning mellan flera kännetecken på ett statsskicks demokratiska karaktär, bl a den materiella rättssäkerheten. *Se* ovan, avsnitt 1.5.2., 1.5.3A7, 1.5.3G osv. Demokratin kan inte fungera utan en relativt hög uppfyllelse av rättsstatens krav (jfr även Bratt och Tiberg 1989, 418 ff.).

I detta sammanhang måste hänsyn tas till följande.

1. Rättsstaten uppvisar en hög grad av rättssäkerhet, varav följer att rättsliga beslut är förutsebara. Det bästa sättet att se till att förutsebarhetskravet uppfylls är inte att söka lagens ändamål i riksdagsledamöternas tillfälliga intentioner utan att definiera det på så sätt att det kan fastställas genom en rimlig tolkning av förarbetena.

2. Såväl rättsstaten som demokratin kräver materiell rättssäkerhet vilken innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den således på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn.

Demokrati innebär alltså att lagtolkningen motsvarar de förtroendevaldas rationellt rekonstruerade intentioner, inte deras av olika partipolitiska och andra skäl dikterade tillfälliga avsikter. En sådan rationell rekonstruktion bör beakta lagens förarbeten.

3.6.5 Bör man beakta förarbetena?

Följande skäl talar för att lagstiftaren får skriva relativt kortfattade lagar och komplettera dem med utförliga förarbeten.

1. Om förarbetena uppfyller högt ställda kvalitetskrav, gäller följande. Genom att lagen är kortfattad och överlämnar detaljer till lösning i förarbetena, kan man ge ett mer omfattande underlag för juridisk argumentation än vad som skulle vara möjligt att ge om endast lagtexten publicerades. Förarbetena skapar ett slags dialog. Olika deltagare i lagstiftningsarbetet kan ha uttalat olika sinsemellan konkurrerande värderingar. Den person som argumenterar juridiskt får därmed ett allsidigt underlag för en avvägning mellan skäl och motskäl. Därigenom kan han komma fram till en väl motiverad slutsats (jfr Schmidt 1955, 110).

2. Genom att skriva kortfattade lagar och överlämna detaljer till sådana i dialogform skrivna förarbeten kan man också ge rättsordningen den önskvärda flexibiliteten. Lagreglerna kan inte i samma mån som förarbetena beakta de sinsemellan konkurrerande skälen och motskälen.

Om utförliga och väl genomtänkta förarbeten finns kan man ange följande skäl för att hänsyn till dessa bör tas.

1. Lagtolkningens kvalitet ökar då man beaktar alla de hjälpmedel som står till buds, bl.a. förarbeten, förutsatt att rättssäkerhetskravet uppfylls.

2. Lagtolkaren bör beakta lagens ändamål. Förarbetena har samband med detta; se strax ovan.

3. Förarbetena bör beaktas som auktoritetsskäl, eftersom de är en produkt av den demokratiska lagstiftningsprocessen (jfr avsnitt 3.6.4 ovan och t.ex. Eckhoff 1993, 63).

4. Hänsynen till rättvisa och rättssäkerhet kräver att lagar tolkas uniformt. Uniformiteten främjas genom att alla som tolkar lagen beaktar samma förarbeten, förutsatt att dessa har ett rikare innehåll än själva lagen jfr t.ex. Strömholm 1966, 214 och 1988, 328).

Även då motiven kan tolkas på olika sätt torde mångtydigheten i regel bli mindre när man har både lagtext och motiv att utgå ifrån, än om man endast iakttar lagtexten (Eckhoff 1993, 63). Vidare tar det ofta lång tid innan någon fast praxis bildats inom ett område. Om domstolarna tolkar lagen i ljuset av förarbetena kan enhetlighet i rättskipningen uppnås redan innan rättspraxis hunnit bildats (Lögdberg 1986, 231).

5. Om de i lagstiftningsarbetet engagerade är experter, vilka arbetat under lång tid och med stor omsorg, kan man förmoda att deras förslag är väl motiverade.

6. De i lagstiftningen engagerade räknar med att förarbetena åberopas. Med hänsyn därtill kan följande sägas:

Lagtexten formuleras ofta rätt kortfattat, eftersom eventuella oklarheter kommenteras i motiven. Det skulle vara mindre lämpligt att i detta läge avstå från att beakta förarbetena (jfr Eckhoff 1993, 63–64).

Om domstolarna ställde sig kallsinniga till förarbeten skulle de riskera att riksdagen måhända begränsade deras kompetens på lagtolkningens område (jfr Thornstedt 1960, 243).

7. Det har även ansetts »att det från domstolens synpunkt ibland kan vara bra att gå på ett förarbetsuttalande, eftersom domstolen därmed klargör att domen inte är ett uttryck för domarens privata värderingar, utan grundas på övervägande som ytterst gjorts av de politiker som har att besluta om lagstiftning» (Lind 1993, 317).

Man måste emellertid även beakta skälen mot åsikten att förarbeten bör tillmätas stor vikt.

1. Förarbetenas alltför stora roll vid lagtolkningen kan äventyra rättssäkerheten. Närmare bestämt gäller följande.

- Lagtexten är ett sammanhängande system, medan förarbetena utgör ett slags dialog. Vid i övrigt oförändrade förhållanden bildar följaktligen lagtexten en fastare grund för förutsebara beslut än förarbetena.
- Förarbetena är ibland mindre klara än lagtexten. Deras stora roll kan därför orsaka tolkningsproblem som minskar beslutens förutsebarhet. (Jfr minoritetsuttalande av Herlitz och J.W. Pettersson, *Kommunallagskommitténs betänkande* I, SOU 1947:53, 163).
- Lagtexten är mer koncentrerad, mer lättöverskådlig och mer lättillgänglig än förarbetena. De sistnämndas stora roll kan även av denna anledning minska beslutens förutsebarhet.
- Lagstiftaren behöver inte bekymra sig alltför mycket om lagens kvalitet, eftersom han alltid kan förklara sig i förarbetena (jfr t.ex. Eckhoff 1993, 64). Men då förarbeten inte är lika tillgängliga som lagar, kan medborgarna få problem med att få del av dessa förklaringar. På så sätt minskar de rättsliga avgörandenas beräknelighet och därmed rättssäkerheten (jfr det ovan citerade minoritetsuttalandet av Herlitz och J.W. Pettersson).

- Rättssäkerheten äventyras ytterligare genom att det inte är klart i vilka fall prejudikat äger företräde framför motsatta åsikter som uttalats i en lags förarbeten.

2. Genom att förarbeten tillmäts stor vikt blir rättstillämpningen ytlig och fragmentarisk. Man följer lagmotiv i stället för att beakta övergripande principer, värden och sammanhang.

3. Genom att tillmäta förarbeten stor vikt påverkar man den demokratiska maktdelningen.

Förarbeten begränsar domarnas tolkningsfrihet och kan i vissa fall få företräde framför prejudikat. Följaktligen ökar lagstiftarens makt på domstolarnas bekostnad (jfr t.ex. Eckhoff 1951, 28).

Endast motivuttalanden om de allmänna värden och principer som ligger till grund för lagstiftningen kan anses vara godkända av riksdagen. Däremot är det inte realistiskt att anta att riksdagen accepterat sådana motivuttalanden som rör specifika lagtolkningsfrågor. I förarbeten, som inte underkastas någon ingående parlamentarisk debatt, kan följaktligen de politiker och tjänstemän som stöder regeringen uttrycka tankar som måhända inte gillas av riksdagens majoritet. På så sätt ökar regeringens makt på riksdagens bekostnad.

4. Förarbeten kan inte ändras i efterhand. Vill man ändra rättspraxis, som noga följer förarbetena, måste man ändra själva lagen, även om det i och för sig inte finns någon anledning till det (jfr Ekelöf 1958, 94–95).

In abstracto är det svårt att väga förarbetens för- och nackdelar mot varandra. Men i den konkreta situationen i Sverige är det numera säkert att förarbeten till en relativt ny lagstiftning bör beaktas som auktoritetsskäl vid lagtolkning. Skälen därför är följande.

1. Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för lagstiftaren att skapa ett motsägelsefritt, exakt och fullständigt regelsystem. Det är lättare att författa omfattande förarbeten, som skrivs i en dialogform och därför inte behöver uppfylla dessa krav.

2. Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för rättsvetenskapsmän att hinna med att författa kommentarer och läroböcker. Därför saknar man nödvändiga hjälpmedel för lagtolkning i svåra fall. Förarbeten fyller denna lucka.

3. Snabba förändringar i samhället minskar samtidigt juristernas förtroende för sedvanan. Även förtroendet för rättsvetenskapen har minskat något, bl.a. till följd av uppsalaskolans kritik (jfr avsnitt 3.7.5 nedan). Samtidigt är prejudikatbildande domstolars argumentation försiktig och

ofta kasuistisk (jfr avsnitt 3.5.2E ovan). Därmed förvärras bristen på hjälpmedel vid lagtolkning. Även denna lucka fylls av förarbeten.

4. Den politiska stabilitet som länge rått i Sverige ger domstolarna förtroende för dem som uttalat sig i förarbetena.

3.6.6 Förarbetens ställning i svensk rätt. Inledning

Förarbetenas roll varierar från ett land till ett annat. Kap. 1:12 i den italienska civillagen och 6 § av den österrikiska (ABGB) kräver uttryckligen, att lagtolkningen skall fastställa lagstiftarens intention, men man är ofta benägen att finna intentionen i själva lagtexten, inte i några förarbeten. Även i fransk rätt stöder man uppfattningen om lagstiftarens vilja på själva lagtexten, medan förarbeten också där anses ha mindre betydelse. En större roll spelar de numera i bl.a. Tyskland och Schweiz.

Enligt den traditionella engelska doktrinen bör förarbeten överhuvudtaget inte användas vid lagtolkningen. Denna uppfattning har måhända försvagats men förarbetenas betydelse är fortfarande ganska liten. I USA liknade traditionen länge den engelska, men förarbetenas betydelse har där ständigt ökat. En av den amerikanska högsta domstolens ledamöter, Antonin Scalia, har emellertid ifrågasatt förarbetenas användning vid lagtolkning (jfr MacCormick m.fl. 1991, 477 ff.).

I Storbritannien och USA försvåras användning av en lags förarbeten av att de inte brukar vara samlade i ett häfte, utan läsaren är tvungen att undersöka ett antal olika handlingar (jfr id., 477).

Inom Norden tillmäts förarbetena en särskilt stor betydelse. Fram till slutet av 1970-talet brukade dessutom de svenska förarbetena i regel vara mera omfattande än i grannländerna. I Norge har emellertid de rätt koncisa förarbetena ändock lyckats fånga det väsentliga i lagstiftningen.

Eckhoff (1993, 73 ff.) citerar vissa norska rättsfall (Rt 1921 s. 406 och 1916 s. 648) som pekar på att domstolarna då och då vågar döma i strid mot både förarbeten och lagens bokstav, samt andra sådana (Rt 1982 s. 745 och 1961 s. 98) som vittnar om att det likväl endast sker i undantagsfall.

Förarbetenas roll i Danmark, traditionellt något mindre, har sedan några årtionden ökat så mycket, att de har blivit »næst efter lovens klare ord – den vigtigste retskilde overhovedet» (v. Eyben 1988, 23).

I Finland har förarbetena ofta varit mer kortfattade än i Sverige. De citeras inte särskilt ofta i domskälen. Det har inte heller förts en sådan debatt om förarbetenas betydelse för domsmotiveringen som i andra nor-

diska länder. Det finns olika skäl till detta. Under autonomitiden (1809-1917) var många gamla svenska lagar alltjämt gällande i Finland. Deras förarbeten kunde av naturliga skäl inte åberopas i domstolspraxis. Under självständighetstiden var många centrala lagar också tämligen gamla och förarbetena förlorade betydelse med tiden. Det fanns därför ingen naturlig tradition att värdera förarbetena så högt som t.ex. prejudikat. Delvis kan också den snäva legalismen och maktdelningsprincipen i Finland ha verkat mot förarbetena. Högsta domstolen har känt sig oberoende av förarbetena som inte haft samma formella giltighet som lagar. Under de senaste tio åren har attityden så småningom förändrats. Bundenheten till nya förarbeten är tämligen hög men innebär inte att högsta domstolen slaviskt följer dem. Det har hänt att högsta domstolen avgjort ett fall klart mot entydiga förarbeten.

I Sverige spelar förarbetena en ännu större roll än i andra nordiska länder (jfr historisk översikt av Sundberg 1978, 232 ff.). Åtminstone till 1980-talet brukade de även vara mer omfattande.

De svenska förarbetena är vägledande för juridisk argumentation, men de är inte bindande. M.a.o. *bör* de åberopas som auktoritetsskäl.

Tanken att förarbetena borde ha en lika betydelsefull ställning som prejudikaten uttalades bl.a. i *Folke Schmidts* klassiska uppsats »Domaren som lagtolkare» (1955). Uppsatsen har påverkat den senare utvecklingen av den svenska rättskälleläran.

I ett senare arbete (1976, 262) har Schmidt uttalat sina åsikter ännu klarare: »Lagtexten har mer och mer kommit att få funktionen av en ämnesrubrik att hålla i minnet när man skall leta efter vad som åsyftats i detalj. Föredragande departementschefens yttrande till regeringsprotokollet anger huvudsyftena, vilka alternativa lösningar som förkastats och vad som kan vara den närmare innebörden av förslaget. Departementschefen kan också uttala sig om vilka regler som anses gälla på närliggande områden, allt i syfte att dirigera rättstillämpningen.»

Jan Hellner (1994, 81) har sammanfattat läget på följande sätt. Lagstiftningstekniken gör »det ofta nödvändigt att gå till förarbetena... för att över huvud begripa vad lagtexten innebär i de enkla fallen. Men även vid de svåra frågorna, där meningarna kan vara delade, begagnas i Sverige motiven som det kanske viktigaste hjälpmedlet för tolkningen.» Det finns emellertid olika uppfattningar. »De som företräder en teleologisk metod anser att domaren bör pröva motivens uttalanden om skälen för en regel; taktiska och liknande skäl... kan medföra att motivens uttalanden om syftet blir missvisande. Motiven har som huvuduppgift att övertyga re-

missinstanser och beslutande myndigheter om att lagen skall införas. Därvid gäller ofta principen att man inte skall väcka sovande björnar. Detta talar mot att låta motivens beskrivning av skälen för en lag vara allenarådande.»

I NJA 1985 s. 659 jämställde HD:s majoritet tomträtt med äganderätt till fastighet med stöd av ett uttalande i förarbetena. Minoriteten kom till motsatt ståndpunkt med hänvisning till att i andra lagar tomträtt nämnts uttryckligen i lagtexten när en sådan rätt skulle jämställas med äganderätt till fastighet (jfr Hellner 1994, 81-2).

I NJA 1985 s. 281 fällde HD:s majoritet en person »till ansvar för brott mot 1 § första stycket varusmugglingslagen efter en analys av förarbetena som ledde till slutsatsen att lagstiftarens avsikt hade varit att förhandenvaron av tull- eller avgiftsplikt inte behövde vara täckt av uppsåt» (Lind 1993, 310).

I NJA 1982 s. 493 belades en gåva med gåvoskatt trots att det redan i gåvoskatteärendet upplystes att gåvan var ogiltig enligt allmänna förmögenhetsrättsliga grundsatser. Förvisso angavs i lagen, att för skatt förutsattes »giltig utfästelse» om gåva men av lagens förarbeten framgick, att man hade tänkt på ogiltighet av annat slag än den som förekom i fallet (jfr Conradi 1993, 81).

I NJA 1981 s. 920 följde HD förarbetena till trafikskadelagen. Enligt propositionen får 12 § avseende jämkning av »ersättning till efterlevande» likaledes tillämpas på begravningskostnader. Man kan ifrågasätta domstolens uppfattning att denna tolkning är förenlig med lagbestämmelsens ordalydelse (jfr Hellner 1994, 82-3).

I RÅ 1974 Fi 850 följde regeringsrätten lagförarbetena i stället för lagens ordalydelse. Regeringsrådet Reuterswärd framhöll att en tolkning enligt ordalagen framstod som egenartad och irrationell. Rättsfallet har emellertid kritiserats i litteraturen.

I några fall har HD visat en stor självständighet gentemot förarbeten. Jämför t.ex. NJA 1978 s. 581: »Vad som sagts om motivuttalandena... kan inte tillmätas sådan betydelse att det motiverar ett frångående av den... på ordalagen i bestämmelserna grundade tolkningen» (s. 588). I NJA 1972 s. 296 har HD tagit avstånd från en serie uttalanden av departementschefen i förarbetena till skadeståndslagen. Jfr även NJA 1977 s. 273, 1976 s. 483 och 1952 s. 195.

I NJA 1976 s. 483 har HD tagit avstånd från förarbetena till 4 kap. 7 § JB: »Självfallet är det önskvärt att ett stadgande får tolkas på det sätt som efter vad som synes framgå av lagförarbetena kan antagas vara avsett. Stadgandet... innebär emellertid föreskrift om fatalietid... I fråga om ett lagrum av sådan karaktär, där sålunda rättsförlust av allvarlig art kan komma att tillfogas den som anses ej ha iakttagit vad som föreskrives, ter det sig särskilt angeläget att ej utan tvingande skäl tolka lagrummet på annat sätt än som närmast framgår av dess ordalydelse. Det får bli en uppgift för lagstiftaren att, om så anses erforderligt, bringa lagtexten i klar överensstämmelse med vad som ursprungligen avsetts.»

Förarbetenas betydelse varierar från ett rättsområde till ett annat. Särskilt betydelsefulla är de inom skatterätten. Inom civilrätten spelar de också en stor roll. På straffrättens område är deras betydelse något mindre; den straffrättsliga legalitetsprincipen har länge ansetts motivera bokstavstolkningens företräde.

I NJA 1980 s. 94 har HD emellertid fört en ingående diskussion i anslutning till bl.a. lagrådets och departementschefens uttalanden i förarbetena till lagen (1976:56) om ändring av 11 kap. 4 § brottsbalken; därmed fick domstolen underlag för att klarlägga innebörden av det vaga laguttrycket »otillbörligt syfte».

3.6.7 Förarbetens ställning i svensk rätt
Vissa rättskällenormer

Följande rättskällenormer kan sägas vara godtagbara inom den svenska rättskälleläran med avseende på förarbeten.

Följande slags förarbeten bör beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation: utredningsbetänkanden, regeringskommissioners promemorior, departementspromemorior, remissinstansers svar; lagrådets utlåtanden; departementsförslag inklusive departementschefens anföranden; riksdagens utskottsbetänkanden; riksdagsledamöters motioner.

Utredningsdirektiv och anföranden i riksdagsdebatten *får* åberopas som auktoritetsskäl.

Jfr Bernitz o.a. 1985, 87 ff.

Att utredningsdirektiv och anföranden i riksdagsdebatten således har en svagare auktoritet än övriga förarbeten kan motiveras av att de inte lika väl uppfyller kraven på sammanhängande motivering. De förra tillkommer på ett tidigt stadium i lagstiftningsprocessen och kan därför inte vara lika väl genomtänkta som utredningens senare resultat. De senare ingår i en politisk debatt som ofta påverkas av olika tillfälliga och därför juridiskt irrelevanta hänsyn, partipolitiska, taktiska och andra.

Se även kollisionsnormen (avsnitt 3.10.3 nedan) om rangordning av olika uttalanden i förarbeten!

Ålderdomliga förarbeten *får* åberopas som auktoritetsskäl.

M.a.o. medför åldern att förarbetenas auktoritet försvagas (jfr t.ex. Schmidt 1955, 127 och Thornstedt 1960, 243). Moderna förarbeten bör man beakta som auktoritetsskäl medan äldre således får åberopas.

Ibland åldras förarbeten fort.

I propositionen 1932:106 med förslag till bl a lag om inteckning i jordbruksinventarier hade departementschefen uttalat följande. (NJA 1932 II s. 223): Endast sådana inventarier, som tillhöra gäldenären, omfattas av förmånsrätten. Denna kan således icke göras gällande i inventarier, som köpts på avbetalning.» Tjugo år senare (NJA 1952 s. 195) utsträckte dock HD förmånsrätten (vid förlagsinteckning) till att omfatta även inventarier som köpts på avbetalning.

I propositionen 1972:5 till skadeståndslagen (s. 570) uttalades att incest inte kunde anses utgöra brott mot den personliga friheten men undantagsvis kunde innefatta ofredande. Fjorton år senare (NJA 1986, 319) konstaterade HD att incest regelmässigt innefattade ofredande. »Det är med tanke på den förändring av värderingarna, inte minst på sexuallivets område, som har skett sedan motiven till skadeståndslagen skrevs, knappast överraskande att HD skärpte det nyss återgivna motivuttalandet» (Nordensson 1993, 393).

Avseende bör fästas endast vid de förarbeten som är allmänt tillgängliga, dvs. i huvudsak sådana som publicerats i tryck.

Uttalanden i förarbeten vilka avser frågor som faller utanför ramen för den lagstiftning som är under behandling bör i princip inte tillmätas någon betydelse.

Jfr Schmidt 1955, 114.

Från denna norm finns det följande undantag:

a) Om ett och samma utredningsorgan behandlar fler lagar och i samband med ett lagförslag uttalar sig om ett tidigare behandlat annat lagförslag bör ett sådant uttalande åberopas som auktoritetsskäl (jfr id.).

b) Uttalanden i förarbetena till nya lagar bör beaktas som auktoritetsskäl vid tolkningen av ålderdomliga lagar som reglerar ett närliggande område.

Det ålderdomliga stadgandet i 1 kap. 5 § handelsbalken bör alltså kommenteras med hjälp av nyare utredningar; jämför SOU 1965:14 s. 37 ff.

Uttalanden i förarbeten som inte berör någon norm som finns i själva lagtexten, bör beaktas endast i undantagsfall.

I vissa fall förekommer emellertid s.k. lagstiftning genom förarbeten. Så sker då 1) förarbetena har anspråk på ett slags företräde framför

lagtexten; 2) förarbetena preciserar en extremt vagt utformad lag; eller 3) förarbetena innehåller normer, som överhuvudtaget inte har något lagstöd.

1) NJA 1983 s. 3 (»Tsesis-fallet») gällde ett fartygsägares skadeståndsskyldighet i enlighet med oljeskadelagen (1973:1198) som stiftats i anslutning till 1969 års konvention om oljeskador. Lagen stipulerar strikt ansvar men gör ett undantag för det fall att skadan beror på »fel eller försummelse av... myndighet vid fullgörande av skyldighet att svara för underhåll av fyrar och andra hjälpmedel för navigering». Lagens ordalydelse stöder slutsatsen att ett sjökort inte är något sådant hjälpmedel, eftersom det inte kan bli föremål för »underhåll». Departementschefen uttalade emellertid i förarbetena att den bakomliggande konventionstexten och den rättspraxis som anknyter till denna måste tillmätas stor betydelse vid tolkning av lagen. Den ifrågavarande konventionsbestämmelsens tolkning av HD påverkades av »att den uppfattningen fanns företrädd bland dem som medverkade i konventionsarbetet att sjökort skall inbegripas bland de navigatoriska hjälpmedel som avses i undantagsregeln». HD har således gett förarbetena företräde framför lagens bokstav.

Man kan även studera följande exempel. 3 § lagen om medbestämmande i arbetslivet (MBL) lyder

»Innehåller lag eller med stöd av lag meddelad författning särskild föreskrift som avviker från denna lag, gäller den föreskriften.»

Aktiebolagslagen (ABL) innehåller en rad bestämmelser som avviker från MBL. Jfr 8 kap. 11 § ABL:

»Styrelsen företräder bolaget och tecknar dess firma.

Bemyndigande för styrelseledamot, verkställande direktör eller annan att företräda bolaget och teckna dess firma kan meddelas av styrelsen, om ej förbud däremot intagits i bolagsordningen...

Styrelsen kan föreskriva att rätten att företräda bolaget och teckna dess firma får utövas endast av två eller flera personer i förening. Annan inskränkning får ej registreras.

Styrelsen kan när som helst återkalla bemyndigande som avses i andra stycket.»

Dessa bestämmelser är tvingande, det kan

»alltså inte komma i fråga att en bolagsstyrelse skulle kunna... med giltig verkan genom kollektivavtal förbinda sig att för avtalets giltighetstid låta ett särskilt organ med arbetarinslag företräda bolaget och teckna dess firma» (lagrådet i proposition 1975/76:105 bilaga 1 s. 476).

Bestämmelserna kan samtidigt uppfattas som en särskild föreskrift, som har företräde framför MBL. Se även kollisionsnormen *lex specialis*, avsnitt 3.10.3 nedan.

I samma proposition uttalade emellertid den socialdemokratiske departementschefen (s. 332 ff.) att

»åtskilliga beslut som... tillkommer styrelse och verkställande direktör att besluta om, kan utan hinder av bolagslagstiftningens regler helt eller delvis överlåtas på arbetstagarna... (A)vtal kan träffas om medbestämmanderätt i beslut som det enligt aktiebolagslagstiftningen tillkommer styrelsen eller verkställande direktören att fatta.»

Lagrådet yttrade sig kritiskt över departementschefens tolkning, varefter denne svarade (s. 529):

»Frågan om konkurrens mellan ABL och medbestämmandelagen kan inte lösas så, att ABL enligt 3 § MBL ges ett reservationslöst företräde framför den sistnämnda lagen... Bedömningen... blir beroende av... de mål som lagstiftaren säger sig vilja nå genom lagstiftning på medbestämmandeområdet.»

Följaktligen fogade den borgerliga riksdagsmajoritet som uppstått efter valet 1976 till 32 § MBL ett nytt stycke, som stadgar att kollektivavtal om medbestämmande kan slutas »med beaktande av vad som föreskrives i 3 §». Riksdagen kände sig m.a.o. tvungen att slå fast att 3 § skall tolkas efter dess ordalydelse, inte enligt förarbeten (jfr Ailinpieti 1980).

2) 36 § avtalslagen lyder

»Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt...

Vid prövning enligt första stycket skall särskilt hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållanden.»

Departementschefen har till denna generalklausul tillfogat följande riktlinjer (jämför proposition 1975/76:81 s 118 ff.): Villkor som ger den ena parten ensam beslutanderätt bör kunna åsidosättas, särskilt då de förekommer i formulär som bearbetats av en överlägset starkare part. Detsamma gäller villkor som strider mot gott affärsskick inom en viss bransch. Å andra sidan behöver ett villkor inte godtagas enbart därför att det överensstämmer med branschens uppfattning om vad som utgör gott affärsskick osv.

Givetvis ger själva lagbestämmelsen mycket litet stöd för dessa riktlinjer.

3) Det år 1953 till lagen av 1915 om avbetalningsköp införda 8 § 2 stycket hade fastslagit att s.k. kopplingsförbehåll är ogiltigt:

»Förbehåll att köparens rätt till godset skall vara beroende av att köparen fullgör annan förpliktelse än sådan, som åligger honom enligt avbetalningsköpet, vare dock städse utan verkan, såframt förbehållet ej avser ersättning för reparation eller annan åtgärd med avseende å godset.»

Avbetalningsköpslagen har ersatts av två lagar, konsumentkreditlagen (1977:981) och lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl.. I den förra finns det ingen bestämmelse som liknar den ovan anförda. Dess 15 § 2 stycke behandlar till synes en annan fråga. Endast av förarbetena kan man otvivelaktigt utläsa att lagens ändamål varit att fastslå att sådana kopplingsförbehåll är ogiltiga. Ännu mindre får man veta av den andra lagen. Återigen måste propositionen, som meddelar att kopplingsförbehåll inte är tillåtna, läsas (jfr Hellner 1982, 231 ff.).

Uttalanden i förarbeten, som söker ändra eller påverka praxis utbildad i anslutning till ett tidigare lagstadgande, bör beaktas endast i undantagsfall.

Det är emellertid inte alltid klart vad som får anses utgöra ett undantagsfall. I 42 § 1 stycket MBL t.ex. stadgas att arbetsgivare- och arbetstagareorganisation inte får understöda en olovlig konflikt. Bestämmelsen har tagits oförändrat från 4 § kollektivavtalslagen. I praxis hade stränga regler därom utbildats, som sedan »ogillades» av både arbetsrättskommittén och departementschefen (i proposition 1975/76:105 s. 277).

Helt oklara förarbeten bör inte åberopas som auktoritetsskäl. Jfr Strömholm 1966, 175 ff.

De rättskällenormer som avser kollisioner mellan olika slags förarbeten eller mellan förarbeten och andra rättskällor kommer att behandlas senare.

3.6.8 Förarbetenas roll – vissa utvecklingstendenser

Ulf Bernitz (1984, 17) har påpekat att under senare år en utveckling skett som på sikt kan äventyra förarbetenas ställning som rättskälla. Omkring år 1978 började nämligen en systematisk presentation av remissvar ersättas med ett rätt kaotiskt bihang, som ofta endast kunde erhållas i stencil. På 1980- talet har lagstiftaren i samma anda nöjt sig med en mycket komprimerad och tämligen intetsägande sammanfattning av remissyttrandena; jämför t.ex. proposition 1981/82:40 om hemförsäljningslagen och pro-

position 1983/84:16 om mäklarverksamheten. Samtidigt har även kvaliteten på kommittébetänkandena försämrats genom att man numera ofta utelämnar den tidigare sedvanliga redovisningen avseende utländsk rätt, hänvisningar till litteratur och en djupare motivering överhuvudtaget. Denna utveckling medför följande faror.

1. Ett viktigt skäl för att förarbeten bör beaktas som auktoritetsskäl är, att de kan ses som en fortlöpande dialog, i vilken utredningen, remissinstanserna, departementschefen, lagrådet och andra deltar och därvid uttalar skäl för och emot en viss lösning, vilket allt kan bilda underlag för den förnuftiga avvägning som myndigheter och rättsvetenskapsmän gör i olika slags fall. Underlagets värde beror självfallet på dess fullständighet, och denna kan nu sättas i fråga.

2. Spridda uttalanden i de publicerade förarbetena kan aningslöst utnyttjas i juridisk argumentation utan att man vet om att remissinstanserna kommit med tungt vägande invändningar.

3. Remissynpunkter som av departementet kanske uppfattas som obekväma kan helt enkelt döljas för offentligheten.

Samtidigt har förarbetenas auktoritet paradoxalt nog ökat, bland annat till följd av lagstiftningens otillräcklighet och domstolarnas större benägenhet att utnyttja allt tillgängligt material som kan vara till hjälp vid en utförlig domskrivning.

Det uppkomna läget är instabilt. Man kan inte förvänta sig att på samma gång kunna behålla en ökad utförlighet i domsmotiveringar, en minskad utförlighet i lagens förarbeten och ett ökat inflytande av de senare på de förra.

Vidare behövs det »en bättre balans mellan lagstiftare och domstol. Förarbeten får icke vinna på bekostnad av praxis och andra rättskällor» (Lögdberg 1986, 244; jfr Mattsson 1981, 313).

3.6.9 Svenska förarbeten i europeisk union

Kommer Sveriges medlemskap i EU att medföra vår rättskälleläras närmande till den kontinentala? Kommer det att innebära att förarbetenas betydelse minskar?

- Förvisso skiljer sig EG-domstolens tolkningsstil från den svenska. Domstolen har endast i sällsynta fall tagit hänsyn till förarbeten. Den härskande läran är i stället att EU:s författningar skall tolkas teleologiskt, ofta i ljuset av direktiv utfärdade av EU:s råd. Direktiven

innehåller regelbundet preambler som anger deras syften (jfr Europarätt 1992, 60 ff.; Hellner 1994, 85).

- Vidare kommer svenska domstolar och myndigheter i stor utsträckning att tolka och tillämpa regler som inte har svenskt ursprung och inte heller åtföljs av omfattande förarbeten. Man får då i stället för att följa förarbetena i en ökad utsträckning beakta doktrinen och »se till den språkliga utformningen och logiken i bestämmelsernas utformning, en bestämmelses placering och relation till andra bestämmelser» (Bernitz 1992, 37) osv.
- Generellt uttryckt »kräver ett internationellt samarbete en vakenhet för allmänna frågeställningar som åtminstone ger utrymme för att beakta annat än nationella källor» (Bratt och Tiberg 1989, 425), varvid tolkning och utveckling av rättssystemet bör »ske av självständiga domstolar med stöd av allmänna rättsprinciper istället för genom ängsligt efterforskande av en möjlig mening hos lagstiftaren» (id.). Men kan en sådan utveckling »hämmas av en lagtolkning styrd av svenska lagmotiv» (id.)?
- »Något förbud mot att förse EES-relaterade svenska lagregler med motivuttalanden» finns förvisso inte. »Även i fortsättningen kan det naturligtvis finnas behov att göra sådana uttalanden till ledning för rättstillämpningen, och regering och riksdag är då oförhindrade härtill. En viktig skillnad jämfört med tidigare blir emellertid att sådana uttalanden inte får beaktas av domstolarna i den mån uttalandena står i strid mot EG-domstolens praxis» (Abrahamsson 1993, 808).

Sannolikheten för att ett sådant motsatsförhållande uppkommer är å andra sidan inte stor. Man kan vänta sig att de svenska lagmotiven i framtiden kommer att skrivas med tanke på att undvika detta.

- Vidare: »Det kan inte förutsägas f.n. huruvida en tillämpning av EU:s tolkningsprinciper inom ett område som behärskas av EU-rätten kan leda till en förändring av lagtolkningsmetoderna i Sverige även inom andra områden» (Hellner 1994, 85).

EG-domstolen kan dessutom i de mål där tolkning av svenska lagar blir aktuell komma att följa den svenska lagtolkningsmetoden, inklusive den svenska synen på förarbetena. Inflytandet från medlemsländerna på EG-domstolens praxis är stort på vissa områden, t.ex. när det gäller grundlagsstadgade rättigheter; jfr den vägledande prejudikatserien ECJ 29/69, 15 Rec 1969, 419 (Stauder-målet), ECJ 11/70, 1125, 16 Rec 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft-målet) och

ECJ 4/73, Rec 1974, 591 (Nold-målet). Domstolens tolkningsmetod är teleologisk, intresseavvägande och pragmatisk – vilket kanske ger utrymme för variationer som anpassats till medlemsländernas särskilda traditioner.

Rättens internationalisering och olika rättsordningars inbördes harmonisering utesluter inte att vissa nationella egenheter bevaras. Lika lite som engelska jurister bör avstå från sin fina prejudikatlära, eller tyskarna från sina skarpa teoretiska resonemang, bör vårt rättssystem kasta bort den väl fungerande rättskälleläran som fäster en stor vikt vid förarbetena.

Förarbetenas betydelse varierar som sagt från ett EU-land till ett annat. Variationsrikedomen belyses av följande citat.

Tyskland. »Genetisk tolkning utforskar lagstiftarens... avsikter... En... serie problem uppstår när det gäller tillåtna kunskapskällor angående avsikterna. Exempelvis kan förbundsdagens protokoll, kommittéprotokoll, utredningsprotokoll, officiella motiv och kommentarer i massmedia vara kunskapskällor. I allmänhet kan allting beaktas. Ett utlåtandes vikt är större, ju officiellare det är och ju närmare dess relation till förbundsdagens plenum är» (MacCormick o.a. 1991, 85 ff.).

Frankrike. »Förarbetena används i stor omfattning. Franska rättsvetenskapsmän är... (emellertid) kritiska. De anser antingen att förarbetena inte kan ge exakta besked om lagstiftarens verkliga vilja... eller att förarbetena visserligen kan leda till en viss kunskap om lagstiftarens vilja men att denna kunskap både är och bör vara irrelevant för lagtolkning... Domstolarna använder förarbetena... framför allt för att tolka nytillkomna lagar.... Domstolar hänvisar till motiven men i regel underlåter att explicit citera dem. Oftast nämns lagstiftningshistoria i extremt generella ord, såsom: 'det följer såväl av lagens ordalydelse som lagmotiven att'» (id 185 ff.).

England. »Otillåtet tolkningsmaterial... inkluderar... angivande av lagstiftningshistoria för att... fastställa lagstiftarens avsikter...» (id. 380).

Alla dessa rättstraditioner har funnit sina respektive nischer i unionens rymliga byggnad. Kanske finns det även ett utrymme för det svenska rättssystemets särdrag.

Kort sagt kan motivuttalanden enligt min mening lätt inordnas i en sammanhängande tolkningsmotivering som i en ökad omfattning beaktar EU-rätten, doktrinen, generella rättsprinciper, rättsordningens inre systematik och utländska ståndpunkter.

3.7 Doktrin

3.7.1 Inledning

Doktrinen utövar ett stort inflytande på den juridiska argumentationen (jfr bl.a. Eckhoff 1993, 230 ff. och Strömholm 1988, 455). Ordet »doktrin» betecknar först och främst den rättsdogmatiska litteraturen, vilken systematiserar och tolkar gällande rätt.

Även annan slags juridisk litteratur, såsom olika komparativa, rättspolitiska, rättsfilosofiska, rättshistoriska, rättssociologiska, rättsekonomiska och andra verk kan emellertid ha en viss betydelse vid lagtolkning.

Självfallet måste den person som i en rättsvetenskaplig skrift argumenterar för en viss ståndpunkt beakta den tidigare litteraturen. Doktrinen påverkar även den argumentation som utförs i praxis. Framtida domare och andra beslutsfattare påverkas redan under sin studietid av den obligatoriska kurslitteraturen. Under sin fortsatta karriär brukar de sedan mer eller mindre regelbundet läsa juridiska tidskrifter, avhandlingar m.m. De framstående rättsvetenskapsmän som får praktiska uppdrag, t.ex. som höga domare eller ledamöter av lagkommittéer och andra utredningar, påverkas givetvis också av den litteratur som länge utgjort deras dagliga arbetsredskap.

3.7.2 Doktrinen som en rättskälla

Då doktrinen betecknas som en rättskälla menas emellertid inte endast att den faktiskt påverkar den juridiska argumentationen, utan även att den har ett slags auktoritet: Den *får* åberopas som *auktoritetsskäl* i juridisk argumentation. Man åberopar ofta vissa rättsvetenskapliga teser inte bara därför att de är övertygande utan även därför att de utvecklats i en ansedd avhandling. I vissa fall vinner en doktorsavhandling ett ökat inflytande så snart författaren blir professor.

En juridisk författare vinner sitt anseende genom att prestera skicklig argumentation på ett visst rättsområde. Anseendet innebär ett slags auktoritet. Det antas nämligen *prima facie* att han även i fortsättningen kommer att argumentera skickligt. Det är emellertid »uppenbart och allmänt erkänt... att inte ens den mest ansedde författare har något som helst *anspråk på lydnad* – som lagstiftaren (ev. – enligt vissa författare – även när han, vem det nu är, yttrar sig i förarbetenas form)... Det är som *specialist*, inte som makthavare den rättslärde kan göra gällande en viss auktoritet, och därav torde följa att hans inflytande blir störst på sådana fält, som prakti-

kerna mer sällan beträder, där lagstiftningen är komplicerad och svårtillgänglig» (Strömholm 1991, 9).

I Rom gav kejsar Augustus några framstående jurister rätt att med kejsarens auktoritet besvara rättsfrågor; *ius publicae respondendi ex auctoritate principis*. Också andra kejsare gav åt vissa jurister en liknande rättighet. Domstolarna betraktade dessa juristers skrifter som gällande rätt. Den s.k. citatlagen från år 426 gav bindande kraft åt böcker av Papinianus, Paulus, Ulpianus, Gaius och Modestinus samt reglerade i detalj förhållandet mellan dessa juristers auktoritet.

I medeltidens Europa utgjorde *communis opinio doctorum*, hysta av de mest berömda, i synnerhet franska och italienska juridiska författarna, en viktig rättskälla. »Doktorernas» responsa användes ofta i den kanoniska processen. Något senare har arbeten av *Grotius* fungerat som ett slags lagbok för den nederländska rätten (jfr Hellner 1994, 115).

I svensk rätt var doktrinens ställning mycket stark på 1600- och 1700-talet (jfr Sundberg 1978, 86 ff). Domstolarna åberopade uttryckligen arbeten av Loccenius, Rålamb, Kloot m.fl. Hänvisningar till den utländska doktrinen var också vanliga. Vissa berömda utländska rättsvetenskapsmän fick t.o.m. olika slags anknytning till riket. Pufendorf blev sålunda professor i Lund, Grotius fick en svensk diplomatisk uppgift.

Framväxten av starkt centraliserade monarkier ledde emellertid ofta till en allmän övertro på lagstiftningen, med en minskad roll för doktrinen som följd. I ett utkast till den preussiska lanträtten från år 1794 förbjöds t.o.m. skrivandet av kommentarer till densamma.

Snart visade det sig emellertid att lagen måste tolkas. Dessutom behövde man, särskilt i Tyskland, ta fasta på *gemeines Recht*, dvs. de rättsnormer vars giltighet överskred gränserna för de relativt små, centraliserade staterna. Därför kom doktrinen tillbaka på 1800-talet. Som dess ädlaste pånyttfödare må anges C.F. von Savigny, Tysklands kanske störste jurist någonsin. Den tyska s.k. pandektvetenskapen, grundad på en långtgående förfining av romersk rätt, uppnådde då en aldrig överträffad hög nivå, påverkade civilrättens slutgiltiga kodifikation (BGB av år 1896) och utövade ett stort inflytande även långt utanför det tyska rikets gränser.

Mot 1800-talets slut var även den svenska doktrinens ställning väl befäst, och en professor uttalade då t.o.m. den något överdrivna åsikten att rättsbildningen genom praxis blott var en tillämpad doktrin (jfr därom Sundberg 1978, 177–186).

På en senare tid har den svenska doktrinens roll som rättskälla åter minskat. Det måste emellertid skiljas mellan rättsområden. Rättsvetenskapen har t.ex. ett stort inflytande i internationell privaträtt.

Doktrinen har för övrigt en klar ställning som rättskälla inom folkrätten, se artikel 38 i Internationella domstolens stadga.

Läget kan kanske »sammenfattes slik at rettsvitenskapen har *liten vekt* som rettskildefaktor, men at den likevel över ganske *stor faktisk innflytelse* i rettslivet» (Eckhoff 1993, 231-2).

»Vissa handböcker har erhållit en mycket stor auktoritet, så att deras rekommendationer ofta följs även när de står i strid med alla övriga rättskällor. Som exempel kan nämnas Per Olof Ekelöfs läroböcker i processrätt, 'Rättegång I-V'» (Lehrberg 1992, 105).

3.7.3 Doktrinens betydelse i svensk rätt

De svenska domstolarna brukar i vissa fall beakta den rättsvetenskapliga litteraturen. Oftast återger de endast den härskande meningen utan angivande av författarnamn. Men en domstol kan även referera vissa mera personliga rättsvetenskapliga åsikter, t.ex. genom att i domskälen ta in rättsvetenskapliga expertutlåtanden (jfr t.ex. NJA 1966 s. 210) eller namnge en rättsvetenskaplig författare (se t.ex. NJA 1980 s. 197 och NJA 1987 s. 61).

> »Uttalanden om en viss författares *auktoritet* är sällsynta. Ett sådant uttalande förekommer i försäkringsmålet NJA 1980, s. 145 (på s. 159), där professor Jan Hellner betecknas som en 'ledande företrädare för svensk försäkringsrättslig doktrin'; det talas också om 'Hellners obestridliga auktoritet'» (Strömholm 1991, 11 ff.).

3.7.4 Grunden för doktrinens auktoritet

Huvuduppgiften för den systematisering och tolkning som doktrinen genomför består i att framställa rättsordningen som ett sammanhängande system av normer. Detta sammanhang utgör som redan tidigare sagts kärnan i rationalitetsbegreppet. Att underkänna doktrinen som ett hjälpmedel i juridisk argumentation vore därför detsamma som att underkänna rationaliteten.

Att underkänna doktrinen skulle följaktligen äventyra den på rationaliteten uppbyggda rättsstaten. Sambandet med rationaliteten och rättsstatsidealet ger doktrinen dess ställning som en rättskälla som får åberopas som auktoritetsskäl.

3.7.5 Vissa faktorer som påverkar doktrinens auktoritet

Följande faktorer ökar behovet av en väl utvecklad juridisk doktrin:

1. Ju mera omfattande rättskällorna är, t.ex. lagar, prejudikat, förarbeten osv., desto större är faran för att juristerna inte omedelbart uppfattar meningssammanhang dem emellan, varvid doktrinen kan utgöra ett viktigt hjälpmedel.
2. Ju mindre sammanhängande dessa rättskällor är, desto större är behovet av att de underkastas en sådan rättsvetenskaplig omarbetning.
3. Ju snabbare lagar och andra rättskällor ändras, desto större är faran att sammanhanget mellan dem brister. Därför behövs deras rättsvetenskapliga bearbetning.
4. Men ju långsammare ändringstakten är för lagar och andra rättskällor, desto mera tid ges rättsvetenskapsmannen att behandla dem på ett ordentligt sätt.
5. Vidare: ju större respekt beslutsfattarna har för rationell argumentation, desto större är utrymmet för doktrinens inflytande.

En faktor som försvagat den svenska doktrinens ställning är uppsalaskolans inflytande. Eftersom den rättsvetenskapliga doktrinen måste uttala värdesatser och dessa uppfattades som ovetenskapliga, uppstod faran för »rättsvetenskapens självmord» (jfr Sundberg 1978, 266). Flera rättsvetenskapsmän, däribland Rodhe (jfr dennes korta men inflytelserika anmärkningar, 1944, 4 och 1971, 179), försökte således bedriva en värderingsfri rättsvetenskap, vilken blott skulle utveckla olika lagtolkningsalternativ, medan en ovetenskapligt tänkande rättspolitiker då skulle kunna välja däremellan. (Försök att på så sätt skilja mellan rättsvetenskap och rättspolitik var för övrigt rätt vanliga under 1900-talets första hälft. Förutom Alf Ross har även Hans Kelsen och i Ryssland Leon Petrazycki, jfr t.ex. 1892 *passim*, uttalat motsvarande tankar.) Det kan ifrågasättas om en sådan strikt skiljelinje är möjlig att dra. Rodhes stora arbeten, Obligationsrätt (1956) och Handbok i sakrätt (1985) utövade visserligen ett stort inflytande, och detsamma gällde t.ex. processrättsliga verk av Karl Olivecrona, den störste av Hägerströms elever. Men det är inte helt säkert att dessa arbeten verkligen uppfyller kravet på värderingsfrihet. En annan betydande lärjunge till Hägerström, Per Olof Ekelöf, har t.o.m. öppet förespråkat en viss normativ – således inte värderingsfri – lagtolkningsmetod. Uppsalaskolans höga teoretiska nivå i förening med dess skepticism har lett till, att vissa svenska rättsvetenskapsmän ofta givit upp rättsdogmatiken helt och hållet och i stället bedrivit t.ex. rättssociologisk forskning eller principlöst kommenterat paragrafer och rättsfall. Det kan förvisso tänkas att uppsalaskolan således »*skärpt*... en utomjuridisk, utilitaristisk och ekonomisk eller social rationalitet» (Strömholm 1991, 6). Dess verkan på den *juridiska* rationaliteten har

emellertid varit negativ, låt vara att det hela tiden funnits även en högstående rättsdogmatik; som exempel kan bl.a. Ekelöfs, Rodhes samt även Jan Hellners och Folke Schmidts skrifter nämnas. Numera är emellertid skeptikerna på defensiven och allt större krav ställs på att öka den juridiska teorins betydelse.

En motsvarande utveckling – om än i något mindre skala – har skett i övriga Norden, dock inte i Finland, där uppsalaskolans inflytande varit begränsat.

6. Ju större behov av utrikeshandel och internationellt samarbete som föreligger, desto större är behovet av att ta fasta på allmänt erkända rättsprinciper som överskrider gränserna för en viss rättsordning. Doktrinen har därvid en tacksam uppgift.

7. Ju komplexare samhället är, desto större är behovet av ett vetenskapligt expertarbete, bl.a. i rättsdogmatik.

8. Å andra sidan kan göras gällande, att ju mer genomorganiserat samhället är, desto starkare är vissa andra, med doktrinen konkurrerande, auktoritetskällor. Åsikter som uttalas å olika mäktiga intresseorganisationers vägnar m.m. har ofta ett stort inflytande oavsett sin argumentationsnivå. En enskild rättsvetenskapsman torde ha svårt att konkurrera med deras makt, om han inte är ovanligt duktig.

9. Ju mer demokratiskt samhället är, desto större inflytande utövar dessutom åsikter som uttalas i massmedia och når ett stort antal medborgare. Med dessa kan en rättsvetenskapsman normalt inte heller konkurrera.

Doktrinens nivå kommer att höjas och dess inflytande kommer att växa i den takt den sammanhängande och sakliga argumentationens anseende ökar. Vissa hoppfulla tecken på en sådan utveckling finns redan, t.ex. i domskälens över lag högre nivå, i ökade krav på den politiska debattens saklighet, i de akademiska juristernas nyväckta intresse för teori och i rättsfilosofernas stigande intresse för rationalitetsfrågor.

3.8 Utländsk rätt

3.8.1 Den främmande rättens faktiska inflytande på den inhemska juridiken

Utländsk rätt kan självfallet utöva ett inflytande på den inhemska juridiken. Utländsk rätt kan dessutom visa sig vara nyttig som ett pedagogiskt hjälpmedel. I utlandet kan det t.ex. finnas mera renodlade och intressantare rättsfall.

Olika former av främmande rätts inflytande på den inhemska juridiken har en lång historia. Sålunda påverkades flera länder, inte blott de europeiska, av såväl den franska civillagen från år 1804 som den tyska BGB från år 1896.

I Sverige fick utländsk rätt en stark ställning på 1600- och 1700-talen, då Loccenius', Rålambs och andra stora juristers arbeten medförde en viss överföring av utländska ståndpunkter till svensk lagstiftning och rättspraxis. De berömda lagförslagen från 1826 och 1832, samt en stor del av efterföljande svensk lagstiftning påverkades likaledes av först de franska, senare de tyska och till sist även de anglosaxiska källorna.

Utländsk begreppsbildning, teoribildning, systematik och utländska distinktioner kan sålunda *prima facie* åberopas i inhemsk juridik. Om det t.ex. konstateras, att en rad framstående utländska rättsvetenskapsmän konsekvent skiljer mellan extensiv lagtolkning och analogisk utvidgning av lagens tillämpningsområde, kan distinktionen påverka den inhemska juridiken.

Detsamma gäller utländska *frågeställningar*. Om man t ex iakttar den amerikanska debatten om nationalekonomiska hänsyn i skadeståndsrätten kan man fråga sig huruvida dessa hänsyn även bör spela någon roll i inhemsk rätt. Svaret är kanske olika i olika länder, men frågan är *prima facie* densamma.

Vidare kan en svensk jurist utnyttja de logiska och empiriska konstateranden som beaktas i utländska domar, utländsk rättslitteratur m.m., t.ex. rörande kausalsammanhang. Kausalsammanhangets natur skiftar ju inte från ett land till ett annat. Man får därför utgå från hypotesen att åsikter om kausalsambandets natur, uttalade av framstående utländska rättsvetenskapsmän, är sanna.

3.8.2 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl. En direkt hänvisning i inhemsk lag

Man kan emellertid inte endast beskriva det faktiska inflytandet utan även ställa frågan huruvida utländsk rätt *får* respektive t.o.m. *bör* beaktas som *auktoritets*skäl inom den inhemska juridiken.

Det nedanstående gäller i princip såväl rättsvetenskap som rättspraxis. I rättspraxis begränsas främmande rätts relevans av processrättsliga regler och tidsbrist; jfr Hellner 1994, 113.

I vissa fall får utländska rättsnormer och beslut åberopas som auktoritetsskäl.

Så är givetvis fallet då den inhemska rätten explicit tar över en främmande rättskälla.

1. En reception är den mest extrema formen – främmande rätt antas som gällande inom den inhemska rättsordningen. Senromerska lagar och andra rättskällor, först och främst kejsaren Justinianus' kodifikation från 500-talet kommenterades således under 1100- och 1300-talen av de italienska och franska glossatorerna och postglossatorerna, bearbetades under 1800-talet av de tyska pandektisterna, och antogs som gällande rätt bl.a. i Tyskland, Österrike och Holland. Fransk civillag antogs i början av 1800-talet bl.a. i Polen. Sedan 1800-talets slut antogs tyska och schweiziska lagar i t.ex. Japan, Kina och Turkiet. Engelsk prejudikatsrätt tillämpas i USA, Kanada, Australien, Nya Zeeland, liksom i Indien, Israel, Östafrika osv.

2. Till följd av att vissa inhemska rättsområden har anknytning utåt, t.ex. internationell privaträtt (jfr 35 kap. 2 § 2 st. rättegångsbalken) och internationell straffrätt, skall domstolarna i viss mån direkt tillämpa utländsk rätt.

Så är fallet även då man vid tillämpning av svenska regler utgår från förhållanden som beror av utländsk rätt.

Jfr t.ex. NJA 1956 s. 343.

3. Inhemsk lagstiftning kan ha påverkats av internationella konventioner som i sin tur påverkats av utländsk rätt. Den sistnämnda får då i viss mån åberopas vid lagtolkning.

I NJA 1983 s. 3 (»Tsesis-fallet»), som rörde bl.a. konsekvenserna av en internationell konvention om oljeskador, har HD utrett engelsk rättspraxis röranде en engelsk lagtolkningsregel kallad »eiusdem-generis»; se s. 71 ff.: domstolen beaktade engelsk rättspraxis sedan Sandiman v Breach (1827). Jfr Hellner 1994, 67.

3.8.3 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl utan direkt hänvisning i inhemsk lag. Vissa speciella omständigheter

Teoretiskt intressanta frågor uppstår emellertid framför allt då den främmande rätten anses ha en viss auktoritet fast den inhemska lagstiftningen inte hänvisar till den.

1. Ett internationellt eller regionalt lagstiftningssamarbete – t.ex. inom Norden (jfr t.ex. Korte 1984, 700 ff.) – kan leda till att samma lagregler blir giltiga i flera stater, varvid frågan uppstår om en uniform tolkning av en uniform lagstiftning inom skilda jurisdiktioners ram. Nordisk praxis får således i viss mån vägleda den svenska.

Lagtolkning av gemensam lagstiftning är rätt lika i olika nordiska länder (jfr Eckhoff 1993, 251) men endast i sjörätt kan man tala om gemensam nordisk rättspraxis (jfr Sundberg 1978, 188).

Jfr även Hellner 1994, 113-4: »Där lagarna är gemensamma åtminstone i stort, såsom är fallet med t.ex. avtals-, köp- och kommissionslagarna, fordras i första hand en jämförelse som går ut på att fastställa om eventuella olikheter har materiell betydelse eller helt inskränker sig till uttryckssättet. Även rättspraxis från de andra nordiska länderna måste då prövas.»

2. En viss anpassning av lagstiftningen kan ske även om man inte strävar efter att olika stater anammar identiska lagar; jfr det nordiska rådets rekommendation av 1974 (jfr Korte 1984, 712 ff.).

En sådan harmonisering äger i stor skala rum inom EG; jfr 100-102 art av Romfördraget.

Även i sådana fall får lagtolkaren åberopa främmande rätt som ett slags auktoritet.

3. Utländsk rätt får dessutom åberopas på de rättsområden som präglas av intensiva internationella kontakter, t.ex. i sjörättsliga sammanhang.

3.8.4 Utländska normer och beslut som auktoritetsskäl i övrigt

Även om sådana särskilda omständigheter inte föreligger får man skänka en viss uppmärksamhet åt utländska lagar, juridiska skrifter och domar som åtnjuter högt anseende. Förvisso har utländsk rätt inget generellt anspråk på lydnad i vårt land. Främmande rätt och främmande juridisk litteratur vinner gott rykte genom sin höga argumentations- och problemlösningsförmåga på ett visst rättsområde. Anseendet innebär s.a.s. förnuftets auktoritet som i viss mån liknar den inhemska doktrinens ställning. Det antas nämligen *prima facie* att den utländska lösningen av det ifrågavarande problemet är förnuftig. Följande distinktioner låter sig göras i detta sammanhang.

a) Man kan i vissa fall åberopa innehållet i utländska regler respektive beslut.

b) Man kan då även beakta olika *prima facie* hänsyn, t.ex. principer och värden som ligger bakom dessa normer respektive beslut.

c) I utlandet härskande principer och värden får i viss mån beaktas även om de inte explicit uttryckt sig i några rättskällor. Förvisso är frågan om de utländska moralskälens tillämplighet i inhemsk juridik komplex

men man får *prima facie* utgå från att en etisk uppfattning som helt klart härskar i ett annat land tillhörande samma kulturkrets är riktig, rättvis och rimlig. En *slutgiltig* bedömning är en avvägningsfråga.

3.8.5 Värdegemenskap mellan inhemsk och utländsk rätt

En sådan överföring av utländska mönster till den inhemska juridiken förutsätter emellertid att den utländska och den inhemska rätten i någon mån liknar varandra beträffande regler, praxis, institutioner, bakomliggande värden, principer, begrepp och argumentationssätt.

Det går således i regel bra att åberopa alla nordiska rättskällor.

Nordisk rättspraxis har således uppenbarligen påverkat utgången av NJA 1966 s. 210 (rörande skada för tredje man till följd av att annan tillhörig elektrisk ledning skadats) och NJA 1960 s. 742 (ansvar för redare som anlitat ett fartyg tillhörande ett annat rederi för att utföra en transport); Utgången av NJA 1991 s. 720 stämmer väl överens med dansk rätt; jfr Hellner 1994, 114.

»Svårigheterna ökar emellertid när man kommer utanför den gemensamma lagstiftningen. Den som sysslar med särskilda rättsområden upptäcker snart att det finns olikheter även där man skulle vänta sig likheter» (Hellner id.).

Man kan även ha stor nytta av att beakta den tyska rätten och rättsvetenskapen. De tyska källorna får därför åberopas. Anglosaxiska rättsfall visar sig ofta mycket inspirerande, men den anglosaxiska doktrinens användbarhet i Sverige är begränsad, bl.a. till följd av en rätt annorlunda begreppsbildning.

Det är därför osäkert i vilken omfattning anglosaxisk doktrin får åberopas i svensk juridik. En annan sak är att anglosaxisk doktrin kan utöva ett faktiskt inflytande. I NJA 1987 s. 692 (rörande en värderingsman som vårdslöst övervärderat en fastighet) har utgången sannolikt påverkats av en nyligen publicerad bok som kommenterat det engelska fallet Hedley Byrne (1964) A.C. 465 (Jan Hellners exempel).

3.8.6 Värdegemenskap mellan inhemsk och utländsk rätt – nödvändigheten av en samlad bedömning

Det är dessutom »en grundläggande princip att man vid studier av utländsk rätt måste respektera det system och den hierarki av rättskällor som finns i det främmande landet» (Bogdan 1993, 47). Vidare måste man

»studera den utländska rättsordningen i sin helhet även när man enbart är intresserad av en detaljfråga», eftersom den »lilla bit av den främmande rättsordningen som man är intresserad av» påverkas av det utländska rättssystemets rättskällenormer, tolkningsnormer och grundläggande principer (jfr id. 52).

I NJA 1983 s. 3 (»Tsesis-fallet») har HD tolkat en i enlighet med ett brittiskt förslag antagen bestämmelse i 1969 års oljeansvarighetskonvention »i belysning av förhärskande engelskt juridiskt språkbruk och engelska tolkningsprinciper».

En sådan helhetssyn är givetvis nödvändig för att förhindra att främmande rätt tolkas felaktigt. Helhetsbedömningen underlättar dessutom en djupgående förståelse av den svenska rättens värdegemenskap med vissa utländska rättsordningar. Att kravet på helhetsbedömning anses vara en självklarhet tyder måhända på att denna värdegemenskap är juridiskt intressantare än tillfälliga och ytliga likheter mellan skilda rättsordningars konkreta regler.

3.8.7 Preaesumptio similitudinis och rättsordningars gemensamma kärna

I vissa fall kan likheter mellan skilda rättssystem *presumeras*. »På civilrättens område är likheterna i rättsreglernas innehåll så stora att man med fog kan uppställa en *praesumptio similitudinis*, dvs. ett antagande att rättsreglerna till sitt innehåll normalt kan presumeras vara lika» (Bogdan 1993, 100). Det går t.o.m. att utgå från en hypotes om att det finns en gemensam kärna hos alla eller nästan alla rättsordningar.

Jfr art. 38 i Internationella domstolens (Haagdomstolens) stadga, enligt vilken »allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser» är en folkrättslig rättskälla. »I litteraturen tolkar man stadgandet normalt så att principen måste vara erkänd av 'alla eller nästan alla' rättsordningar, men det finns folkrättsjurister vilka nöjer sig med erkännande i 'världens viktigaste rättssystem' eller av 'ett hyggligt antal civiliserade folk'» (Bogdan 1993, 96).

I rättsfallet Hevsala mot Turkiet (30 september 1993 nr 3294) har den finska HD åberopat rättsgrundsatser erkända av länder som tillhör samma kulturkrets. Fallet gällde frågan om en ambassad kunde åberopa immunitet i tvisten om friställande av en arbetstagare.

Vidare: »om en viss rättsprincip är accepterad i de viktigaste rättsordningarna i varje rättsfamilj», såsom den angloamerikanska, den kontinen-

taleuropeiska, den islamiska m.m., »kan den antagligen anses tillhöra rättsordningarnas gemensamma kärna» (Bogdan 1993, 96).

3.8.8 Vissa teoretiska slutsatser

Den utländska rättens användbarhet i inhemsk lagtolkning samt hypotesen om rättsordningarnas gemensamma kärna kan åberopas som ett skäl för slutsatsen att rättsordningarna påverkas av en universell eller nästan universell etik.

En icke-positivistisk rättsteoretiker kan uppfatta detta sammanhang som begreppsligt nödvändigt medan en rättspositivist måste anse att det endast rör sig om ett empiriskt, inte logiskt samband.

Förvisso kan en moderat rättspositivist medge att gällande rätt inte endast omfattar inhemska lagar utan även de för olika rättsordningar gemensamma principer som ligger till grund för dessa (jfr t.ex. avsnitt 2.2.4A). Han skulle emellertid förkasta tesen att en sådan rättsprincips giltighet förutsätter att den är etiskt godtagbar (jfr avsnitt 2.9.2 ovan). Det räcker för honom att den *faktiskt beaktas* av rättspraxis inom landet. Vissa moderata rättspositivister kan även tänka sig ett globalt system av gällande rätt som omfattar såväl folkrätten som olika folkrättsligt erkända staters inhemska rättsordningar. Även ett sådant globalt system kan omfatta oskrivna rättsprinciper, förutsatt att de faktiskt beaktas av rättspraxis. För att konstatera sådana principers innehåll behöver en rättspositivist inte fälla några värdeomdömen. Han hänvisar i stället till det faktum att domare och ämbetsmän erkänner vissa oskrivna grundsatser som gällande rätt, låt vara att de kanske därvid använder sig av värdeomdömen. Rättspositivistens uppfattning om gällande rätt är således värderingsfri, låt vara att han hänvisar till befattningshavarnas värderingar.

Frågan måste emellertid ställas om det finns någon grund för denna klyfta mellan befattningshavarnas värderande syn på gällande rätt och rättspositivistens värderingsfria begreppsbestämning. Är det inte rimligare att anta att den utländska rättens och dess värdegrundvalars relevans för inhemsk juridik avslöjar något slags nödvändigt samband mellan den inom landet gällande rätten och en bredare värdebas? Förvisso är rättspositivismen logiskt möjlig men är den rimlig? Baserar sig den utländska rättens auktoritet endast på statsmakternas legitimitet, eller även på etiken?

En icke-positivistisk uppfattning kan preciseras på olika sätt; t.ex. stöder den ovan utvecklade teorin om att inget gällande rättssystem kan vara extremt oetiskt (jfr bl.a. avsnitt 2.9.1 ovan) slutsatsen att inget

rättssystem kan åsidosätta en stor del av rättsordningarnas gemensamma kärna och ändå bibehålla sin giltighet.

3.9 Lagförslag och tidigare gällande lag

3.9.1 Lagförslag

Ett lagförslag får i juridisk argumentation i viss mån åberopas som att auktoritetsskäl redan innan det trätt i kraft.

I Rt 1979 s. 1079 sattes straffprocesslagens ordalydelse ur spel med hänvisning till en proposition till ny straffprocesslag tillsammans med hänsyn till »en elementär rättssäkerhetsgaranti, som tillkommer alla andra i detta land».

T.o.m. lagförslag som aldrig blivit gällande har stundom fått en sådan relevans. 1826 års förslag till allmän civillag och 1832 års förslag till allmän kriminallag utövade sålunda inflytande på generationer av svenska jurister (jfr Hafström 1969, 207 ff.).

Förslagens rättstekniska förfining fick nästan omedelbart genomslag, medan de mer principiella ändringarna i materiellt avseende genomfördes i framtida lagstiftning, vissa av dem över etthundra år senare.

Den i förslaget till allmän civillag uttryckta principen att även rättegången i överrätterna skall vara offentlig och delvis muntlig genomfördes således först i lag av 29 maj 1936 om ändrad lydelse av vissa stadganden i rättegångsbalken (jfr Hafström 1969, 221).

Lagförslagens auktoritet beror på följande omständigheter:

1) Lagförslag brukar basera sig på korrekta sakskäl.

2) Lagförslag brukar innehålla väl sammanhängande regler vars tillämpning ökar rättssäkerheten.

3) Lagförslag författas inom ramen för en legitim lagstiftningsprocess.

4) Ett lagförslags auktoritet ökar ytterligare då man kan vänta sig, att det också kommer att antas och träda i kraft.

5) Ett lagförslags upphovsmän kan åtnjuta högt anseende.

6) Lika skall behandlas lika. Därför framstår det i vissa fall *prima facie* som orättvist att strax före den kommande lagändringen behandla likartade rättsfall på ett annat sätt än det som den nya lagen kommer att kräva.

Det sistnämnda skälet bygger på *analogi*. Men även motsatsslut kan göras: Om lagen träder i kraft vid en bestämd tidpunkt, skall den *prima facie* inte beaktas dessförinnan. *Ett* skäl för att föredra motsatsslutet är följande: Någonstans måste ju gränsen dras för den nya normens juridiska relevans. Oftast är det bättre att gå på det formella ikraftträdandet än på lagförslagets publicering.

Självfallet måste det *slutgiltiga* valet mellan analogi och motsatsslut stödas med skäl. Jag återkommer till denna fråga.

3.9.2 Upphävd lag

T.o.m. en redan upphävd lag får i vissa fall åberopas i juridisk argumentation. Den upphävda lagen kan vara inhemsk eller t.o.m. utländsk; jfr avsnitt 3.8 ovan om de romerska rättskällornas reception.

De inhemska, upphävda lagarna får (liksom lagförslag) göra sig gällande på två motsatta sätt, dvs. som en grund för både analogi- och motsatsslut. Valet mellan de motsatta argumentationsformerna måste återigen stödas med skäl.

I vissa fall får man således resonera genom analogi. Se t.ex. avsnitt 3.6.7 ovan om att gamla bestämmelser om s.k. kopplingsförbehåll alltjämt får åberopas. En sådan användning av upphävda lagar baserar sig på själva den upphävda normens auktoritet tillsammans med vissa ytterligare skäl. De sistnämnda kan vara sakskäl eller olika auktoritetsskäl. I det ifrågavarande exemplet var *förarbetenas* auktoritet avgörande.

Ett annat exempel är följande: I 10 kap. 26 § av den gamla rättegångsbalken uttrycktes en princip för en viss gränsdragning mellan domstolsprocessen och förvaltningsprocessen. Lagrummet upphävdes, men principen fortsatte att användas även vid tolkning av den nya lagstiftningen (jfr Westerberg 1973, 156 ff.). Förarbetena spelade en stor roll även i detta sammanhang. I motiven till 5 § av den nya rättegångsbalkens promulgationslag uttalades således, att denna princip borde kvarstå.

Medför inte en sådan användning av upphävda lagar någon logisk motsägelse? Den upphävda lagen har trätt ur kraft till följd av en derogationsnorm som bestämt att den *inte* borde följas. Hur kan då den upphävda lagen ligga till grund för ett juridiskt analogislut? Kritiken bygger emellertid på missförstånd. Derogationsnormen har blott upphävt lagens bindande karaktär som en rättskälla vilken *skall* beaktas. Den har emellertid inte påverkat dess fortsatta auktoritet som ett skäl vilket endast *får* åberopas.

I andra fall får man som sagt göra ett motsatsslut. Följande, inte längre juridiskt aktuella, exempel är belysande.

»Firmalagen innehåller... i motsats till (tidigare gällande) 1884 års varumärkeslag icke någon bestämmelse som angiver vilken betydelse registreringen har för rättighetens uppkomst, och härav kan man sluta, att registreringen i detta fall saknar konstitutiv betydelse» (Ljungman 1971, 70).

3.10 Lösning av kollisioner mellan rättsnormer

3.10.1 Kollision mellan regler och kollision mellan principer

Rättskälleläran måste till sist innehålla några normer om en lösning av problemet med kollisioner mellan rättsregler.

En sådan lösning förutsätter att det föreligger en kollision, dvs. (1) att vissa rättsregler är oförenliga, eller (2) att vissa rättsprinciper måste vägas mot varandra.

A LOGISKT, EMPIRISKT OCH VÄRDEMÄSSIGT OFÖRENLIGA REGLER

Två regler är *logiskt* oförenliga (jfr även t.ex. Weinberger och Weinberger 1979, 132 ff.) om:

- den ena förbjuder en handling som den andra påbjuder (en *konträr* logisk oförenlighet); eller
- den ena förbjuder en handling som den andra tillåter (en *kontradiktorisk* logisk oförenlighet).

En särskild form av logisk oförenlighet förekommer vid kvalifikationsregler. Två sådana är logiskt oförenliga om den ena bestämmer och den andra bestrider att något utgör ett (nödvändigt, tillräckligt m.m.) villkor för att en viss rättslig effekt skall uppstå. Den ena bestämmer och den andra bestrider t.ex. att ett visst slags avtal är bindande endast om det är skriftligt.

Om två regler är logiskt oförenliga kan de inte samtidigt följas.

Två regler är empiriskt oförenliga om de inte är logiskt oförenliga men likväl, av en annan anledning, inte samtidigt kan följas. Den ena förpliktar t.ex. Per att dagligen arbeta från kl. 04 till 16 och den andra att arbeta från kl. 16 till 04. Arbetstagaren kan ju inte arbeta utan vila.

Två regler är värdemässigt oförenliga om de inte är vare sig logiskt eller empiriskt oförenliga men deras samtidiga efterlevnad likväl antingen är olaglig eller etiskt förkastlig. Den ena förpliktar t.ex. Per att dagligen arbeta från kl. 08 till 16 och den andra att arbeta från kl. 16 till 24.

Arbetstagaren kan arbeta 16 timmar per dygn, men arbetsrätten förbjuder det.

I det norska fallet Rt 1953 s. 1469 åtalades en fiskare för att utan att betala den av jaktlagen bestämda avgiften ha skjutit en säl i havet. Han hade emellertid betalat en annan avgift enligt lagen om fångande av säl. Dessa lagar var så till vida värdemässigt oförenliga, att det är etiskt klandervärt att kräva dubbla avgifter. (Jfr Eckhoff 1993, 272).

Klami (1989, 70 ff.) har tillika infört begreppet »teleologisk oförenlighet» som innebär »att två normer på något sätt *motverkar* varandra. T.ex. två normer påbjuder två olika sanktioner för samma brottsliga handling. Den ena sanktionen går ut på att vara uppfostrande: dess teleologi hänför sig till resocialiseringen av den åtalade. Den andra sanktionen innebär dock, att han förlorar sin arbetsplats (t.ex. en villkorligt dömd rattfyllerist, som är yrkesmässig bilchaufför, förlorar sitt körkort). Det är klart, att förlusten av arbetsplatsen motverkar resocialiseringen».

Enligt min mening är teleologisk oförenlighet ett särfall av den värdemässiga: Den motiverar normernas juridiska omtolkning (kollisionslösning) endast om den strider mot rättsreglerna eller åtminstone är etiskt klandervärd.

B TOTAL OCH PARTIELL OFÖRENLIGHET

Oförenlighet mellan regler – logisk, empirisk eller värdemässig – kan vara mer eller mindre fullständig, beroende på om deras tillämpningsområden helt eller delvis sammanfaller.

En *total* oförenlighet förekommer om de oförenliga reglerna har samma tillämpningsområde; t.ex. är regeln »bridgespelare får söka medlemskap i klubben» totalt oförenlig med regeln »bridgespelare får inte söka medlemskap i klubben».

En *partiell* oförenlighet förekommer i följande två fall:

1. En regel har ett snävare tillämpningsområde än en annan; t ex är regeln »bridgespelare får inte söka medlemskap i klubben» således partiellt oförenlig med regeln »kortspelare får söka medlemskap i klubben».

2. Två oförenliga regler har tillämpningsområden, vilka delvis sammanfaller. Ingen av dessa regler faller i sin helhet innanför den andra; t.ex. är regeln »bridgespelare får inte söka medlemskap i klubben» således partiellt oförenlig med regeln »kortspelare av internationell klass får söka medlemskap i klubben» (jfr även Ross 1958, 128 ff.).

Frändberg (1984, 91 ff.) skiljer även mellan en ettfallskollision och en flerfallskollision mellan regler. Den förra föreligger då ett identitets-, inklusions- eller överlappningsförhållande mellan de ifrågavarande reglernas tillämpningsområden bestäms logiskt, av de ifrågavarande begreppen.

Det är då logiskt bestämt att
- regel 1 tillämpas på samma mängd rättsfall som regel 2 (t.ex. på alla kortspelare);
- regel 1 tillämpas på en mängd fall som ingår i den mängd som regel 2 tillämpas på (bridgespelare – kortspelare); eller
- regel 1 och regel 2 tillämpas på de överlappande rättsfallsmängderna (bridgespelare – högklassiga kortspelare).

En flerfallskollision föreligger däremot då ett identitets-, inklusions- eller överlappningsförhållande mellan de ifrågavarande reglernas tillämpningsområden bestäms empiriskt, inte endast av de ifrågavarande begreppen utan av begreppen och vissa »tillfälliga» fakta.

Det kan då återigen inträffa att
- regel 1 tillämpas på samma mängd rättsfall som regel 2 (t ex regel 1 tillämpas på högre tjänstemän i en viss enpartistat och regel 2 på partimedlemmar i denna stat, och det råkar vara så att alla partimedlemmar och endast dessa är högre tjänstemän);
- regel 1 tillämpas på en mängd fall som ingår i den mängd som regel 2 tillämpas på (partimedlemmar i samma stat – tjänstemän i denna stat, såväl högre som lägre sådana); eller
- regel 1 och regel 2 tillämpas på de överlappande rättsfallsmängderna (tjänstemän i denna stat, såväl högre som lägre sådana – medlemmar i någon statsbärande organisation i samma stat: bl.a. partiet, ungdomsorganisationen och facket).

C KOLLISION MELLAN PRINCIPER

Kollision mellan principer har en annan karaktär än kollision mellan regler (jfr Alexy 1985, 78 ff.).

Det är sällsynt att två principer inte i någon mån kan följas samtidigt. Oförenligheten kan dock bestå i följande samband: ju mer den ena beaktas desto mindre utrymme finns det för den andra (jfr avsnitt 1.6.2B ovan och framför allt 5.8.2A nedan). Antag att den ena kräver frihet och den andra jämlikhet. I vissa fall kan en ökad jämlikhet orsaka en minskad frihet och vice versa.

I sådana fall måste principerna *vägas samman*. Visserligen förekommer det även avvägning mellan regler (jfr avsnitt 5.9.9 nedan). Den gäller emellertid en annan fråga än avvägning mellan principer, nämligen om man i det ifrågavarande fallet bör följa regeln eller inte. Det finns endast dessa två möjligheter, däremot går det inte att följa en regel till en viss grad, mer eller mindre.

3.10.2 Juridisk lösning av kollisioner mellan rättsnormer

A RÄTTENS OCH RÄTTSVETENSKAPENS UPPLÖSNING?

När en ickejurist, t.ex. en språkvetare, uppmärksammar att två rättsnormer är oförenliga kan han beskriva och kritisera men inte harmonisera normerna. Endast en *juridisk* tolkning har den sistnämnda uppgiften. Den juridiska tolkningens samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem.

Förekomsten av olika maktcentra och specialiserade rättskällevarianter är inget motexempel. Fenomenet finns i alla moderna stater och diskuteras häftigt bl.a. i Tyskland och USA. I nästan alla industriländer finns det därför rättssociologer som utvecklar tankar på rättssystemets sönderfall i självständiga bitar. Men i alla dessa länder finns även jurister som i sin praxis försöker göra rättsordningen så motsägelsefri och sammanhängande som möjligt.

Någon översikt av »polycentristiska» teorier om rättssystemets sönderfall ges inte i denna framställning. Följande exempel är en tillräcklig utgångspunkt.

Hans Peter Graver (1992, 132–151) hävdar således

> »at domstolenes måte å argumentere på ikke tjener som mønster for alle andre beslutningstakere innen rettssystemet. I tillegg finnes det en rekke situasjoner hvor det heller ikke normativt er meningen at den skal gjøre det» (139).

Inom *en* rättsordning finns det flera olika maktcentra, begreppsvärldar, argumentationsläror och rättskälleläror.

> »Dette betyr at ulike normer med forskjellig innhold kan bli generert fra forskjellige deler av systemet» (140).
>
> »(N)ormer som regnes som rettsnormer i en rekke tilfelle fastsettes direkte av organisasjonene utan statlig mellomkomst... Også rettskildelæren varierer avhengig av hvor beslutningene treffes...» (141).

Hans slutsats är

> »at det klassiske begrep for gjeldende rett og oppfatningen om et enhetlig rettssystem knyttet til staten ikke lenger kan opprettholdes i en realistisk rettsteori. Dette fører til at man snarere bør tale om normative systemer i et samfunn, framfor om gjeldende rett. Ulike normer er gjeldende i de ulike systemer» (151).

I samma anda förespråkar *Henrik Zahle* (1986, 752 ff.) en »polycentrisk» rättskällelära.

> »Det udvikler sig enkelte retskilder med retlige virkninger, som er forskellige for forskellige myndigheder... Retskildernes polycentri består da i, at de enkelte retskilder ikke dakker samme område, ikke rækker lige langt. Forskellen mellem administration og domstolene er allerede observeret i Eckhoffs Rettskildelære... » (id. 755). »Disse forskellige retskilder... afspejler forskellige standpunkter til normative spørsmål... og disse standpunkter er varierende, fordi de stammer fra forskellige personkredse eller fra forskellige tidspunkter» (Zahle 1992, 456).
>
> Polycentrin förklaras och legitimeras med hänsyn till demokrati. »Ved at det repraesentative, parlamentariske demokrati suppleres af en mere direkte indflydelse for organisationer og private, svækkes legitimiteten i den judicielle kontrol af legaliteten. Administrationen henter ikke kun sin legitimitet ved at være i overensstemmelse med loven, men støtter sig tillige på den legitimation, der er knyttet til det direkte valg av kommunalbestyrelse eller til administrationens korporative fællesskab med involverede organisationer» (Zahle 1986, 755 ff.).

Zahles bevisteori är likaledes polycentrisk (1992, 447 ff.). Han gör således gällande att

> »(v)i finder i den bevisretlige praksis, i judicielle og administrative afgørelser, i lovgivning og i den bevisretlige litteratur, som er praktikerens grundlag, udtryck for flere forskellige bevisretlige modeller» (450). »En stor del af den bevisteoretiske debat forekommer mig på ufrugtbar måde at være fikseret på et påtvunget valg af en enkelt teori. Der er flere bevisteorier, som hver for sig og navnlig sammen kan sige noget sandt og relevant» (456).

Christian Dahlman (1994, 10) har infört begreppet »rättens polyscenografi»:

> »Med scenografi avses den formation av problemformuleringar, lösningsmodeller, skyddsvärda intressen och rangordningen mellan dessa etc. som serveras domaren i första hand genom lag- och förarbetstext, men även genom doktrin, praxis och offentlig debatt. Denna är i många fall utformad ner till lösningen av enstaka fall. Emellertid utarbetas ingen över hela rättssystemet gripande scenografi... Rätten får därför en bukett av scenografier – den blir *polyscenografisk*».

B ANTAGANDET OM RÄTTSSYSTEMETS ENHET

Det finns ingen anledning att ifrågasätta dessa författares empiriska iakttagelser. De flesta svenska jurister skulle medge att det svenska rättssystemet idag är mer uppsplittrat än det var för femtio år sedan (jfr Bengtsson 1991, 29). Slutsatsen om en upplösning av rättssystemet, rättsbegreppet och rättsvetenskapen kan emellertid kritiseras. Rättssystemets enhet är nämligen juridikens *grundantagande*, av samma slag som grundnormen.

Blume (1990, 876) har således konstaterat »at selv om retskildeanvendelsen er polycentrisk, er der fortsat for så vidt angår kriterierne for fastlægelsen af gældende normer tale om ét retssystem. Gældebegrebet er dermed monocentrisk».

I sin argumentationspraxis visar juristerna en disposition
- att uppfatta en stats rätt som *ett* enda rättssystem;
- att betrakta rättens inre motsägelser och bristande sammanhang som systemdefekter; och
- att tolkningsvis åsidosätta defekterna.

Det förhållandet att juristerna i sin argumentationspraxis visar denna disposition innebär att det finns en samhällelig norm av innebörden »en stats rättsordning tolkas som ett sammanhängande system». Detta enhetsnorm *existerar* sålunda i juristernas argumentationspraxis. Denna praxis är den gällande rättens *enhetsgrund.*

Jfr avsnitt 2.2.2E3 ovan och 6.1.7 nedan om Kelsens *grundnorm* m.m. samt 7.2 nedan om bl.a. Savignys, Dworkins och MacCormicks teorier. Redan Cicero åsyftade *perfectam artem iuris civilis* (en fulländad konst av civilrätt) som skulle skänka sammanhang åt olika hittills icke sammanhängande ting. Ciceros förslag följdes på 1500-talet av bl.a. Hugo Donellus som i sin tur påverkade Savigny; jfr Bjarup 1992.

Om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem. Framför allt gäller det rättsregler som bestämmer myndighetsutövning i bred mening. Om en faktiskt fristående organisation utfärdar en sådan norm, så måste juristen tolkningsvis uppfatta utfärdandet som *delegerat* av staten. För en jurist *måste* det alltid vara möjligt att direkt eller indirekt härleda normgivningskompetensen från statens grundlag.

Tack vare den juridiska argumentationskonsten kan den polycentristiska normmassan inordnas i ett dynamiskt rättssystem.

Det enda effektiva sättet att kritisera grundantagandet om rättssystemets enhet skulle vara normativt. Man kan t.ex. försöka visa att detta antagande är skadligt för den demokratiska rättsstaten. Slutsatsen skulle då vara att den traditionella rättsvetenskapen måste avvecklas. Men i själva verket förhåller det sig precis tvärtom. Antagandet om rättssystemets enhet stärker den demokratiska rättsstaten, eftersom

- det hjälper till att underkasta olika slags normgivning riksdagens, folketingets eller parlamentets överhöghet; och
- det ökar rättsordningens rationalitet, och därmed rättssäkerhet.

Förvisso har Zahle gjort gällande (jfr punkt A ovan), att demokratins utveckling innebär att den judiciella kontrollen av legaliteten blir mindre legitim. Men hans demokratilära är alltför enkel. Återigen: demokrati är inte detsamma som en tillfällig majoritetsuppfattning, utan den bestäms genom en avvägning mellan flera värden, bl.a. den materiella rättssäkerheten. *Se* ovan, avsnitt 1.5.2., 1.5.3A7, 1.5.3G osv.

Rättsordningen är inte någon kaotisk massa av regler utan den bildar en systematisk helhet. Det talas ofta om rättssystemet i stället för rättsordningen. I systematiseringen utnyttjas vissa generella begrepp, principer och teorier.

Som ett exempel kan nämnas arvsrätten där begrepp som kvarlåtenskap, dödsbo, dödsbodelägare, arvinge, laglott och förskott på arv bildar en helhetsgestalt eller en struktur av systematiserande begrepp. Med hjälp av grundstrukturen kan hela normmängden systematiseras så, att alla delarna i helheten får sin rätta plats (*Aulis Aarnios* exempel, se Peczenik m.fl. 1990, 11 ff.). Jfr även avsnitt 4.4.3 nedan om rättsdogmatiska teorier.

Helhetsbildens sönderfall bidrar till att normgivningens slutmål – ett beslutsfattande som garanterar optimal rättssäkerhet och rättvisa i alla tänkbara situationer – tappas bort. Om sambandet mellan olika rättsområden är okänt för lagstiftningsmakten kan en ökad rättvisa på ett område lätt medföra en djup orättvisa på ett annat.

Kan sedan en sociolog konstatera att de förtroendevalda faktiskt tappat sin kontroll över normgivningen, bör juristen inte uppgivet notera att rättssystemet upplösts utan i stället påpeka bristen och bestämt kräva att den avhjälps. Först då detta visar sig omöjligt, får polycentrins förespråkare rätt.

C DEN JURIDISKA TOLKNINGENS MÅL: ATT GÖRA RÄTTSORDNINGEN SÅ SAMMANHÄNGANDE SOM MÖJLIGT

En juridisk tolkning som under påverkan av enhetsnormer eftersträvar att åsidosätta olika slags kollisioner mellan rättsnormer medför att rättsordningens inre *sammanhang ökar*.

Ett således ökat sammanhang utgör den *rättsdogmatiska* tolkningens ändamål och poäng. I *rättspraxis* är ändamålet mer begränsat. Endast de rättsnormer harmoniseras som tillämpas på det ifrågavarande konkreta fallet. Harmoniseringen kan då *försämra* deras sammanhang med *andra* rättsnormer. Vidare harmoniseras rättsnormerna endast i den mån som fallet kräver. Den tolkning som ökar deras inbördes sammanhang i det ifrågavarande fallet kan minska det i ett annat fall.

3.10.3 Kollisionsnormer

Följande kollisionsnormer hjälper jurister att harmonisera oförenliga rättsnormer.

A HUVUDREGLER

Om två rättsnormer är oförenliga bör det problemet lösas, antingen genom att de omtolkas (och därmed harmoniseras) eller genom att den ena ges företräde framför den andra.

När det gäller *principer* är harmonisering lättare att åstadkomma än en bestämd prioritetsordning. Det är således lättare att ständigt beakta både frihets- och jämlikhetsprincipen än att motivera den enas absoluta företräde framför den andra.

En harmonisering respektive rangordning av de ifrågavarande rättsnormerna bör ske med stöd av universella skäl, vilka även är tillämpliga vid övriga normkollisioner liksom i andra sammanhang.

Denna kollisionsnorm uttrycker den viktiga principen »lika skall behandlas lika».

B HARMONISERINGSREGLER

Om möjligt bör olika rättskällor tolkas så att de blir förenliga med varandra. Lag-, rättsfalls- och förarbetstolkning bör anpassas ömsesidigt. Jfr Aarbacke 1966, 499 ff.

En harmonisering är således ofta viktigare än en rangordning.

Om tillämpning av olika lagtolkningsmetoder på samma situation vid första påseende leder till oförenliga resultat, bör en omtolkning ske. Om möjligt bör då de olika metoderna jämkas samman på så sätt, att oförenligheten försvinner.

Observera att denna kollisionsnorm bygger på möjligheten att lagtolkningsläror kan harmoniseras.

C PRIORITETSREGLER

Om starka skäl talar mot en harmonisering av olika rättskällor bör följande rangordning beaktas. De rättskällor som skall beaktas som auktoritetsskäl (t.ex. lagen) har *prima facie* företräde framför dem som enbart bör beaktas (t.ex. prejudikat) och dessa framför dem som blott får åberopas (t.ex. doktrinen). Endast starka skäl kan motivera avsteg från denna prioritetsordning.

Man måste således anföra starka skäl för att t.ex. ge prejudikat företräde framför lagens klara ordalydelse. Inga skäl behövs däremot för att t ex sätta en klar lagtext före lagförarbeten.

Om en norm av lägre dignitet strider mot en norm av högre dignitet skall den senare följas.

Jfr den latinska maximen *lex superior derogat legi inferiori.*

Den konkreta rättsordningen måste då besvara sådana frågor som följande.

Vilken är den exakta normhierarkin?

Är en lägre norm, oförenlig med en högre, en nullitet?

Kan den ogiltigförklaras?

Bör den tolkas restriktivt?

En särskild betydelse har domstolarnas lagprövningsrätt, jfr avsnitt 1.4.1I ovan.

Den svenska normhierarkin är i viss mån oklar till följd av att Europakonventionens införlivande med svensk rätt blivit en »halvmesyr» (jfr Bernitz 1994). I regeringsformens 2:a kapitel har ett nytt stadgande införts (23 §) som anger att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid mot åtaganden enligt Europakonventionen. I propositionen (1993/94:117 s. 53–54) uttalas att bestämmelsen grundar domstolarnas lagprövningsrätt enligt 11 kap. 14 § regeringsformen, nämligen om en av riksdagen beslutad inhemsk lag »uppenbart» strider mot konventionen. Följande invändningar kan riktas mot denna lösning.

- Trots att konventionen därmed fick samma tyngd i den juridiska argumentationen som de svenska grundlagarna har lagstiftaren inte givit konventionen status som en grundlag. Är detta konsekvent?

- Europakonventionen är en integrerad del av EG/EES-rätten. Som sådan har den företräde framför inhemsk lagstiftning, utan att uppenbarhetsrekvisitet gäller. Följaktligen har konventionen »en haltande status, starkare såsom i Sverige tillämplig EG/EES-rätt än såsom intern rätt. Såsom en anmärkningsvärd konsekvens av detta blir rättighetsskyddet på det i vid mening ekonomiska området i viss mån starkare i Sverige än inom andra områden, något som knappast är lätt att rationellt motivera» (Bernitz 1994, 268).
- Uppenbarhetsrekvisitet begränsar de svenska domstolarnas lagprövningsrätt i ljuset av konventionen, men inte Europadomstolens. Inte heller denna distinktion är lätt att motivera rationellt.

Om en tidigare lagregel är oförenlig med en senare bör den senare tillämpas. Jfr den latinska maximen *lex posterior derogat priori.*

En mindre generell lagregel bör uppfattas som ett undantag från en mer generell, med denna oförenlig lagregel.

Jfr den latinska maximen *lex specialis derogat legi generali.*

En »falskdeklarant» svarar således enligt 2–4 §§ skattebrottslagen, inte enligt 9 kap. 1 § brottsbalken, trots att en bokstavstolkning av den sistnämnda bestämmelsen omfattar skattebedrägeri.

Ibland är det emellertid svårt att bestämma vilken lag som är mer generell. Ömsom besvaras frågan uttryckligen av lagens ordalydelse genom användning av sådana ord som »dock», »med mindre», »bortsett från» och liknande. Ibland är läget säkert, även om sådana ord inte används. Så är fallet främst då den ena lagens tillämpningsområde helt omfattas av den andra. Således är t.ex. 3 kap. 3 § brottsbalken (om barnadråp) ett undantag från mordparagrafen (3 kap. 1 §). I andra fall är förhållandet mindre säkert.

Gäldenär som då konkurs är förestående betalar eller ställer säkerhet för borgenärs fordran och därigenom avsevärt förringar övriga borgenärers rätt, dömes jämlikt 11 kap. 4 § brottsbalken. Men en arbetsgivare som underlåtit att inbetala skatt som innehållits för annan, dömes jämlikt 81 § uppbördslagen. Är då brottsbalkens bestämmelse ett undantag från uppbördslagens eller tvärtom?

Jfr även SvJT 1958, 63.

Om en tidigare men mindre generell lagregel är oförenlig med en senare tillkommen men mer generell sådan bör den tidigare tillämpas.

Jfr den latinska maximen *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali.*

Växellagen från 1932 är alltså ett undantag från skuldebrevslagen från 1936, eftersom växel är ett slags skuldebrev. Vid kollision går således växellagen före den senare tillkomna skuldebrevslagen.

Kollisionsnormen *lex specialis* är på så vis viktigare än *lex posterior*. Men vissa skäl kan ändå medföra en omvänd prioritetsordning.

De ifrågavarande kollisionsnormerna fyller en funktion vid ettfallskollisioner och en annan vid flerfallskollisioner. »Ettfallskollision mellan två regler är... ett problem, som endast kan lösas genom att endera regeln *definitivt* antingen helt derogeras... eller delvis derogeras, dvs. reduceras... Vid flerfallskollision, däremot, är det... blott... fråga om... att uppställa en preferensordning för deras tillämpning. Reglerna i fråga skall ju även i framtiden vara tillämpliga på exakt samma slags fall som tidigare» (Frändberg 1984, 95). Endast när reglerna *råkar* uppträda i en och samma tillämpningssituation måste rättstillämparen för konsekvensens skull underlåta att tillämpa någondera. »Vid ettfallskollision är det fråga om ett genuint regelval, *en regelinskränkning*, vid flerfallskollision åter om ett regelval, som skulle kunna karakteriseras som *en tillämpningsinskränkning*» (id.).

Om det inte är möjligt att harmonisera olika prejudikat bör deras prioritetsordning bestämmas, varvid följande hänsyn bör tas:

De högsta instansernas domar har en högre dignitet än de lägre instansernas; denna särställning gäller främst högsta domstolen och regeringsrätten, men även specialdomstolarna såsom arbetsdomstolen, bostadsdomstolen och marknadsdomstolen.

Bland högsta domstolens avgöranden är de viktigast som fattas i plenum.

Notisfall har lägre dignitet än refererade fall.

Har en fråga inte avgjorts i en högsta instans, bör också en dom av en hovrätt eller kammarrätt tillmätas ett visst prejudikatvärde.

Ett publicerat hovrättsfall har i princip en större betydelse än ett opublicerat.

En serie avgöranden, som utgör stadgad praxis, har större betydelse än enstaka prejudikat.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger en sådan praxis tyngre, ju längre tid den har varat, ju fler prejudikat den omfattar, och ju bättre dessa motiverats.

Gamla prejudikat, som inte bekräftats av nya, har i princip lägre dignitet än nya.

Ett prejudikats värde är relativt mindre, om meningarna inom domstolen varit delade eller om prejudikatet starkt kritiserats.

Ett prejudikats värde är relativt större, om det finns ett starkt behov av att få en rättslig reglering på det ifrågavarande området, om lagstiftning t.ex. saknas.

Alla dessa hänsyn har en *prima facie*-karaktär, dvs. de bör tas om inte andra skäl väger tyngre.

Denna kollisionsnorm är viktigare, ju fler prejudikat som finns på ett visst område. Utan en sådan norm skulle stora prejudikatsamlingar kunna betraktas som ett slags »juridiskt varuhus» där alla »varor» finns att »köpa» efter beslutsfattarens fria bedömning.

Lars Heuman har visserligen kritiserat uppfattningen att ett prejudikats värde är relativt mindre, om meningarna inom domstolen varit delade eller om prejudikatet starkt kritiserats. Enligt hans uppfattning kan man »fråga sig vad som avses med uttrycket *lågt prejudikatvärde* och om en rättsosäkerhet kan skapas genom dissenser» (Heuman 1992, 208). Vidare har han åberopat rättsfall (NJA 1987 s. 992 och NJA 1988 s. 521) som »visar att justitieråden i konsekvensens namn inte var beredda att avvika från en etablerad rättsprincip när den motsatta lösningen var att föredra enligt deras personliga meningar» (id. 212). Heuman har så till vida rätt att även sådana prejudikat *prima facie* bör följas. *Alla* prejudikat kan emellertid sättas ur spel med stöd av övervägande motskäl. Starkt kritiserade prejudikat och prejudikat med dissenser har ett (allt annat lika) lägre prejudikatvärde, eftersom de får åsidosättas med stöd av något svagare motskäl än de som motiverar åsidosättande av andra prejudikat.

Om det inte är möjligt att harmonisera olika delar av lagförarbeten bör följande *prima facie* prioritetsordning antas:

Riksdagsutskottets betänkanden, lagrådets yttranden och departementschefens anföranden går före övrigt material.

Oförenligheten försvagar auktoriteten hos alla de oförenliga uttalandena i förarbetena; den största betydelsen har således de icke emotsagda uttalandena.

Rangordningen är emellertid inte helt klar. Enligt den traditionella svenska rättskälleuppfattningen hade lagrådets yttranden en mindre vikt än riksdagsutskottets betänkanden och departementschefens anföranden.

Jfr t.ex. följande bedömning: »Den största sakkunskapen representeras ofta av kommittén (arbetsgruppen). Å andra sidan är kommitténs förslag endast preliminärt och kan ändras på senare stadier. Lagarnas beredning kan sägas ha formen av

en fortlöpande debatt, där senare deltagare har möjlighet att godkänna eller förkasta vad som tidigare anförts. Därför är det naturligt om störst vikt i princip läggs vid vad utskottet har sagt; därefter kan propositionen, lagrådets yttrande, lagrådsremissen och kommittébetänkandet beaktas i nämnd ordning... När det gäller den inbördes rangordningen mellan de olika delarna i ett lagförslag, är det en vanlig uppfattning att den allmänna motiveringen oftast har högre dignitet som rättskälla än specialmotiveringen» (Lehrberg 1992, 88).

Ytterst gäller frågan rangordningen mellan politikernas och juristernas åsikter.

3.10.4 Kollisionsnormers prima facie-karaktär Kollisionslösning i konkreta fall

Kollisionsnormerna har emellertid *prima facie* karaktär: Varje sådan norm kan sättas ur spel i ett eller flera med varandra besläktade fall om tillräckligt starka skäl motiverar det. *Sedvanerättslig praxis* på ett visst område kan sålunda komma att strida mot den ifrågavarande kollisionsregeln.

Antag att två bestämmelser, »Kungaregeln» och »Regeringsregeln», kolliderar med varandra. Den förra har meddelats i grundlagen, den senare i en vanlig lag. Kungaregeln ger kungen en mycket stark ställning, jfr t.ex. 4 § av den gamla regeringsformen (upphävd 1969): »Konungen äger att allena styra riket...». Regeringsregeln ger däremot regeringen, inte kungen, hela verkställighetsmakten. Kollisionsnormen *lex superior* bestämmer att Kungaregeln tack vare sin högre dignitet går före Regeringsregeln, varav följer att kungamakten trots allt bör ta över. Kungaregeln är emellertid uråldrig och överspelad. Såväl myndigheternas som de enskildas uppträdande i ett stort antal fall visar att den inte längre accepteras. Författningsrättslig praxis följer inte längre denna regel. Etablerade etiska värden, rättsprinciper och rättsregler har förlorat allt samband med den. Kungaregeln motsvarar således inte folkets uppfattning om det legitima statsskicket. Till sist sätts den ur spel genom en märklig tolkning: Ordet »Konungen» jämställs med »kunglig majestät» och tolkas som »regeringen».

Då två rättsregler kolliderar med varandra kan den ena ha företräde trots den andras *prima facie* stöd hos den ifrågavarande kollisionsnormen. Företrädet stöder sig på

- att den »vinnande» regeln bättre hänger samman med olika generella värden, rättsprinciper och rättsregler; samt

- att ett antal konkreta fakta värderas och konkreta fall löses i överensstämmelse med den.

Kollisionsnormerna kan sålunda såväl motiveras av som konkurrera med konkreta värderingar.

Närmare bestämt har en viss *tolkning* av den »vinnande» regeln företräde framför
- dess andra tolkningar och
- alla rimliga tolkningar av den konkurrerande regeln.

Anta att de i fallet föreliggande fakta kan bedömas i överensstämmelse med två kolliderande regler, R1 och R2. R1 kan tolkas på tre olika sätt, R1a, R1b och R1c, medan R2 kan tolkas på två sätt, R2a och R2b. Anta vidare att tolkningen R2a motsvarar den bästa värderingen av de ifrågavarande fakta. Tolkningen R2a erhåller sålunda företräde framför såväl R2b som R1. Kollisionen mellan reglerna avgörs då *i detta fall* till R2:s förmån. Sker så i *många* fall kan det generellt fastslås att R2 går före R1. Om en kollisionsnorm ändå ger företräde åt R1 måste den kanske ändras.

I andra fall har emellertid regeln R1, inte R2, en tolkning (t.ex. R1b) som bäst motsvarar den konkreta faktavärderingen. Dessa fall stöder den ifrågavarande kollisionsnormen som ger företräde åt R1.

Konkurrensen mellan konkreta värderingar och abstrakta kollisionsnormer avgörs av en samlad avvägning. Är den rättsliga kulturen så pass abstrakt som den tyska eller franska får kollisionsnormerna en större vikt än i mer rättsfallsinriktade rättssystem, som det engelska eller amerikanska.

3.11 Rättskällor och rättssäkerhet

En genomgång av rättskälle- och kollisionsnormerna stöder följande slutsatser.

Användningen av rättskällor i juridisk argumentation är legitim eftersom den så pass väl bidrar till rättskipningens och myndighetsutövningens förutsebarhet och etiska godtagbarhet, att det uppstår en ordning som *prima facie* är bättre än kaos. En sådan ordning utgör en betingelse för människors gemensamma livsform, den har moralbildande verkan osv., se avsnitt 6.1.5 nedan.

Det ovan sagda är möjligt eftersom användning av rättskällor underkastas rättskälle- och kollisionsnormerna. Dessa bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation. Olika rättskällor, såsom lagen,

prejudikat, lagens förarbeten m.m. har m.a.o. en *särställning* i juridisk argumentation. I sådana rättssystem som det svenska kan denna särställning graderas varvid lagen intar den främsta platsen. I *rutinfall* är rättskällornas (främst lagens) särställning starkast. Rättskälle- och kollisionsnormerna bestämmer således en hierarki av rättskällor. Förvisso har denna hierarki en *prima facie*-karaktär; en avvägning i ett konkret fall kan sålunda motivera en slutgiltig prioritetsordning mellan rättskällorna som avviker från deras *prima facie*-hierarki. Om någon sätter en mindre viktig rättskälla före en viktigare sådan, måste han emellertid ge goda juridiska argument för detta. På så vis bidrar denna hierarki till att göra den juridiska argumentationens resultat i hög grad kontrollerbart och förutsebart. Därmed bidrar den till rättssäkerheten.

Olika rättskällor bidrar till rättssäkerhet på olika sätt. Lagarnas roll i detta sammanhang är uppenbar. Prejudikat bidrar till rättstillämpningens uniformitet och därmed ökar både dess förutsebarhet och dess etiska godtagbarhet. Uniformiteten främjas även genom att alla som tolkar lagen beaktar samma förarbeten, förutsatt att dessa har ett rikare innehåll än själva lagen.

Förarbetenas roll i detta sammanhang är förvisso mer omstridd. Det har hävdats att lagmotivens alltför stora roll vid lagtolkningen äventyrar rättssäkerheten. Detsamma kan sägas om vissa andra komponenter av Sveriges komplexa rättskällelära. Bidrar t.ex. olika slags institutionella rekommendationer, såsom riksskatteverkets anvisningar, konsumentverkets riktlinjer, bankinspektionens etikmeddelanden m.m. till myndighetsutövningens förutsebarhet? En klar och detaljerad lagtext är ofta en fastare grund för förutsebara beslut än en rik flora av sinsemellan konkurrerande rättskällor. De sistnämnda är ibland mindre klara än lagtexten. Lagtexten är dessutom mer lättillgänglig än andra rättskällor. Vidare kan det flitiga bruket av andra rättskällor medföra att lagstiftningens kvalitet sjunker, eftersom lagstiftaren kan förlita sig på förarbetena m.m.

Sådana invändningar riktar sig emellertid inte mot den komplexa rättskälleläran i sig, utan endast mot lagstiftarens oskickliga användning av den. Ett komplext rättskällesystem *kan* medföra att myndighetsutövningens förutsebarhet *ökar*, om såväl lagen som andra rättskällor håller hög standard. Att principiellt invända mot rättskällelärans ökade sofistikering påminner i viss mån om en primitiv motvilja mot tekniska innovationer. Förvisso kan flera fel göras då man bygger datorer än då man tillverkar pennor. Därav följer emellertid inte att man borde skrota ordbehandlaren.

Följande tes är sålunda rimlig.

Rättssäkerhetstes 3. Trots sin *prima facie*-karaktär som nödvändiggör avvägningar är rättskälleläran så pass bestämd att dess inverkan på den juridiska argumentationen bidrar till att den kan uppfylla rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

4 kap. Argumentationen

4.1 Svåra fall

4.1.1 Rättstillämpning i rutinfall och i svåra fall

Härmed har vi närmat oss den viktiga frågan om etiska värderingars roll i juridisk argumentation.

A INLEDNING – BEGREPPET RÄTTSTILLÄMPNING

Framställningen gäller först och främst juridisk argumentation vid *rättstillämpning*. Det förutsätts en rättstillämpningsteori som utgår från följande antaganden.

- Rättstillämpning består av avgöranden som stöder sig på en lag eller i viss mån också på andra rättskällor, såsom prejudikat, lagars förarbeten, sedvana, doktrin m.m.

Rättstillämpning består således av domstolars och myndigheters avgöranden. Rättsdogmatiker, advokater och andra tillämpar rätten blott i en svag mening. De kan inte avgöra några fall men kan ge myndigheterna rekommendationer, råd och skäl avseende frågan hur ett verkligt eller tänkt fall bör avgöras.

- I svåra fall tolkas rättsnormerna inte blott i ljuset av det naturliga språkbruket utan även med beaktande av vissa värderingar.
- Ändå kan rättstillämpningen framställas som en logiskt korrekt slutledning.

Begreppet rättstillämpning kan preciseras så här.

1. En rättsregels innebörd fastställs genom tolkning som beaktar såväl naturligt språkbruk som särskilda juridiska begrepp, argument och metoder.

Ordet »rättsregel» betecknar här en bestämd rättslig normsats, t.ex. en lagbestämmelse eller mening i en viss rättslig sedvana, *inte* någon »fullständig» rätts-

norm, t.ex. enligt Tore Strömbergs lära, se avsnitt 2.6.3 ovan och Strömberg 1991, 462.

2. Rättsregeln används vid avgörandet av det aktuella fallet (jfr Peczenik 1974, 54 ff.; Agge 1969, 63).

Användningen omfattar följande tankeled:

Andra relevanta rättsnormer och värdesatser beaktas. Vid tillämpning av en straffbestämmelse måste t.ex. hänsyn tas till frågan om uppsåt.

Fakta i målet sovras och fastställs.

Fallet subsumeras under rättsregeln.

Rättsföljden i det konkreta fallet preciseras, t.ex. att den som gjort sig skyldig till ett brott döms till två års fängelse.

Beslutsfattare genomför i många fall alla dessa tankeoperationer, men det går inte att generellt säga i vilken ordning. Tankeleden återkommer flera gånger och påverkar varandra. Jfr t.ex. Esser 1972, 82.

B SUBSUMTION I RUTINFALL

Värderingar spelar ingen roll i rutinfall. Beakta t.ex. följande fall. Kalle lämnar sin bil på en avgiftsbelagd parkeringsplats utan att betala avgiften. En parkeringsvakt kommer och Kalle måste betala felparkeringsavgift. Parkeringsvaktens beslut kan motiveras som följer:

Premiss 1 (allmän regel)	Om parkeringsvakt påträffar bil som är parkerad på avgiftsbelagd plats utan att avgiften är betald, skall han avkräva bilägaren en felparkeringsavgift om 150 kr.
Premiss 2 (faktabeskrivning)	Parkeringsvakt Svensson har påträffat Kalles bil på avgiftsbelagd plats utan att avgiften är betald.
– – –

faktabeskrivningen uppfattas som så pass klara, att den ifrågavarande logiska relationen föreligger. Kanske skapas denna klarhet av lagtolkaren, genom en spontan precisering av språkliga uttryck. Men preciseringen tas för given, utan tvekan, utan argumentation.

C SVÅRA FALL

För att tillämpa en rättsregel på ett svårt fall måste man däremot tillägga något mer. Ett fall är svårt, om dess lösning *inte* följer av en satsmängd som *endast* omfattar en lagregel och en faktabeskrivning (jfr Dworkin 1977,81). Fallet innebär m.a.o. »ett etiskt dilemma eller åtminstone ett svårt etiskt övervägande» (Morawetz 1980, 90).

Fast de flesta rättsfall är rutinartade inriktas denna bok främst på svåra fall. För att förstå rutinfallen behöver juristen inte några avhandlingar i allmän rättslära.

D SUBSUMTION I SVÅRA FALL

Subsumtion i ett svårt fall innebär att fallets lösning logiskt följer av en satsmängd som omfattar

- en rättsregel,
- en faktabeskrivning och
- en värdering eller ett annat tillägg som är rimligt men som kan ifrågasättas.

Observera att den i ett svårt fall åberopade rättsregeln inte behöver sammanfalla med en lagparagraf, annan föreskrift eller ens en sammanställning av sådana, utan kan vara ett resultat av en tolkningsvis ändring av denna. En sådan ändring ingår i rättstillämpningens första steg medan subsumtion ingår i dess andra steg *(se* punkt A ovan och avsnitt 4.1.8–9 nedan).

Trots att fallet är svårt innebär sålunda subsumtionen att en *logisk* relation fastställs, jfr Alexy 1989, 221 ff. och 1980, 192; jfr Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 154 n. 66.

Fallets utgång följer sålunda av en *kedja* satser. Kedjan omfattar fler länkar än blott lagen och fakta i målet. Subsumtion i svåra fall kan därför betecknas som en *kedjesubsumtion*.

4.1.2 Exempel 1. Mångtydighet

Svåra fall uppstår till följd av olika ting, såsom lagspråkets oklarhet, samhälleliga förändringar och maktdelning mellan lagstiftaren och domstolarna. Låt mig börja med språket.

Orden »en» och »att» är tvetydiga eftersom de både kan utgöra räkneord och ange obestämd artikel. I äldre lagstiftning har de använts endast i den förstnämnda funktionen. Obestämd artikel har undvikits. På senare tid har dock obestämd artikel börjat sättas in i lagar. Detta medför ibland tvetydighet.

Lehrberg (1992, 73) ger följande exempel. »I 1:1 äktenskapsbalken... stadgas... att äktenskap ingås 'mellan en man och en kvinna'. Det ligger nära till hands att anta att 'en' här är obestämd artikel. Men av förarbetena framgår att detta... ord är avsett att uttrycka... regeln att äktenskapet skall vara monogamt (se Prop. 1986/87:1 s. 112, jämför s. 252). Även i 6:3 lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, där det anges att styrelsen skall utse 'en' verkställande direktör, är en antalsangivelse avsedd, trots att samma ord eljest i kapitlet brukar ange obestämd artikel».

Ett annat intressant exempel avser orsaksbegreppet. NJA 1950 s. 650. En person påkördes av en bil och skadades så att han blev arbetsoförmögen under en tid. Kort därefter drabbades han av ett magsår, som inte hade något samband med olyckan, och blev arbetsoförmögen även av denna anledning.

Meningarna i HD var delade. Med stöd av processuella regler utdömdes ersättning endast för den del av förlusten för vilken magsåret inte varit någon tillräcklig betingelse. Bilolyckan var inte någon nödvändig orsak till den andra delen av förlusten, eftersom även magsåret var en tillräcklig orsak till denna. Den principiella frågan var således huruvida man är skadeståndsskyldig då ens handling varit en tillräcklig men inte nödvändig skadeorsak. Svaret på denna fråga framgick inte av då gällande lagstiftning. (Det framgår inte heller av skadeståndslagens ordalydelse. »Var och en som... vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan...»; SkL 2:1).

Ordet »vållar» är mångtydigt, dvs. har följande två betydelser: (1) »gör något som är nödvändigt för att skadan skall inträffa», och (2) »gör något som är tillräckligt för att skadan skall inträffa – oavsett huruvida det är nödvändigt därför».

Ett *lexikaliskt mångtydigt* ord har mer än en betydelse. Ordet »liv» är sålunda lexikaliskt mångtydigt, eftersom det kan betyda t.ex. »biologiskt liv», »livshistoria», »busliv», »blusliv» osv. Men det lexikaliskt mångtydiga ordet »liv» är ändå kontextuellt entydigt om det används i ett betänkande om dödsbegreppet. Då kan man ju knappast tolka det som »blusliv» eller

»busliv». Ordet »vålla» är emellertid kontextuellt mångtydigt i skadeståndslagens kontext, eftersom det i denna kontext åsyftar antingen nödvändig orsak eller tillräcklig orsak. Det är typiskt för ett kontextuellt mångtydigt ord, att man inte kan vara säker på vilken av dess betydelser som är den riktiga i det aktuella fallet. Jfr Evers 1976, 16-19; Andersson och Furberg 1984, 111-121 och 134-138; Eckhoff 1993, 48-52.

4.1.3 Exempel 2. Vaghet

NJA 1979 s 666. En småföretagare ingick ett köpeavtal med ett storföretag. I avtalet fanns det en föga framträdande klausul om att »tvister i anledning av detta avtal... skola avgöras... efter säljarens (dvs. storföretagets) val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag». Småföretagaren stämde storföretaget, vilket dock ansåg att tvisten borde avgöras genom skiljedom och yrkade att talan skulle avvisas.

Är skiljedomsklausulen ett oskäligt avtalsvillkor som i enlighet med 36 § avtalslagen bör lämnas utan avseende? Uttrycket »oskäligt avtalsvillkor» är vagt. Slutsatsen att villkoret är oskäligt kan visserligen stödas på att det är ett avtalsvillkor som kan medföra att en ekonomiskt svagare part »betas möjligheten att få sin rätt prövad» (s 669), bl.a. genom de höga kostnader som kan vara förenade med skiljeförfarandet. Men det sistnämnda uttrycket är också vagt. Det är bl.a. oklart vad orden »betas möjligheten» egentligen betyder. Inte heller är det klart hur stor skillnad mellan parternas ekonomiska styrka som förutsätts, osv.

Ett *lexikaliskt vagt* ord har en oskarp betydelse. Man kan kanske ange vad som med säkerhet täcks av ordet och vad som med säkerhet inte gör det, men det finns även fall som möjligen täcks. Ordet »skog» är sålunda lexikaliskt vagt, eftersom man inte generellt kan säga hur många träd det krävs för att vi skall ha att göra med en skog.

Ett lexikaliskt vagt ord kan erhålla en exakt mening, om det sätts in i ett visst sammanhang. Ordet är då *kontextuellt exakt*. En karta kan t.ex. visa att ett visst område utan tvekan är en skog.

Se Evers 1970, 16.

4.1.4 Värdeöppenhet

De mångtydiga och vaga ord som förekommer i juridiska sammanhang är ofta värdeöppna (jfr Alexy 1980, 190 ff. och Koch 1977, 41 ff. Se även Moore 1981, 167 ff.). Man måste tillämpa värderingar för att t.ex.

bestämma vilka avtalsvillkor som är »oskäliga», eller vilka slags skadeorsaker som medför ersättningsskyldighet för »vållande» av en skada.

Ett värdeöppet ord har följande egenskaper.

1) Det har en viss praktisk mening.

Den som t.ex. kallar något avtalsvillkor för »oskäligt» uttrycker eller uppmuntrar en negativ inställning till det »oskäliga» villkoret.

2) Det har även en viss teoretisk mening: man kan beskriva vissa omständigheter eller kännetecken som antyder vad som täcks av ordet.

Den omständigheten att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad antyder sålunda att ett avtalsvillkor är oskäligt.

3) Det finns flera sådana kännetecken att ta fasta på.

Flera olika omständigheter kan t.ex. antyda att ett avtalsvillkor är oskäligt.

4) Dessa kännetecken kan var för sig vara vaga.

Det är bl.a. oklart vad orden »betas möjligheten att få sin rätt prövad» betyder i alla tänkbara fall.

5) För att bestämma vad som täcks av ett värdeöppet ord måste man därför göra en avvägning varvid betydelsen av olika omständigheter värderas.

Värdeöppenhet förekommer inte blott vid generalklausuler utan även i samband med skenbart klara men faktiskt mångtydiga ord. Transplantationslagen ställer vissa villkor för ingrepp som företas »på avliden person». Skall hjärtdöd eller hjärndöd vara ett tillräckligt villkor för livets upphörande? Lagstiftaren eller juristen måste välja mellan dessa alternativ. Valet måste motiveras med en avvägning mellan olika argument. Som bekant har frågan behandlats av en omfattande utredning (SOU 1984:79) som resulterat i en legaldefinition: En människa är död när hjärnans samtliga funktioner totalt och oåterkalleligt har fallit bort.

Värdeöppenhet uppfattas här som ett särfall av vaghet eller mångtydighet. Visserligen gör vissa filosofer en distinktion mellan dessa företeelser. Det kan t ex antas att vaghet och mångtydighet endast beror på *språket* medan värdeöppenhet beror på *värderingarnas* väsen. Vaghet och mångtydighet kan då elimineras genom att språket förbättras, görs mer exakt. Värdeöppenhet kan däremot aldrig elimineras genom rent språkliga medel. Jag finner emellertid inte några skäl för att införa sådana distinktioner.

För att kringgå den terminologiska tvisten kan man i stället för termen »vaghet» använda mer eller mindre konstgjorda ord som »öppen vävnad» (»open texture», Hart 1961, 121 ff.) eller »fuzziness» (»luddighet», se Peczenik och Wróblewski, 24 ff.).

4.1.5 Exempel 3. Analogislut

Pelle har genom hot med pistol tilltvingat sig pengar i en bank. Senare har pistolen visat sig vara en leksak. Gärningen bedömdes trots detta i NJA 1956 C 187 såsom rån.

Ränbeskrivningen i BrB 8:5 innefattade vid denna tidpunkt endast uttrycket »innebär trängande fara», ännu utan tillägget »framstår för den hotade som trängande fara». Domen kan motiveras genom följande kedjesubsumtion.

Premiss 1 (BrB 8:5, dåvarande lydelse)	Den som stjäl... medelst hot som innebär trängande fara... dömes för rån.
Premiss 2 (faktabeskrivning)	Pelle har tilltvingat sig pengar genom hot som inte inneburit någon fara men som för den hotade framstod som trängande fara.
Premiss 3 (en tillagd norm)	En stöld som för den hotade framstår som innebärande trängande fara skall bedömas på samma sätt som en stöld medelst hot som verkligen innebär trängande fara.
Slutsats	Pelle skall dömas för rån.

Premiss 3 är en norm som kan motiveras på t.ex. följande sätt.

a) En omedelbar etisk värdering. Det är lika förkastligt att stjäla genom verkligt hot som genom ett hot som uppfattas som verkligt.

b) En konsekvensvärdering. Den sistnämnda motiveringen innehåller två komponenter:

Den första är en förutsägelse av konsekvenser. Det är farligt att uppmuntra rånare att använda leksakspistoler och således invagga de potentiella offren i den falska säkerheten att vid bankrån nyttjade pistoler kan vara leksaker. De kan då lätt vägra lyda rånaren och kanske bli skjutna om pistolen visar sig vara riktig.

Den andra komponenten är en etisk bedömning av konsekvenserna som förkastliga.

Exemplen är givetvis inte fullständiga. Man måste även beakta att straffskalan för grov stöld och rån har samma maximum. Var det inte tillräckligt att döma Pelle för grovt stöld? Även andra skäl kan anföras.

Strömberg (1991, 462) har missuppfattat det ovanstående och invänt följande: »Peczenik... framställer domslutet som ett resultat av en 'subsumtion'... Detta blir

skenbart möjligt genom att han som 'premiss 3' skjuter in 'en tillagd norm'. Denna premiss är i själva verket en ny, utvidgad översats, som sätter den ursprungliga översatsen, rånparagrafen, ur spel. Domstolens resonemang var alltså inte någon subsumtion under en förut given regel.» Jag kan emellertid inte förstå hur en utvidgning av en paragrafs tillämpningsområde kan sätta den ur spel. Paragrafen fortsätter att tillämpas på de »gamla» fallen. Att den tillika tillämpas på ytterligare fall ändrar ingenting. Strömbergs synsätt är mycket naturligare vid ett *annat* problem, nämligen då en regel *inskränks* genom undantag, se avsnitt 4.1.8 och 8.5.2D nedan. Subsumtionens »översats» måste då bestå av den således modifierade regeln.

4.1.6 Exempel 4. Ett val mellan olika tillämpliga lagbestämmelser

Pelle bryter sig in på Kalles kontor, ger honom en örfil, går febrilt igenom alla handlingar och skapar fullständigt kaos bland Pelles räkenskaper.

Gärningen passar under två lagbestämmelser, BrB 3:5 (misshandel) och samtidigt BrB 8:8 2 st. (grovt egenmäktigt förfarande). Pelle skall dock dömas för grovt egenmäktigt förfarande, inte för misshandel.

Valet är förbundet med värderingsfrågor. Hur vet man t.ex. att straffet för grovt egenmäktigt förfarande kan tillåtas »konsumera» straffet för misshandel? Vid avgörandet av denna värderingsfråga får domstolen lita dels till vissa etablerade normer, uttryckta t.ex. i brottsbalken eller dess kommentar, dels till egna värdeomdömen. Se vidare Frändberg 1984, 84 ff.; Jareborg 1979, I 82 ff. och s. 160; Beckman o.a., 106. Jfr SvJT 1966 rf 57.

Sådana valproblem uppstår inte bara i straffrätten – där man som bekant brukar tala om olika former av lag- och brottskonkurrens – utan även i andra delar av rättsordningen. Den internationella privaträtten behandlar främst valet av tillämplig lag och även inom t.ex. civilrätten ställs man ofta inför problemet vilken av flera rättsnormer som skall tillämpas på ett givet fall.

4.1.7 Ett val mellan olika rättsföljder

Som bekant måste domstolen ofta välja mellan olika rättsföljder (jfr Rödig 1973, 174 ff.; Wróblewski 1974, 44 ff.). Den som gjort sig skyldig till grov misshandel döms t.ex. i ett visst fall till två års fängelse och inte till fem års fängelse. Även detta val är sammanbundet med värderingsfrågor, varvid domstolen får lita dels till vissa etablerade normer, dels till egna

värdeomdömen. Bland de förstnämnda kan man uppmärksamma brottsbalkens olika bestämmelser om de allmänna och särskilda grunderna för påföljdsval respektive straffmätning. Däri ingår en uppräkning av straffvärdeminskande respektive straffvärdeökande omständigheter. Men denna uppräkning är inte uttömmande. Man måste kunna tillåta domstolarna att beakta nya och oförutsedda omständigheter.

Valet mellan olika rättsföljder förekommer även i andra delar av rättsordningen. Ett oskäligt avtalsvillkor kan t.ex. i enlighet med 36 § avtalslagen jämkas eller lämnas utan avseende. Vid valet mellan dessa två möjligheter måste domstolen sammanjämka olika hänsyn avseende avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. Avvägningen kräver självfallet ett värdeomdöme.

4.1.8 Regel och undantag

Man får t.ex. inte döda människor. Regeln förbjuder *prima facie* allt dödande men för att slutgiltigt konstatera att en viss individ inte får dödas måste man även beakta andra regler, vilka bl.a. bestämmer att den som handlar i nöd skall vara fri från ansvar.

Det naturliga sättet att bestämma sådana undantag är att beakta andra regler, såsom nödbestämmelsen i 24 kap. 4 § brottsbalken. I vissa fall måste man emellertid utföra *avvägningar*. Kan t.ex. dödshjälp uppfattas som ett ansvarsfritt dödande i moralisk nöd?

Vissa logiska problem avseende regler och undantag berörs i korthet i avsnitt 8.5.2D nedan.

4.1.9 Exempel 5. Obsolet lag

I extrema fall är den en gång etablerade regeln inte endast behäftad med undantag utan den är helt överspelad.

Pelle tillverkar korv med vissa tvivelaktiga kemiska tillsatser och bryr sig inte om viss myndighets godkännande enligt livsmedelslagen. Kalle köper varan. En nitisk åklagare åtalar köparen med stöd av HB 1:10 som har följande lydelse: »De varor som av stadens vräkare böra skådas och prövas, må köparen ej taga till sig, förr än det skett är; eller böte köparen och säljaren, vardera tio daler». Jfr Strömholm 1988, 314 ff.

Visserligen finns det inte längre några vräkare, men man kan mycket väl tänka sig att de nuvarande behöriga kontrollmyndigheterna anses mot-

svara dessa. Eller är stadgandet obsolet, dvs. så uråldrigt och överspelat att domstolarna får bortse från det? Eller föreligger det en sedvanerättslig giltighetsförlust?

Den process genom vilken ett stadgande sedvanerättsligt förlorar giltighet kräver en viss tid. I början har domstolarna en benägenhet att regelbundet »glömma» stadgandet, dock utan att helt utesluta den rättsliga möjligheten av dess tillämpning i andra fall. Senare kan man emellertid finna att inga skäl längre motiverar någon sådan obestämdhet. Stadgandet har slutgiltigt förlorat sin giltighet (genom s.k. *desuetudo derogatoria*, jfr Peczenik 1974, 38 och 51).

Redan ett »bortglömt» stadgande kallas ibland för obsolet. Ordet »obsolet» är dock dubbeltydigt och används även som synonym med *desuetudo*.

Vid bedömning av sådana frågor får domstolen återigen lita dels till vissa etablerade normer, uttryckta t.ex. i prejudikat, dels till egna värdeomdömen.

4.1.10 Exempel 6. Ny teknik m.m.

I NJA 1980 s. 224 bedömdes olovligt uttag på bankomat som stöld, således inte som t.ex. bedrägeri. Jfr Conradi 1993, 84.

Nya samhällsföreteelser, vilka lagstiftaren inte kunnat förutse, kräver nya lösningar. Därmed uppstår ett stort utrymme för att domstolarna genom värderingar nyskapar rättsnormer.

Detsamma gäller t.ex. nya avtalstyper, såsom successivt ingående av avtal (jfr NJA 1978 s. 147; Conradi 1993, 85) eller s.k. factoring (jfr NJA 1986 s. 217, id. 85 ff.).

4.1.11 Exempel 7. Bevisning av fakta

Kalle spelar poker med obekanta personer och förlorar en halv miljon kronor. Ett vittne hävdar att en av medspelarna gjort konstiga manipulationer med korten. Det invänds emellertid att vittnet är partiskt på grund av vänskap med Kalle. I övrigt visar det sig att en av de herrar med vilka Kalle spelat under en enda natts spel inte mindre än fyra gånger haft fyrtal i äss. En sakkunnig statistiker beräknar sannolikheten härför som en på flera miljoner. Räcker bevisningen till för att fälla vinnarna för bedrägeri?

Man måste avgöra en rad faktafrågor. Har statistikern räknat rätt? Föreligger det verkligen vänskap mellan vittnet och Kalle? Medför vänskapsförhållandet, att vittnet inte är trovärdigt? Endast den första frågan kan besvaras exakt. Den andra och den tredje kräver däremot en vag och s.a.s. intuitiv sannolikhetsuppskattning.

En annan viktig fråga är »sannolikhet – av vad?». Antag att ett vittne säger att han har sett x. Den s.k. temametoden fastställer sannolikheten för att x har skett. Den s.k. bevisvärdemetoden fastställer i stället sannolikheten för att x orsakat vittnets redogjorda iakttagelse; följaktligen beaktas endast det vittnet faktiskt sett och utelämnas det han blott gissat. I detta sammanhang inställer sig även komplexa frågor om kedjor av bevisfakta, motbevisning m.m. Jfr Koch och Rüssman 1982, 272 ff., Stening 1975 och Ekelöf 1982, 7 ff. Se även Klami 1989, 55 ff. Metodvalet är inte värderingsfritt.

Man måste dessutom avgöra vissa värderingsfrågor. Får en fällande dom grundas på en statistisk sannolikhetsberäkning? Vid avgörande av sådana värderingsfrågor får domstolen lita dels till vissa etablerade bevisvärderingsnormer, uttryckta t.ex. i prejudikat, dels till egna värdeomdömen.

4.2 Stöd inom den juridiska argumentationen

4.2.1 Ett exempel på juridisk argumentation

Låt mig återigen beakta följande exempel på ett svårt fall.

NJA 1979 s. 666. En småföretagare ingick ett köpeavtal med ett storföretag. I avtalet fanns det en föga framträdande klausul att »tvister i anledning av detta avtal... skola avgöras... efter säljarens (dvs. storföretagets) val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag». Småföretagaren stämde storföretaget, vilket dock ansåg att tvisten borde avgöras efter skiljedom och yrkade att talan skulle avvisas.

Är skiljedomsklausulen ett oskäligt avtalsvillkor som i enlighet med 36 § avtalslagen bör lämnas utan avseende? Slutsatsen att villkoret är oskäligt kan stödas på att det är ett avtalsvillkor som kan medföra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad bl.a. genom de höga kostnader som kan vara förenade med skiljeförfarandet. Men det är bl.a. oklart vad orden »betas möjligheten» egentligen betyder. Man måste sålunda leta efter ytterligare premisser.

4.2.2 Juridisk argumentation som en dialog

Såväl etisk som juridisk argumentation kan ofta framställas som en dialog, dvs. så att man framlägger vissa skäl för en viss slutsats (pro-argument) och vissa skäl mot den (contra-argument; jfr Naess 1981, 80 ff. och Aarnio 1978, 150 ff.).

Man kan tänka sig följande dialog.

B:s pro-argument: Avtalsvillkoret är oskäligt eftersom det kan medföra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.

A:s contra-argument: Men skiljedomarna är opartiska.

B:s pro-argument: Ändå är avtalsvillkoret oskäligt eftersom det ger A möjligheten att ensidigt välja mellan allmän domstol och skiljedom.

A:s contra-argument: Detta ensidiga beslut medför ingen skada för B.

B:s pro-argument: Skiljeförfarandet är för dyrt för B osv.

När den juridiska argumentationen framställs som en dialog riktas uppmärksamheten både på skäl för slutsatsen och på de skäl som skulle stöda ett motsatt slutresultat. Argumentationens slutresultat framstår som en avvägning mellan pro- och contra-argument.

Dialogen är en process som utspelar sig i tiden. Den kan också leda till att A och B modifierar sina ursprungliga påståenden och ståndpunkter (se avsnitt 7.9.4 nedan om »övertänkt jämviktsläge»).

4.2.3 Juridisk argumentation som en logisk slutledning. Ett exempel

Om man endast tar hänsyn till de argument som s.a.s. överlevt dialogen kan argumentationens *slutresultat* framställas som en *logisk följd* av dessa.

Det innebär emellertid inte att man vid en sådan framställning helt bortser från contra-argument. Man bör hellre modifiera pro-argumenten, anpassa dem till den sunda kärnan inom den förlorande partens contra-argument. Hur långtgående bör denna anpassning vara? För att besvara denna fråga måste man utföra en avvägning. Endast en avvägning avgör vilka argument som överlever dialogen.

För att uppnå slutledningens logiska korrekthet måste man dessutom i många fall komplettera den med en mängd tilläggssatser.

Följande slutledning är t.ex. inte logiskt korrekt:

1) En rättsregel; jfr 36 § avtalslagen	Ett oskäligt avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende.
2) En faktabeskrivning	B ingick ett avtal med A. I avtalet fanns det ett villkor V, att A ensidigt får bestämma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom.
Slutsats	Avtalsvillkoret V får jämkas eller lämnas utan avseende.

Man kan nu tillägga de nedan angivna satserna 3–6. Men inte ens följande slutledning beaktar allt som i detta sammanhang är relevant.

1) En rättsregel; jfr 36 § avtalslagen	Ett oskäligt avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende.
2) En faktabeskrivning	B ingick ett avtal med A. I avtalet fanns det ett villkor V, att A ensidigt får bestämma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom.
3) En tillagd och rimlig värdesats	Om ett avtalsvillkor medför att en part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol, så är avtalsvillkoret oskäligt.
4) En tillagd och rimlig värdesats	Om följande betingelser är uppfyllda: (1) ett avtalsvillkor innebär, att en part ensidigt får bestämma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom; (2) den ekonomiskt svagare motparten härigenom får stora merkostnader; samt (3) inga prejudikat stöder den motsatta slutsatsen; så medför avtalsvillkoret att en part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.
5) En tillagd faktabeskrivning	Om avtalsvillkoret V följes, skulle den ekonomiskt svagare motparten få stora merkostnader.
6) En tillagd juridisk tolkningssats	Inga prejudikat stöder slutsatsen att avtalsvillkoret V inte får jämkas eller lämnas utan avseende.
Slutsats	Avtalsvillkoret V får jämkas eller lämnas utan avseende.

4.2.4 Tillagda värdepremisser och avvägning

De tillagda premisserna är förvisso rimliga men varken säkra (jfr avsnitt 5.8.7G nedan) eller förutsatta inom juridisk argumentation (jfr avsnitt 3.1.1 ovan). Denna grundläggande osäkerhet gäller framför allt *värde*satser, såsom premisserna 3 och 4 ovan. Definitiva (inte blott provisoriska, *prima facie*) etiska och juridiska slutsatser förutsätter en slutgiltig *avvägning* mellan olika sådana skäl. Avvägningen vilar ytterst sett på betraktarens personliga och intuitiva preferenser. I riktigt svåra fall är både en bestämd värde- respektive normsats och dess negation motiverbara genom en slutgiltig avvägning, dvs. så pass väl att inga tänkbara motskäl väger tyngre i det ifrågavarande fallet (jfr avsnitt 5.9.1B, 8.3.2 och 8.3.3 nedan).

4.2.5 En mer eller mindre djupgående argumentation

För att förvandla en slutledning till en logiskt korrekt sådan tillägger man följaktligen olika satser, beroende på hur djupgående argumentationen är. Om man t.ex. ifrågasätter premissen 3 kan man ersätta den med en ingående argumentation, varav denna premiss följer. En sådan argumentation kan t.ex. innehålla olika rättskällor eller etiska skäl som talar för att en part inte borde betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.

Vid lagtolkning kan man således på ett alltmer djupgående sätt motivera de premisser som motiverar den juridiska slutsatsen. På så sätt erhåller slutsatsen ett bättre stöd.

Olika praktiska skäl bestämmer hur djupgående argumentation som är tillräcklig i det föreliggande fallet.

4.2.6 Juridisk argumentation som ett rimligt språng

En rimlig juridisk slutsats i ett svårt fall följer inte av en satsmängd som endast omfattar ostridiga rättsregler, ostridiga faktabeskrivningar och sanna analytiska satser. Slutsatsen följer emellertid av en utökad premissmängd som därutöver kan omfatta rimliga tillägg tillhörande några av följande satstyper:

- teoretiska satser;
- normsatser; och

– värdesatser, framför all etiska sådana.

Juridisk argumentation i ett svårt fall innebär ett *språng* i följande bemärkelse.

- Den är inte logiskt fullständig; den bygger m.a.o. på ofullständiga premisser.
- Genom att tillägga ytterligare premisser kan man visserligen förvandla argumentationen till en logiskt korrekt slutledning.
- De tillagda premisserna är rimliga, men inte alla av dem är säkra eller förutsatta i juridiken.

Språng resulterar i att kunskap om rätten förändras, *transformeras*. De kan även medföra en förändring av själva rättsordningen.

Det ovanstående uttalas ur den argumenterande juristens individuella synvinkel. En liknande iakttagelse kan göras ur en samhällelig och institutionell synvinkel: såväl lagstiftning som rättspraxis transformerar etiska värden till rättsregler och rättsliga beslut, se avsnitt 2.5.3 ovan, 3.1.1B ovan och 6.1.2 nedan.

Värdeomdömen och avvägningar förekommer på tre olika sätt i juridisk argumentation:

1. Värdeomdömen och avvägningar genomsyrar den juridiska tolkningen av vissa rättsnormer.

2. Värdeomdömen och avvägningar kan spela en viss roll när man fastslår att de tolkade normerna tillhör rättssystemet, bl.a. att de har ett visst samband med rättskällorna, och när man besvarar frågan hur stor auktoritet som tillkommer olika rättskällor, såsom prejudikat och lagars förarbeten.

3. Det måste till sist förutsättas att hela rättssystemet är gällande rätt och sålunda bör följas. Värdeomdömenas roll i detta sammanhang har behandlats i avsnitt 2.8 ovan.

I alla dessa sammanhang medför värdeomdömen språng och transformationer i denna mening.

4.2.7 Olika slags juridiska språng och transformationer

Juridiska språng kommer nu att behandlas i omvänd ordning. Till att börja med behandlas frågan om hela rättssystemets karaktär av gällande rätt.

A DET RÄTTSGRUNDANDE SPRÅNGET

De teoretiskt svåraste (men praktiskt mindre viktiga) frågorna avser det rättsgrundande språnget, från vissa rättsgrundande fakta (kännetecken på normsystemets karaktär av gällande rätt) till den rättsliga giltigheten. I avsnitt 2.2.2E ovan och 6.1.7 nedan behandlas således den s.k. *grundnorms*frågan om hur en jurist kan använda kunskap om vissa enklare fakta (beträffande vissa normers innehåll, effektivitet m.m.) som stöd för slutsatsen, att ett visst normsystem utgör gällande rätt och således bör följas.

Språnget resulterar i *den rättsgrundande transformationen*. Juristens hjärna transformerar kunskapen om vissa enklare fakta till hans kunskap om gällande rätt. Bildligt talat transformeras dessa fakta till gällande rätt.

B INOMRÄTTSLIGA SPRÅNG

Inomrättsliga språng uppstår däremot när en slutsats om gällande rätt härleds genom ett språng ur ett antal premisser, varav åtminstone en uttrycker eller nämner gällande rätt. Dessa språng resulterar i *inomrättsliga transformationer* (jfr Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 149-150 och Peczenik 1983, 33 ff.).

Därvid kan man urskilja språng till rättskällor och språng till juridisk tolkning.

B1 Språng till rättskällor. Språng till rättskällor innebär att en slutsats om vissa rättskällor, t.ex. lagars förarbeten, härleds genom språng ur ett antal premisser, varav vissa handlar om andra rättskällor, t.ex. prejudikat.

Ett språng behövs t.ex. för att från olika prejudikat härleda generella normer, som bestämmer vilken roll lagars förarbeten bör spela vid lagtolkningen. För att göra sådana slutsatser logiskt korrekta behövs olika tilläggspremisser. Ett antal prejudikat måste t.ex. i vissa fall kompletteras med både allmänna rättskällenormer och etiska principer, som visserligen »förklarar» dessa prejudikat men inte uttryckligen åberopas med domskälen.

Visserligen går det inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dessa normer och ändå argumentera juridiskt. Men rättskällenormerna är omstridda och vaga.

Rättskällenormerna besvarar inte heller alla frågor om rättskällors auktoritet m.m. Det behövs även etiska principer och avvägningar mellan dessa. Sådana avvägningar är likaledes omstridda.

Sådana språng resulterar i *rättskälletransformationer*. Juristen transformerar kunskapen om vissa rättskällor m.m. till sin kunskap om andra rättskällor.

B2 Språng till juridisk tolkning. Språng till juridisk tolkning innebär att en slutsats om hur en viss norm bör tolkas härleds genom språng ur ett antal premisser, varav vissa återger ordalydelsen av lagbestämmelser eller andra rättskällor, t.ex. prejudikat.

Ett språng behövs t.ex. för att från avtalslagen härleda normer, som bestämmer vissa frågor om oskäliga avtalsvillkor. För att göra sådana slutsatser logiskt korrekta behöver man olika tilläggspremisser, däribland vissa juridiska argumentationsnormer och etiska principer. Men det finns olika skäl, både för och mot en argumentationsnorm respektive etisk princip, för och mot en viss tolkning av denna. Avvägningen mellan dessa juridiska argumentationsnormer och etiska principer kan och bör motiveras men baserar sig ytterst på en jurists ställningstaganden och preferenser.

Sådana språng resulterar i *tolkningstransformationer*. Juristen transformerar kunskapen om vissa rättskällors ordalydelse m.m. till sin kunskap om vissa rättsnormers rätta tolkning.

4.3 Argumentationsnormer och olika juridiska roller

4.3.1 Argumentationsnormer

Den juridiska argumentationen är i viss mån reglerad, inte endast av rättskällenormer utan även av olika slags argumentationsnormer, däribland lagtolknings- och teoribildningsnormer. Argumentationsnormerna har en liknande natur som de ovan behandlade rättskällenormerna:

Argumentationsnormerna har *prima facie* karaktär: Varje argumentationsnorm kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.

Å andra sidan går det inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla argumentationsnormer och ändå argumentera *juridiskt*.

Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet lär sig varje jurist ett stort antal exempel på korrekt juridisk argumentation. Juristerna argumenterar ofta som om de hade rättat sig efter argumenta-

tionsnormerna. Dessa har följaktligen en sedvanerättslig ställning och bildar en beståndsdel av rättstraditionen.

Genom att tillägga en argumentationsnorm kan man ofta förvandla argumentationen till en logiskt korrekt slutledning.

Anta att åkaren Å har leasat en bil av bolaget B. I leasingavtalet uppställs ett förbud för leasingkunden att sälja bilen, pantsätta den eller på annat sätt förfoga över den, om ett sådant förfogande skulle sätta leasingbolagets säkerhet i bilen i fara. Å har sedan lovat en av sina anställda att få ta bilen på en safariresa till Centralafrika. Resan skulle innebära en uppenbar risk för att bilen förstörs eller går förlorad. B vill nu återta bilen och åberopar analogi till 7 § 2 p. lagen om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. (jfr Millqvist 1986, 226 ff.). B:s argumentation kan framställas som följande slutledning.

1) Fakta i målet	Leasingkunden Å har genom sitt handlande (se ovan) äventyrat B:s säkerhet i bilen.
2) En rättsregel, 7 § 2 p. AvbL	Förbehåll om återtaganderätt får göras gällande... om... köparen genom att åsidosätta i förbehållet angiven förpliktelse på grund av avbetalningsköpet har äventyrat säljarens säkerhet i varan.
3) Ett analogislut	Leasingkundens förfoganderätt bör bedömas analogt med reglerna om köparens förfoganderätt vid avbetalningsköp.
4) En argumentationsnorm	Analogislut får tillämpas i dispositiva civilrättsliga fall, om inte klara skäl talar för motsatsen.
- - -

Man kan därför i viss mån kontrollera en juridisk argumentation, som utförts av en annan person.

De värden som hänger samman med det ifrågavarande fallet kan dessutom vägas mot andra rimliga skäl, såväl etiska som juridiska. Avvägningen kan leda till att argumentationen görs mer sammanhängande och dess slutsats modifieras.

Lagar, prejudikat och andra rättskällor anpassas således tolkningsvis till varandra. Dessutom anpassas de till etiska värdeomdömen, samtidigt som de sistnämnda anpassas till rättskällorna.

Argumentationsnormerna är ett hjälpmedel vid denna ömsesidiga anpassning av rätten och etiken. Samtidigt påverkas de själva av den. De har *prima facie* karaktär (se ovan). De är följaktligen vaga, närmare bestämt värdeöppna; deras tillämpningsområde beror på vissa av lagtolkaren gjorda värderingar.

Vid denna sammanvägning måste hänsyn tas till att argumentationsnormerna varierar mellan olika rättsområden. I straffrätten t.ex. begränsas tolkningsutrymmet av legalitetsprincipen. Även tolkningen av skatterättsliga bestämmelser är relativt starkt bunden av bestämmelsernas ordalydelse. I förvaltningsrätten å andra sidan förekommer ofta ramlagar; lagtillämpning inom en sådan »ram» är ofta ganska fri. I processrätt är det relativt lätt att tolka lagbestämmelserna enligt deras mer eller mindre klara ändamål. På civilrättens område slutligen, påverkas både lagtolkningsmetoderna och lagtolkningens roll av det faktum att vissa frågor antingen överhuvudtaget inte berörs av lagen eller lagregleras på ett mycket vagt sätt.

Å andra sidan kan skillnaderna mellan lagtolkning på olika rättsområden inte heller beskrivas på något exakt sätt. Följaktligen kan lagtolkaren ständigt skifta de tillämpade argumentationsnormerna och tolkningsmetoderna för att därigenom uppnå en rimlig lösning. En lagtolkning där endast en enda metod används leder ofta till orimliga resultat. Valet mellan olika tolkningsmetoder ingår m.a.o. i den totala avvägning som lagtolkaren måste göra i svåra fall.

Visserligen kan avvägning mellan olika argumentationsnormer stödas på vissa *argumentationsnormer av andra ordningen* (jfr Wróblewski 1959, 143 ff. och 399 ff.). Men dessa kan likaledes kollidera med varandra.

Avvägning mellan olika argumentationsnormer är mer eller mindre korrekt i ljuset av följande kollisionsnorm:

Om tillämpning av olika lagtolkningsmetoder på samma situation i och för sig leder till oförenliga resultat, bör en nytolkning göras. De olika metoderna bör då användas på så sätt, att deras resultat harmoniseras så mycket som möjligt.

4.3.2 Olika juridiska roller och argumentationstyper

Den juridiska argumentationen är emellertid inte enhetlig. Det finns olika juridiska roller och motsvarande argumentationstyper. Det institutionaliserade samspelet mellan lagstiftaren, beslutsfattaren, parternas ombud och rättsvetenskapen bidrar till att göra rättsliga beslut rättssäkra, dvs. så pass förutsebara med stöd av lagen som är förenligt med ett rimligt hänsynstagande till andra etiska värden.

Lagstiftarens rättspolitiska argumentation och argumentation *de lege ferenda* måste uppfattas som ett särfall av den juridiska argumentationen. Förvisso kännetecknas den av ett antal särdrag.

- Lagstiftarens argumentation är i regel friare än domarens eller rättsvetenskapsmannens.
- Vidare är den målinriktad (»målrationell», jfr avsnitt 1.4.1G ovan), eftersom det gäller att finna den utformning av den föreslagna lagen som är det bästa medlet för ett angivet mål.
- Dessutom genomsyras lagstiftarens argumentation av särskilda *pragmatiska* synpunkter. Vid argumentering för lagstiftning gäller det »att påverka de verkliga beslutsfattarna, i sista hand riksdagen och dess utskott men på ett tidigare stadium remissinstanser och departement... Argument som talar mot en föreslagen regel tonas ofta ned, och de som talar för den utvecklas i jämförelsevis urvattnade ordalag som inte kan väcka motsägelse» (Hellner 1990, 185).

Likheterna mellan lagstiftarens och rättstillämparens argumentation är emellertid likaledes viktiga.

- Lagstiftarens frihet är tämligen begränsad. »Argumentationen kan... analyseras i termer av *bundna och fria argument* (jfr Folke Schmidt 1972; Hellner 1975). Bundna är sådana som bestäms av normer, materiella eller procedurella, fria är återstoden. En sådan uppdelning kastar ett ljus över likheter och olikheter mellan argumentation de lege ferenda och argumentation de lege lata... Ingendera argumentationen

är helt fri eller helt bunden, men bundenheten är uppenbarligen mycket större de lege lata. Vid argumentation de lege ferenda finns ibland en bundenhet genom statsrättsliga regler, både sådana som bestämmer innehållet i rättsregler och sådana som avser normgivningsmakten... Besläktad med detta slag av bundenhet är den som följer av att en utredning följer givna direktiv. Ett annat slag av bundenhet är den som beror av annan rätt av i princip samma dignitet som den som föreslås, särskilt procedurella regler» (Hellner 1990, 185). Inte minst spelar analogislut en betydande roll såväl i den »fria» argumentationen i en utredning som i den mer bundna juridiska argumentationen *de lege lata* (jfr Lauridsen 1974, särskilt 470 ff., 507 ff., 631 ff., 545 ff. och 592 ff.; se vidare Hellner 1975, 406 ff. och 1990, 184).

- Vidare förekommer ändamålsargumentation inte endast på lagstiftningsstadiet utan även vid lagtolkning och rättstillämpning, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap; jfr avsnitt 4.10.1 nedan.
- Till sist är de pragmatiska skälen som beaktas vid lagstiftning mindre viktiga för denna undersökning som gäller den juridiska argumentationens relevans och korrekthet. »Det är skillnad mellan argumentering och övertalning» (Hellner 1990, 185-6). Övertalning måste utvärderas, såväl ur en juridisk som ur en etisk synvinkel. Den kan vara effektiv men ändå etiskt förkastlig och juridiskt tvivelaktig, t.ex. då man genom att taktiskt »vinkla» argumenten åstadkommer orättvisor och inkonsekvenser i lagstiftningen.

Kort sagt får de i lagstiftningen deltagande personerna inte fritt uttala vilka synpunkter som helst utan de bör argumentera på ett delvis liknande sätt som en »vanlig» jurist.

Bortsett från pragmatiska övertalningssynpunkter måste sålunda lagstiftaren beakta både etiska värden och etablerade rättsregler. Skillnaden gentemot t.ex. lagtolkaren (rättsvetenskapsmannen, domaren osv.) består framför allt i att lagstiftaren får tillmäta de förra en relativt större betydelse än de senare.

Därför har olika försök att principiellt skilja mellan rättsvetenskap och rättspolitik misslyckats.

Något tillspetsat kan följaktligen lagstiftningen uppfattas som institutionell *transformation* av etiska värden till rättsregler. Jfr avsnitt 3.1.1B ovan. Se även avsnitt 1.6.2C ovan om politisk argumentation över huvudtaget.

Dessutom kan lagstiftaren skapa nya prioriteringar mellan olika etiska värden medan domaren måste i regel stanna inom de ramar som lagstiftaren har dragit upp.

Lagstiftningsarbetet är förvisso normskapande men samtidigt är det så pass bestämt av olika slags regler, analogier, rättshistorien, traditionella juridiska tankemönster och rättskulturens grundvärden, att lagändringarna endast i undantagsfall är helt oförutsebara och grovt oetiska. Denna relativa bestämdhet främjar sålunda rättssäkerheten.

Beslutsfattarens, dvs. domarens och ämbetsmannens, argumentation påverkas av hans skyldighet att fatta bindande beslut (jfr t.ex. Luhmann 1993, 297 ff. och 320 ff.). Beslutet måste fattas även om argumentationen inte kan vara fullständig. Vidare måste beslutet uppfattas som rättvist (jfr Urbina 1991, 345 ff.). Därför kan det sägas att rättspraxis *transformerar* etiska värden till rättsregler och rättsliga beslut, se avsnitt 2.5.3 ovan, 3.1.1B ovan och 6.1.2 nedan. Till sist är beslutsfattaren bunden av en processrättslig ram som bestämmer beslutens avfattning (jfr t.ex. kap. 17 § 7 rättegångsbalken), den högre instansens auktoritet m.m. Har t.ex. hovrätten funnit att ett fel förekommit i rättegången och visat målet åter till underrätten för erforderlig behandling (kap. 50 § 29 och kap. 51 § 29 rättegångsbalken) måste underrätten beakta hovrättens bedömning.

Den processrättsliga ramen bestämmer bl.a. *objektivitetskravets* närmare innebörd. Förvisso är ramen flexibel, bl.a. finns det olika uppfattningar om hur den materiella processledningen bör utformas (jfr SOU 1982:26, 107). Dessutom måste domarrollen anpassas efter hur de övriga aktörerna i rättsprocessen agerar i sina roller (jfr Mårtensson 1994, 9).

Parternas argumentation är likaledes bunden av olika rättsregler som bl.a. bestämmer olika objektivitetskrav för advokaten och åklagaren. Ett juridiskt kunnande förutsätts.

Redan på 1600-talet har följande framhållits: »En advokat eller procurator, som hafver mycket af munnen, och beflitar sig om vältalighet men där bredvid är oskicklig och olärd, skall du icke annat hålla, än en rättvisans fiende och förhatare» (Georgij am Waldt, jfr Modéer 1989, 34).

Visserligen måste advokaten tolka såväl lagen som bevismaterialet i överensstämmelse med klientens intressen. Han måste emellertid iaktta god advokatsed (8 kap. 4 § rättegångsbalken).

Advokaten får dessutom tillgripa retoriska övertalningsmedel och således söka påverka domarens känslor. Förvisso kan en sådan retorik inte kallas för »argumentation». Det går emellertid att argumentera rationellt för att klientens rättssäkerhet bäst skyddas genom att retoriska medel används.

Advokatens roll är omstridd, inte minst i USA. Man kan tänka sig en glidande skala där den extremt klientorienterade *»hired-gun»* rollen (jfr t.ex. Freedman 1975 *passim*) markerar ena änden och den extremt samhällsinriktade *»moral-agent»* rollen (jfr t.ex. Noonan 1966, 1485 ff.) placeras vid andra änden. 1 § av Sveriges Advokatsamfunds vägledande regler om god advokatsed innehåller följande precisering: »Advokats främsta plikt är att, inom ramen för vad lag och god advokatsed bjuder, efter bästa förmåga tillvarata klientens intressen». God advokatsed framgår delvis av dessa regler, men dessa är knappast uttömmande. Advokatens handlingsfrihet måste bedömas från fall till fall, varvid klientens intresse alltid väger tungt. Avvägningsprocessen präglas av *etiska* överväganden.

Åklagaren måste självfallet väcka åtal men han är skyldig att beakta både de omständigheter som talar emot den misstänkte och de som är gynnsamma för honom (23 kap 4 § rättegångsbalken). Därför talas det ofta om åklagarens »dubbelroll».

Åklagarens roll beror på var i förfarandet ett ärende befinner sig. Agerar åklagaren som förundersökningsledare skall han objektivt utreda förhållanden som talar såväl mot som för en presumtiv gärningsman. Har åtal väckts växlar han från objektivitet till partsställning. Kompletterar åklagaren förundersökningen efter det att åtal väckts får han »den något besynnerliga ställningen som objektiv part» (Mårtensson 1994, 10).

Åklagarrollen underkastas emellertid såväl i förundersökningen som i huvudförhandlingen en rättslig reglering och traditionell juridiskt-etisk bedömning som gör hans verksamhet och argumentation förenlig med den tilltalades rättssäkerhet.

Sebstián Urbina (id., 349) uttryckt saken som följer: »parterna har att översätta strategiska intressen till rättighets- och skyldighetsspråket». I detta sammanhang kan två iakttagelser göras:

- En sådan översättning innebär att vissa intressen prioriteras framför andra. Man kan säga att rättsordningen *transformerar* strategiska intressen till juridiskt relevanta skäl.

- De juridiskt relevanta skälen har samtidigt en *etisk* relevans, se avsnitt 6.1 nedan. De strategiska intressena transformeras därmed till etiskt relevanta skäl.
- För varje enskild roll inom rättegången bör den tolkning prioriteras som bäst rimmar med det kontradiktoriska förfarandets grundprinciper (jfr Mårtensson 1994, 46). Förfarandet approximerar en rationell praktisk debatt (diskurs) i Habermas' och Alexys' mening (jfr avsnitt 1.5.1C7 ovan och framför allt 7.10 nedan). Vidare tvingar det processens deltagare att så bra som möjligt motivera sina ståndpunkter (jfr avsnitt 7.1–7.9 nedan om begreppet »sammanhängande motivering»). Motiveringen måste bygga på juridiska argumentationsmetoder. Dessa genomsyras förvisso av värderingar men samtidigt är de så pass bestämda, att deras användning är förenlig med rättssäkerhetskravet att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen (se närmare avsnitt 4.6–4.11 nedan).

4.4 Rättsdogmatiken

4.4.1 Rättsdogmatiken och andra rättsvetenskapliga discipliner

Rättsdogmatisk argumentation underkastas inte sådana rättsregler. Objektiviteten bestäms där i stället av rättsvetenskapens höga rationalitetskrav samt av att rättsdogmatiken ytterst måste vara nyttig för beslutsfattaren. Rättsdogmatisk argumentation kräver emellertid en utförligare kommentar.

Det finns flera olika rättsvetenskapliga discipliner och metoder. Sådana rättsvetenskapliga ämnen som rättshistoria, rättssociologi, rättsekonomi och allmän rättslära tillämpar i stor utsträckning historiska, sociologiska, ekonomiska respektive filosofiska arbetsmetoder. Rättsvetenskapen omfattar emellertid i första hand särskilda juridiska discipliner, t.ex. civilrätt, statsrätt, förvaltningsrätt, straffrätt och processrätt. Varje särskild disciplin består huvudsakligen av *rättsdogmatik* vars huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt. (Dessutom kan inslag av olika rättshistoriska, rättssociologiska och andra perspektiv förekomma i samtliga juridiska discipliner.)

4.4.2 Rättsdogmatik och rättspraxis

Rättsdogmatiken använder en metod som delvis liknar den som används i beslutsfattarnas och parternas argumentation. Det föreligger emellertid följande skillnader.

Rättsdogmatikern saknar rätt att fatta bindande beslut.

Han är inte på samma sätt bunden av processrättens ram.

Rättsdogmatikern väljer således »själv sitt ämne och de problem inom detta han tänker ge sig i kast med. Praktikern (= beslutsfattaren – AP) får genom parters yrkanden och framställningar sig förelagd en viss uppgift» (Lavin 1990, 72; Lavin föredrar *termen* »rättsvetenskap» framför »rättsdogmatik» men hans iakttagelser är tillämpliga i detta sammanhang.).

Rättsdogmatikern »söker sig till problemen, medan en skicklig praktiker reducerar dessa till vad som är absolut nödvändigt för ett måls prövning» (dito).

Rättsdogmatikern får framlägga förslag *de lege ferenda*. »Han kan således visa på följderna av en viss rättstillämpning, kritisera utformningen av rättsregler och innehållet i rättspraxis, föreslå ändringar av författningsregler eller införandet av nya regler och författningar» (Lavin 1990, 73).

Rättsdogmatikern får göra djärva försök att förbättra den juridiska metoden. »Man skulle kunna säga, att forskaren till skillnad från praktikern, som i varje enskilt fall skall fatta ett i överensstämmelse med lagreglerna och vedertagen metod fullt korrekt beslut, kan skicka upp den ena försöksballongen efter den andra, av vilka vissa spricker medan andra håller och kan komma att få betydelse i lagstiftande eller dömande verksamhet» (Lavin 1990, 74).

Rättsdogmatikern uttalar sig i regel generellare och abstraktare än en praktiskt verksam jurist och är mindre inriktad på konkreta fall.

Rättsdogmatikern laborerar med många exempel på både verkliga och tänkta situationer.

Den mest djupgående skillnaden är att rättsdogmatiken ofta har anspråk att vara rationellare, dvs. motiverad på ett mer sammanhängande sätt än den praktiska juridiken (jfr Urbina 1991, 347 ff.). Rättsdogmatikens begrepps- och satssystem gör det som sagt möjligt att samla, testa och förbättra åsikter av många generationer jurister. Slutsatser testas effektivt och nya insikter alstras, otillgängliga för dem som endast ägnar sig åt en *ad hoc*-motivering. Det bidrar till stabilitet och framsteg. Genom att kunna lita på åsikter som redan testats i rättsdogmatiken kan beslutsfattaren undvika den hopplösa uppgiften att i varenda fall motivera allt på en gång.

»Undersökningar på områden, där uttryckliga rättsregler saknas» (Lavin 1989, 123) är ett mycket intressant exempel. »En påfallande svaghet i ett rättsfallsmaterial är, att beslutsfattarna varje gång haft ett konkret fall uppe till bedömning och således saknat möjlighet att (eller inte behövt) göra en helhetsbedömning. Det är viktigt, att forskaren försöker få fram regler som harmonierar med rättsordningen som helhet».

Likheten mellan rättsdogmatiken och den praktiska juridiken är emellertid långt viktigare: poängen är densamma, att tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt.

Det föreligger »et klart metodisk felleskap mellom rettsvitenskapen og rettsanvendelsen... Retssdogmatikken har ikke karakter av en utvendig beskrivelse og analyse av den faktiske rettsanvendelse – det er i første rekke rettssosiologiens og rettshistoriens oppgave. Retssdogmatikken beskriver ikke selve rettsanvendelsen, men det *regelsett* som styrer denne – *gjeldende rett*. Dette betyr at rettsforskerens utsagn i siste instans får karakter av *en anbefaling* til rettsanvenderen: 'Hvis du vill komme frem til en *riktig* eller *forsvarlig* løsning av dette konkrete rettsspørsmål, må du basere deg på følgende forståelse av gjeldende rett på dette området'» (Doublet og Bernt 1992, 30).

Att således bistå rättspraxis är den klassiska rättsvetenskapens *slutmål*. Förvisso kan detta mål befinna sig bortom den enskilde rättsvetenskapsmannens horisont. Men hans bidrag måste hänga samman med annan juridisk litteratur, redan befintlig eller planerad; tillsammans utgör den rättsvetenskapliga verksamheten ett »lagarbete» som har ett sådant slutmål.

Peter Westberg (1991, 421-446) skiljer mellan två rättsvetenskapliga »ansatser», den regelorienterade och den problem- och intresseorienterade. Den sistnämnda kännetecknas av att den juridiska forskaren »*primärt har tagit på sig en annan huvuduppgift än att (bara) juridiskttekniskt uttolka en för tillfället gällande lag*... Det annorlunda grepp som (han) tar på ämnet kan kännetecknas t.ex. av en kritisk granskning av viss praxis på området» (436). »Till skillnad från den regelorienterade ansatsen blir det då inte den 'rätta' juridiken utan den faktiska som i första hand intresserar, och då oavsett om den är 'rätt eller fel', 'bra eller dålig' etc» (437). »Det är tydligt att rättsvetarens studier av dessa frågor inte innebär att han

eller hon har rättsregler... som primärt forskningsföremål. Forskningsobjektet är ett verkligt skeende (faktisk företeelse), och undersökningen handlar om att beskriva och förklara regelbundenheter och oregelbundenheter i denna faktiskt förekommande verksamhet» (438). Dessa idéer kan visserligen uppfattas som ett dubiöst försök att ersätta rättsdogmatiken med ett slags rättssociologi. De kan emellertid ha ett stort värde *inom* rättsdogmatiken, *om* de ytterst sett tjänar dess ovan angivna slutmål.

Såväl det juridiska beslutsfattandet som rättsdogmatiken möter samma kunskapsteoretiska problem. Visserligen är jag ense med Lavins (1990, 72) följande konstaterande: »En forskare arbetar för att utvinna ny kunskap ur sitt material. Praktikern skall, å sin sida, besvara parternas yrkanden och framställningar. Häri ligger en väsentlig skillnad». Men praktikern (beslutsfattaren) måste likaledes basera sina slutsatser på en *kunskap*. Kunskapsföremålet är detsamma: gällande rätt. Lavin har också skrivit följande: »Vad som enligt min uppfattning utmärker rättsvetenskapen är att den i en eller annan form (eller på ett eller annat sätt) behandlar *rättsregler*» (1989, 117). En annan sak är att rättsreglerna måste tolkas. En jurist drar sina slutsatser ur ett mycket varierande arbetsmaterial som omfattar såväl rättskällor, etablerade argumentationsnormer och härskande värdeomdömen som juristens »egna» värdeomdömen. Det är sålunda svårt att besvara frågan om vad som bör menas med juridisk kunskap. Men denna svåra fråga gäller såväl beslutsfattarens som rättsdogmatikerns kunskap. Återigen är de eventuella skillnaderna pragmatiska, inte principiella.

Följaktligen är även rättskälleläran och metodläran i princip densamma såväl i det juridiska beslutsfattandet som i rättsdogmatiken.

Lavin har däremot vänt sig »emot att rättsvetenskapliga forskare skulle vara bundna av vissa rättskällor». Han har noterat att »Peczenik tycks... vara av motsatt uppfattning och delar in källorna i en ordning, efter vilken man 'måste', 'får' och 'kan' utnyttja dem». (Det borde stå här: »skall», »bör» och »får»). För Lavin är det emellertid »en självklarhet att en forskare använder vilket material som helst alltefter de syften han har med sin undersökning» (1990, 73, jfr 1989, 119). De »traditionella rättskällorna» (»lagförarbeten, prejudikat och doktrin», 1989, 125) – bildar härvid »närmast... utgångspunkter för undersökningarna» (1989, 119).

Är det alltså inte så att rättsdogmatikernas rättskällelära är en annan än beslutsfattarnas? Nej.

- För det första kan orden »vilket material som helst» inte tolkas bokstavligt. Sådana ting som opåkallade telefonsamtal från korrumperade politiker m.m. får väl inte vägleda en juridisk undersökning. Inte ens helt legitima men »informella samtal... med domare och andra beslutsfattare» bör »användas explicit» i rättsdogmatiska redovisningar (jfr Lavin 1989, 122).

- För det andra är den svenska rättskälleläran långt mer omfattande än Lavin antyder. Den omfattar inte endast »lagförarbeten, prejudikat och doktrin» utan även olika slags rättskällor som *får* åberopas som auktoritetsskäl, såväl i praktikernas som rättsdogmatikernas argumentation, däribland sådana generella rekommendationer som riksskatteverkets anvisningar, utländsk rätt, informellt material som visar innebörden av vissa sedvänjor respektive de inom olika samhällsgrupper härskande värderingarna och inte minst sådana sakskäl som »sakens natur», etiska grundsatser eller historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst.

Såväl beslutsfattaren som rättsdogmatikern har tillgång till samma lista av rättskällor. Skillnaden i detta avseende är inte principiell utan pragmatisk. Rättsdogmatikern har mer tid och ett större behov att argumentera utförligt. Följaktligen arbetar han ofta med ett större rättskällematerial. Men alla hans källor skulle kunna användas även av beslutsfattaren.

Jag är visserligen ense med Lavin att rättsdogmatikern i sin forskning kan »utnyttja vilka källor som helst, såsom tidningsnotiser, muntliga tips från kolleger eller den egna fantasin. Betydelsen av detta initialskede skall inte underskattas» (1990, 72). Men sådant får användas just på ett *initialskede*, inte i den juridiska *argumentation* som framläggs för forskarsamfundets granskning. Argumentationen måste vara så pass *korrekt* att dess resultat kan anses vara *riktig*. Frågan om vad som är korrekt och riktigt ställs i ett s.k. rättfärdigandesammanhang (»*context of justification*»; jfr Popper 1959, 31) och måste skiljas från deskriptiva påståenden (i ett s.k. upptäcktssammanhang (»*context of discovery*») om olika orsaker som på ett initialskede bestämmer forskarens intresse, inriktning m.m. Rättssociologer har säkert mycket att säga om skillnader mellan de faktorer som påverkar beslutsfattandet och de som inverkar på den juridiska forskningen. Men en juridisk argumentationsteori måste konstatera att rättsdogmatikerns korrekta rättskällelära sammanfaller med beslutsfattarens.

Den bästa argumentationen i juridiska frågor måste beakta alla juridiskt relevanta *prima facie* hänsyn. Det gäller såväl rättsdogmatiken som rättspraxis. Skillnaderna är endast följande:

- Inte allt som är relevant i det ena sammanhanget har relevans i det andra.
- Dessutom kan ett och samma hänsyn väga olika tungt i olika juridiska sammanhang.

4.4.3 Rättsdogmatiska teorier och begrepp

A FRÅGESTÄLLNINGEN

Den rättsdogmatiska *forskningen* inkluderar teori- och begreppsbildning. Dess karaktär kommer nu att exemplifieras med två olika frågor, om adekvans och om äganderättens övergång. Den förra visar teori- och begreppsbildningens sammanhang med etisk avvägning. Den senare belyser frågan om framsteg i rättsdogmatik.

B EXEMPEL I – ADEKVANSTEORIER

Enligt en allmänt godtagen rättsgrundsats skall en skada ersättas endast om orsakssammanhanget mellan skadevållarens handling och skadan varit adekvat.

Ett exempel. Innehavaren av en åkerirörelse, B, var berättigad till skadestånd för skada på en bil som användes inom rörelsen. Han yrkade ersättning bl.a. för löner till personal som inte kunnat sysselsättas under den tid bilen reparerades. Det invändes att han kunnat permittera personalen, vartemot han genmälde att han i så fall riskerat att personalen lämnat företaget. HD uttalade att även om denna risk förelegat, kunde mellan skadan på bilen och löneutgifterna »icke anses föreligga sådant samband» att den skadeståndsskyldige hade att svara för berörda kostnader (NJA 1959 s. 552). Uttrycket »icke anses föreligga sådant samband...» tyder på att en adekvansbedömning gjorts.

Det finns en stor enighet bland olika jurister om att vissa fakta är preliminära kännetecken på adekvans.

Vissa sådana fakta framställs emellertid ofta med anspråk på att täcka alla adekvata orsakssammanhang. Orsakssammanhanget mellan handlingen och skadan anses således vara adekvat om och endast om

- den ifrågavarande handlingen hör till en viss typ, H, och varje handling av typ H är ägnad att orsaka någon skada av typ S;
- den ifrågavarande handlingen gör en skada av typ S förutsebar för en mycket kunnig och försiktig människa; eller
- den ifrågavarande handlingen är en betydande orsaksfaktor i förhållande till den ifrågavarande skadan; (det finns även andra adekvansläror, jfr Peczenik 1979, 153 ff.).

Visserligen kan sådana läror kritiseras. Det går att finna exempel på att något orsakssammanhang anses vara skadeståndsgrundande utan att för den skull stämma överens med den ifrågavarande läran. För att undvika en sådan kritik kan man därför uppfatta adekvanslärorna som *prima facie*

kännetecken på adekvans, utan något anspråk på att täcka alla adekvata orsakssammanhang. Vissa kännetecken är redan etablerade i den juridiska litteraturen, andra kan nyskapas genom en fördjupad analys av de etablerade lärorna, rättspraxis och andra rättskällor.

En etablerad lära kan t.ex. generaliseras, dvs. utsträckas till nya, hittills inte beaktade fall. Den kan även fördjupas, genom att man upptäcker nya argument för den. Fördjupning kan medföra en förändring då de nya argumenten bättre passar till en modifierad version av läran. Fördjupningen kan även ge läran nya grundvalar. På så sätt kan en helt ny lära utarbetas.

En perfekt bedömning av varje adekvansfråga måste m.a.o. stöda sig på den bästa *avvägningen* mellan så många sådana kännetecken som möjligt, såväl de etablerade som de således nybildade.

Slutsatsen att skadan inte skall ersättas kan dessutom stå fast även om man *medger* att orsakssammanhanget i fråga varit adekvat. Andra skäl väger då tyngre än adekvans. Ett av dessa är det s.k. *skyddsändamålet* med den ifrågavarande skadeståndsregeln (jfr t.ex. NJA 1950 s. 610, NJA 1962 s. 799, NJA 1968 s. 23, NJA 1974 s. 170 och NJA 1976 s. 458; Peczenik 1979, 299 ff.). En annan tanke har utarbetats av *Guido Calabresi* (1970 *passim*). Denne uppfattar allmänprevention med ekonomiska medel som skadeståndsrättens högsta mål. »Ambitionen är således ej att söka placera alla kostnader av skador på dem som orsakar dem. De är ofta lämpligare att utvälja sådana som har den strategiska positionen att de genom att påverka andra kan förekomma skadorna... Culpaansvaret förkastas därför att det är mindre ägnat än det strikta ansvaret att skapa ekonomiska motiv för att förekomma skador» (Hellner 1972, 321).

All sådan argumentation stödjer sig ytterst på etiska avvägningar. Ändå kan adekvanslärorna bidra till en viss ökning av rättssäkerhet. Skadeståndsrekvisiten preciseras och generaliseras. Om detta arbete utförs väl blir praxis mer förutsebar.

c EXEMPEL 2 – ÄGANDERÄTTENS ÖVERGÅNG

Under en viss historisk period fanns i rättsdogmatiken endast sådana teorier som betraktade äganderätten som relaterad till ett bestämt subjekt och en viss tidpunkt. Vid köp var t.ex. först enbart säljaren och sedan enbart köparen att uppfatta som godsets ägare. Äganderätten ansågs i viss mån likna en substans, som man antingen innehade eller ej. Tolkningen av alla lagar som behandlade äganderättens övergång, även i ett arvsrättsligt sammanhang (jfr 18 kap. ärvdabalken), underkastades denna föreställ-

ning. Enligt en nyare teori kan däremot äganderätten överföras successivt. Det väsentliga är det rättsliga skyddet mot såväl motparten som tredje man. Ett sådant skydd kan existera även om man inte strikt upprätthåller distinktionen ägare/icke-ägare. Därför kunde man vid en viss tidpunkt betrakta t.ex. köparen eller arvtagaren som ägare ur en viss synvinkel, medan säljaren respektive dödsboet kvarstod som ägare ur en annan. Den nyare teorin innebär framsteg ur följande synvinkel. Teorins »ordförråd» har utökats på ett sätt som möjliggör fler distinktioner och följaktligen en mer nyanserad bedömning av olika rättsliga positioner.

Nyanseringen kan medföra en ökad rättssäkerhet. Begreppsbildningen preciseras. Återigen: om detta arbete utförs väl blir praxis mer förutsebar.

D SLUTSATSEN

Juridiska teorier motiveras sålunda av ett komplex av olika slags skäl, empiriska, analytiska (däribland logiska) och praktiska.

I juridisk argumentation omfattar empiriska skäl bl.a. satser om olika fakta i det ifrågavarande fallet, verkningar av den ifrågavarande gärningen m.m. Dessutom omfattar de satser om den språkligt naturliga innebörden av olika rättskällor såsom prejudikat, lagars förarbeten, juridisk litteratur och härskande uppfattning i värdefrågor. Vidare omfattar de satser om innebörden hos vissa argumentationsnormer (»hanteringsregler», »metodregler») som har sedvanerättslig giltighet. Alla sådana skäl kan emellertid vara omstridda. Kunskap om fakta i målet stöder sig på mer eller mindre trovärdig bevisning. Kunskap om rättskällornas språkliga innebörd begränsas av att dessa ofta är vaga. Argumentationsnormerna är ofta oskrivna; kunskap om sådana normer baserar sig då på en viss tolkning av praxis.

Analytiska skäl i juridisk argumentation redogör bl.a. för en analys av vissa juridiska begrepp, däribland adekvansbegreppet. Om språket hade varit helt exakt skulle analytiska satsers sanningshalt vara helt bestämd och säker. Återigen möter vi emellertid vaghetsproblemet. Juridiska termer kan vara vaga. Ofta måste en jurist uttala sig om ett logiskt samband mellan olika vaga satser. Slutsatsen »orsakssammanhanget mellan handlingen H och skadan S är adekvat» följer t.ex. av en satsmängd vilken består av (1) satsen »handlingen H gör skadan S förutsebar för en försiktig expert» och (2) kännetecknet på adekvans: orsakssammanhanget är adekvat om H gör en skada av typ S förutsebar för en försiktig expert. Satsen 2 innebär en viss precisering av det vaga ordet »adekvat». Det logiska sambandet mellan satsen 1 och denna slutsats skulle emellertid försvinna om man i stället för 2 valt en annan tolkning av ordet.

Praktiska skäl i den juridiska argumentationen omfattar bl.a. etiska sakskäl, däribland generella etiska läror, värden och principer, t.ex. grundsatsen om skyddsändamålet. Sådana skäl bestämmer t.ex. huruvida en viss lagtolkning är rättvis, samhällsnyttig m.m. Slutgiltiga etiska satser kräver som sagt en avvägning som ytterst beror på personliga preferenser; se avsnitt 5.9.8 nedan.

Juridiska teorier omfattar bl.a. olika slags tolkningssatser. Såväl rättskällor som juridiska argumentationsnormer måste tolkas. Tolkningen har ett komplext stöd av empiriska, analytiska och praktiska skäl. Eftersom dessa kan vara omstridda är tolkningssatserna inte heller säkra.

Juridiska teorier motiveras därför genom en samlad avvägning där olika skäl modifieras och anpassas till varandra. Om fakta är omstridda och orden vaga finns det visserligen mycket spelrum för en sådan anpassning. Såväl fakta som begreppen tolkas på så sätt att fallets utgång är rättvis och acceptabel. Tolkningen av adekvansbegreppet kan t.ex. anpassas till skadeståndsreglernas skyddsändamål, och detta vidare till olika etiska sakskäl.

Avvägningen kan emellertid motiveras på ett mer eller mindre fullständigt och sammanhängande sätt. Om motiveringen är så fullständig och sammanhängande som möjligt omfattar den bl.a. en fullständig redogörelse för olika tolkningsmöjligheter avseende omstridda juridiska begrepp. Teorierna klargör dessa tolkningsmöjligheter och belyser begreppstolkningens sammanhang med olika empiriska och praktiska hänsyn. Därmed ökar de argumentationens inre sammanhang. Ökat sammanhang medför ökad rättssäkerhet.

4.5 Vissa vetenskapsteoretiska synpunkter

4.5.1 Inledande anmärkningar om vetenskapsteori och juridik

Vetenskapsteorin möjliggör en djupare förståelse av den juridiska metoden. Framför allt belyser den betydelsen av att juridiken bildar en säregen argumentationstyp med sina egna antaganden.

En slavisk tillämpning av olika vetenskapsteoretiska läror på juridiken leder främst av följande två skäl inte till några fruktbara resultat: Vetenskapens främsta mål är en sann beskrivning av verkligheten, medan juridikens mål som sagt är mer komplicerat. Dessutom är åtminstone naturvetenskapen universell medan juridiken främst är inriktad på en viss rättsordning.

Ändå är jämförelsen intressant; den avslöjar likheter och skillnader mellan juridisk och övrig vetenskaplig argumentation.

4.5.2 Juridisk induktion?

Den äldre vetenskapsteorin dominerades av den s.k. induktivismen. Man trodde att vetenskapliga teoriers sanning kunde bevisas (verifieras) eller åtminstone göras sannolik genom induktiva generaliseringar av observationsdata. Strukturen hos en induktiv slutledning kan belysas av följande exempel:

Premiss	Alla kända kråkor är svarta.
Slutsats	Alla kråkor överhuvudtaget är svarta.

Flera filosofer har emellertid åtminstone sedan Humes tid kritiserat induktivismen. Man vet ju inte säkert att de okända föremålen blir lika de kända. »All mat är mjölk» sade babyn. Ju fler konkreta exempel babyn kunde samla på till stöd för att dittills all mat bestått av mjölk, desto närmare kom den tidpunkt då den första godisbiten skulle komma att kullkasta den induktiva generaliseringen.

Utan tvekan ger sådana discipliner som biologi och sociologi skäl för att induktion är korrekt. Men eftersom de själva vilar på induktion måste dessa skäl innebära en logisk cirkel. Ändå är induktion inte värdelös. Vissa vetenskapsteoretiker har sålunda gjort gällande att *om* ordning härskar i universum bildar induktion den enda metoden att förutse ordningen (Reichenbach 1940, 97 ff.; Feigl 1962, 29 och 31). Dessutom har de hävdat att induktion är tillräcklig för att förklara alla vetenskapliga argumentationssätt (Reichenbach 1949, 429 ff.) samt att den ingår i statistisk argumentation (Hempel 1962, 133 ff.).

Rättsdogmatiken föreslår ofta en generalisering av rättsregler genom en s.k. juridisk induktion. Strukturen hos den juridiska induktionen kan belysas av följande exempel för en tänkt kortspelsklubb:

Premiss 1	Alla bridgespelare, canastaspelare, whistspelare och pokerspelare får söka medlemskap i klubben
Premiss 2	Alla bridgespelare, canastaspelare, whistspelare och pokerspelare är kortspelare
Slutsats	Alla kortspelare får söka medlemskap i klubben

Antag att premiss 1 upptas i klubbens stadgar. Slutsatsen kan självfallet

inte uppfattas som en teoretisk sats om stadgarnas bokstav. En sådan sats skulle vara falsk: den skulle göra gällande, att stadgarna bokstavligt innehåller lokutionen »alla kortspelare får söka medlemskap i klubben».

Slutsatsen måste därför uppfattas som en praktisk sats: en ny regel. Medan den vetenskapliga induktionen motiverar generella påståenden, alstrar den juridiska induktionen generella regler. Den förra baserar sig på en föreställning om naturens ordning (jfr t.ex. Braithwaite 1960, 259) och den senare på en generell rättviseprincip: lika skall behandlas lika (jfr Peczenik 1966, 50–72 och 1967, 135 ff.). Den juridiska induktionen skiljer sig således från den vetenskapliga. Se närmare avsnitt 4.9 nedan om analogislut.

Men det finns även vissa likheter. Varken den vetenskapliga eller den juridiska induktionen är någon deduktivt korrekt inferens – den induktiva slutsatsen säger mer än premisserna. Både den vetenskapliga och den juridiska induktionen ökar den ifrågavarande teorins generalitetsgrad.

4.5.3 Juridiska hypoteser?

Induktivismen har ifrågasatts av bl.a. *sir Karl Popper* (jfr t.ex. 1959, 28 ff.). Enligt Popper måste vetenskapliga teorier betraktas som blotta hypoteser, vilka får godtas så länge de inte motbevisas, t.ex. genom motexempel. Forskaren bör skapa så djärva hypoteser som möjligt och försöka falsifiera (motbevisa) dem. En hypotes kommer närmare sanningen, ju fler falsifieringsförsök som misslyckas (jfr a.a. 40 ff.). »Falsifikationismen» kan även betecknas som vetenskaplig Darwinism: Kunskapstillväxt sker således genom ett naturligt urval av hypoteser (Popper 1959, 108 och 1972, 261).

Men inte ens Poppers teori är problemfri. De observationer som verkar kunna falsifiera en viss hypotes kan ofta kritiseras och elimineras med hjälp av andra hypoteser. En astronom som inte kan se en viss stjärna där den i enlighet med teorin borde befinna sig behöver för den skull inte dra slutsatsen att den astronomiska teorin är fel. Han kan välja mellan att (1) ifrågasätta teorin; (2) rädda teorin genom att ifrågasätta observationsdata (»fel på teleskopet?»); (3) rädda teorin genom att ifrågasätta att observationen strider mot den (»logiskt fel på argumentationen?»); och (4) rädda teorin genom att tillägga någon hjälphypotes om externa faktorer (vilka t.ex. inverkar på stjärnas belägenhet). Hur falsifieras då en teori? Denna fråga uppmärksammades redan före Popper av den franske vetenskapsteoretikern *Pierre Duhem* och kallas därför ofta för Duhems problem (jfr Koertge 1978, 255).

För att komma från Duhems problem har Popper (1959, 83) formulerat vissa metodregler, varav den viktigaste säger att hjälphypoteser är förbjudna om de är *ad hoc*, dvs. om deras enda funktion består i att rädda den ifrågasatta teorin. För att

kunna accepteras måste följaktligen en hjälphypotes förklara något mer, inte blott det faktum att den ifrågasatta teorin inte stämmer överens med gjorda observationer. M.a.o. måste den godtagbara hjälphypotesen öka teorins innehåll. Vetenskapshistorien innehåller emellertid flera exempel på att teorier räddats av *ad hoc*-hypoteser (jfr Nordin 1980, 133 ff. om Agassi).

Debatten om Duhems problem kan därför inte anses vara avslutad. Förvisso ger Poppers falsifikationism en väsentlig inblick i vetenskapens metod: vetenskapliga teorier består av hypoteser. Men Poppers grundtanke att det går att bevisa att en hypotes är falsk tycks mig vara alltför enkelt. »Bevisningen» är aldrig helt säker. En mer realistisk formulering är kanske följande: hypoteserna får godtas så länge *övervägande skäl* inte finns för att de är falska.

Kort sagt kan man betrakta varje naturvetenskaplig teori som en hypotes, vilken får godtas så länge övervägande skäl inte finns, att den är falsk. Härmed skiljer sig emellertid den juridiska argumentationen från den vetenskapliga. Juridiska slutsatser är ofta praktiska satser, som saknar sanningsvärde: De kan varken vara sanna eller falska, utan blott riktiga eller oriktiga.

Men det finns en likhet. Både de vetenskapliga och de juridiska slutsatserna får godtas så länge det inte föreligger en väl sammanhängande mängd motskäl, dvs. skäl mot att de är sanna respektive riktiga.

4.5.4 Juridikens grundantaganden. Åter frågan om relevans

Kontroverser kring induktivism och falsifikationism medför att vissa filosofer föredrar en mer »vetenskapssociologisk» angreppsvinkel.

Redan *Popper* (1970, 51 ff.) har konstaterat att en forskare inte behöver fundera på hur hans bidrag passar till vetenskapens generella kunskapsram. Han kan lämna frågan åt andra och i stället lita på vetenskapliga lärors förutbefintliga struktur.

Knut Erik Tranøy (1976, 131 ff., 1980, 191 ff. och 1988, 111 ff.) har försökt beskriva denna ram genom att utöka antalet metodregler. Närmare bestämt har han behandlat vissa »forskningsnormer» som inte endast förankras i vetenskaplig metod utan även uttrycker olika traditioner. Varje sådan tradition är uppbyggd kring ett visst värde, såsom självförverkligande, välfärd, värdeneutralitet, intersubjektiv överprövbarhet, ärlighet, uppriktighet, exaktheit, fullständighet, enkelhet, ordning, sammanhang, system och akademisk frihet. Jfr även Polanyi 1962, 53 ff., 170 osv. om traditionens betydelse för vetenskapen.

Vissa metodregler och forskningsnormer möjliggör en logiskt korrekt övergång från observationsdata till teorier. Sådana normer tas för givna inte bara inom vetenskapen utan i det vardagliga livet. Ibland baserar de sig på sannolikhet. *Stephen Toulmin* (1964, 108 ff.), vilken har gjort denna idé rätt så berömd,

betecknar dem som *materiella slutledningsregler*. Han ger följande exempel på en materiell slutledningsregel: »om någon är svensk så är han nästan säkert ingen romersk katolik». Regeln, vilken motiveras med iakttagelsen att mindre än 2% svenskar är romerska katoliker, möjliggör slutledningen från premissen »Petersson är svensk» till slutsatsen »Petersson är nästan säkert ingen romersk katolik». Exempel belyser dock det faktum att materiella slutledningsregler är osäkra. (En svensk professor som råkar vara katolik är föga imponerad av Toulmins tankar.)

Enligt den kände vetenskapshistorikern *Thomas Kuhn* (1970, 23 ff.) utvecklas varje vetenskaplig teori inom ett visst *paradigm*. Ett paradigm omfattar bl.a. (1) vissa konkreta vetenskapliga mönsterinsatser som manar till efterföljd, t.ex. Einsteins relativitetsteori; (2) vissa härskande värderingar som binder samman forskare inom en viss disciplin, t.ex. de krav som man ställer på fysikaliska experiment; och (3) vissa antaganden angående meningen av vetenskapliga facktermer, t.ex. vad som menas med »massa» och »energi».

Om en forskare inte kan lösa ett visst problem inom paradigmet, förkastas för den skull inte detta paradigm. Ofta ifrågasätts istället forskarens vetenskapliga kompetens.

Normalvetenskap är bunden av sitt paradigm. Ett paradigmskifte kan endast ske genom en »vetenskaplig revolution». Under den »revolutionära» period då två paradigm tävlar med varandra förekommer i regel ingen meningsfull vetenskaplig debatt mellan deras respektive företrädare, t ex mellan anhängare till Newton och Einstein, utan förespråkare för det gamla paradigmet dör ut och förespråkare för det nya tar successivt alltmera över.

En anledning till att debatten mellan olika paradigms företrädare så sällan kan komma till stånd är att ord ändrar mening och tillämpningsområde vid övergången från ett paradigm till ett annat.

Ett paradigmskifte beror bl.a. på avvägning mellan olika värden (jfr Kuhn 1970, 262 och Sintonen 1986, 364 ff.). Värdena och följaktligen paradigmen är emellertid »ojämförliga». Varje paradigm uppfyller sina egna krav på vetenskaplig metod men misslyckas med att uppfylla de krav som ett konkurrerande paradigm bestämmer (Kuhn 1970, 109-110).

Vissa paradigmskiften har således en dramatisk karaktär. En vetenskaplig revolution är emellertid inte alltid så omfattande utan den kan ske i en mindre skala (Kuhn 1970, 180-181).

I senare skrifter (1979, 293 ff.) talar Kuhn om ett »disciplinärt ramverk (matrix)». Varje vetenskaplig disciplin definieras av sitt ramverk. Inom samma ramverk kan ett nytt paradigm avlösa det gamla.

Jfr även Polanyi 1962, t.ex. 151: »Två motstridiga tankesystem skiljes av en logisk klyfta... Formella operationer utifrån en referensram kan inte bevisa ett påstående för personer som förlitar sig på en annan referensram. Dess förespråkare kanske inte ens lyckas komma till tals med dem, eftersom de först måste lära dem ett nytt språk... » (översättning av Bertil Rolf, 1991, 90-91).

Varje vetenskaplig disciplin baserar sig sålunda på vissa grundantaganden (paradigm), s.a.s. på sin egen vetenskapsbild. Denna tes gäller även för rättsvetenskapen.

Därmed bekräftas det ovan sagda (jfr avsnitt 3.1, 4.2 och 4.3) om juridikens särart som en argumentationstyp med egna måtstockar för relevans. Juridikens grundantaganden bestämmer vad som är juridiskt relevant.

Enligt *Aulis Aarnio* (t ex 1984, 25 ff.; Aarnio och Uusitalo 1984, 263 ff.) är den juridiska argumentationens grundantaganden (dvs. dess »ramverk») följande:

1) *Gällande rätt.* Den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt. Gällande rätt utgör sålunda juridikens forskningsobjekt.

2) *Rättskällor.* Det finns vissa rättskällor som etablerats i samhället och antingen är bindande eller äger stor auktoritet. Varje rättslig tolkning måste basera sig på någon rättskälla.

3) *Argumentationsnormer.* Den juridiska argumentationen styrs och bör styras av vissa argumentationsnormer. Dessa bestämmer juridikens arbetsmetod. Om en jurist inte följer sådana normer är hans tolkning inte rättslig fast den kan vara intressant ur någon annan synvinkel.

4) *Materiell rättssäkerhet.* Juristerna strävar efter en materiell rättssäkerhet, dvs. utgår från att de juridiska slutsatserna bör vara såväl i hög grad förutsebara som i hög grad etiskt godtagbara.

Den som åsidosätter dessa grundantaganden underkastas vetenskapsgrenens interna »jurisdiktion». Hans alster möter förvåning, sträng kritik (jfr t.ex. Bramstång 1981, särskilt 11 ff. och 119 ff.) och i värsta fall kollegornas föraktfulla tystnad.

Vetenskapernas grundantaganden är ofta vaga. Likaledes är juridikens grundantaganden vaga. Vid olika tider och i olika länder förekommer skilda uppfattningar om gällande rätt, rättskällor, argumentationsnormer och rättssäkerhet. Man kan därför tala om juridikens olika paradigm eller åtminstone om olika tolkningar av de juridiska grundantagandena (se vidare Dalberg-Larsen 1977, 513 ff.).

Ett nytt juridiskt »paradigm» kan avlösa det gamla. En förnuftig debatt mellan olika »paradigms» företrädare möter i juridik samma problem som i andra discipliner: ord ändrar nämligen mening och tillämpningsområde vid övergången från en tolkning av juridikens grundantaganden till en annan. Det är inte säkert att t.ex. en traditionell rättsdogmatiker, som ägnar sig åt stringent lagtolkning och rättsfallsanalys, uppfattar begreppet

»gällande rätt» exakt likadant som en »fri rättsvetenskapsman», inriktad på en samhällskritisk bedömning av lagens verkningar.

Det går emellertid inte att på en och samma gång förkasta den större delen av föreställningarna om gällande rätt, rättskällor, argumentationsnormer och rättssäkerhet, och ändå anse sig argumentera juridiskt.

Såväl vetenskapens som den juridiska argumentationens grundantaganden och deras tolkningar baserar sig på forskarnas respektive juristernas härskande uppfattning, dvs. konsensus eller m.a.o. enighet.

Modeordet »paradigm» kan användas på olika sätt. Habermas (1992, 468 ff.) talar t ex om rättens (inte juridikens!) formella, materiella och procedurella paradigm. Det formella kännetecknar rättsstaten, det materiella uppstår i välfärdsstaten, medan det av Habermas förespråkade procedurella paradigmet kännetecknas av »växelverkan mellan den rättsligt institutionaliserade och den icke-institutionaliserade folksuveräniteten» (id. 532, jfr avsnitt 1.5.1C7 ovan).

4.5.5 Juridikens arbetsprogram

En vetenskapsteoretisk skola som kan placeras mellan Popper och Kuhn har utvecklats av Poppers lärjunge *Imre Lakatos* (1970, 132 ff.). Enligt Lakatos har varje forskningsprogram, dvs. en mängd teorier, en teorikärna som inom programmet tas för given och inte får kritiseras. Kärnan omfattar vissa centrala teorisatser, sådana som t.ex. huvudpunkterna av relativitetsteorin. Om en observation förefaller att strida mot teorikärnan måste man söka efter en hjälphypotes som förklarar avvikelsen, t.ex. genom att hävda att den orsakats av en störande faktor. Teorikärnan skyddas således av hjälphypoteser. Inom ett givet forskningsprogram får motexempel riktas mot hjälphypoteserna, inte mot själva teorikärnan. Teorikärnan spelar därför i Lakatos' lära en liknande roll som paradigmet i Kuhns vetenskapsfilosofi. Ett bestämt paradigm bildar m.a.o. en kärna kring vilken man kan utarbeta ett forskningsprogram.

Med tiden utvecklas mer och mer komplexa teorier, vilka har samma kärna men ändå tar hänsyn till allt fler observationer. Ett forskningsprogram är fruktbart, om man på grund av samma teorikärna fortsätter att skapa teorier som har allt större empiriskt innehåll, dvs. förklarar en allt större mängd data. Programmet degenererar däremot när det inte längre producerar teorier med allt större empiriskt innehåll. Detta medför ofta att programmet byts ut mot ett nytt med en annan teorikärna. Den klassiska fysiken stagnerade således vid slutet av 1800-talet. Alla frågor verkade vara lösta, och få nya teorier uppstod. Kort därefter avlöstes forskningsprogrammet av ett annat, baserat på Einsteins relativitetsteori.

Juridisk relevans kan belysas närmare av läran om juridiska forskningsprogram. Ett rättsvetenskapligt forskningsprogram är fruktbart, om man på

grundval av samma »teorikärna» fortsätter att skapa rättsvetenskapliga teorier och juridiska tolkningar som har en allt mer sammanhängande motivering och ett allt större innehåll, dvs. förklarar en allt större mängd juridiska data. Ett rättsvetenskapligt forskningsprogram kan åtföljas av ett motsvarande arbetssätt inom den praktiska juridiken. Generellt kan man därför tala om olika juridiska arbetsprogram.

Det som tas för givet inom vår kulturkrets och inom vårt juridiska paradigm (jfr avsnitt 3.1.1 ovan om förutsatta satser) ingår i juristernas *teorikärna* som delvis påminner om teorikärnor i Lakatos' mening. Häri ingår som sagt vissa grundläggande etiska uppfattningar som delas av både jurister och lekmän; vidare antagandet om att den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt; den grundläggande juridiska uppfattningen om rättskällors auktoritet; den grundläggande juridiska uppfattningen om argumentationsnormer; samt, slutligen, vissa grundläggande juridiska värdeomdömen, först och främst rörande rättssäkerhet och rättvisa. Det går inte att på en och samma gång förkasta den större delen av denna teorikärna och ändå anse sig argumentera juridiskt.

Inte heller går det att på en och samma gång förkasta den större delen av gällande lagstiftning, prejudikat eller andra viktiga rättskällor. Även rättskällorna kan därför uppfattas som en del av juristernas teorikärna, om man inte är benägen att uppfatta dem som juristernas observationsdata (se strax nedan; jfr Peczenik 1983, 126 ff., Peczenik 1983b, 71 ff. och Peczenik 1988, 138 ff.).

Till sist måste juristerna i vissa fall beakta teorikärnor av olika hjälpvetenskaper såsom ekonomi, medicin m.fl.

Juristernas *teorier* omfattar, vid sidan av vissa samhällsvetenskapliga sådana, olika normativa läror, t.ex. vad som bör utgöra straffets ändamål (att avskräcka, att bättra, att vedergälla osv.), vad som bör anses bilda ett adekvat orsakssamband, eller när äganderätten bör anses övergå från säljaren till köparen.

Juridiska data omfattar

- information om lagar och andra rättskällor; m.a.o. information om vissa slutgiltiga avvägningar som utförts av lagstiftaren;
- information om olika *prima facie* etiska normer och värderingar som genomsyrar det ifrågavarande samhället; och
- information om olika fakta, t.ex. fakta i ett föreliggande rättsfall.

Den argumenterande juristens egna avvägningar har också en viss likhet med sådana data. I varje fall bearbetas de av juristen och förklaras i de teorier han lägger fram.

Ett juridiskt arbetsprogram degenererar när det inte längre på ett sammanhängande sätt producerar motiverade juridiska lösningar med allt större innehåll. Detta kan medföra att programmet byts ut mot ett nytt med en annan teorikärna.

Enligt de Wild 1980, 55 ff. degenererar en serie juridiska teorier när det inte längre går att framställa en ytterligare sådan som förklarar och eliminerar fler motsägelser mellan rättsregler än dess företrädare; de Wilds rättsteori är förenlig med det ovan sagda, förutsatt att hans lista på juridiska data utökas.

Frågan om det föreligger något behov att skapa ett nytt juridiskt arbetsprogram är omstridd. Vissa rättsvetenskapliga forskare efterlyser t.ex. ett nytt angreppssätt på juridiska problem, eftersom den klassiska rättsdogmatiken enligt deras mening inte längre kan alstra någon sammanhängande tolkning och systematisering av vissa nya rättsområden, såsom arbetsrätt, socialrätt osv. (jfr avsnitt 3.10.2A och 4.4.2 ovan om bl.a. Gravers, Zahles, Lavins och Westbergs uppfattning). Andra hävdar emellertid att den traditionella juridiken kan lösa de nya uppgifterna.

4.5.6 En slutsats angående rättssäkerhet

Trots sin värdebemängda karaktär är rättsdogmatiska teorier förenliga med rättssäkerhetskravet eftersom de bygger på rationell bearbetning av olika slags data. Juridiska data omfattar som sagt bl.a. information om lagar, andra rättskällor och olika *prima facie* etiska värden som genomsyrar det ifrågavarande samhället. Rättsdogmatikens begreppssystem ökar det juridiska språkets precisionsnivå. Rättsdogmatiken gör det möjligt att samla, testa och förbättra åsikter från många generationer jurister.

Det ovan sagda medför att följande tes lär vara rimlig.

Rättssäkerhetstes 4. Trots sin värdebemängda karaktär bygger juridiska teorier på så pass bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder, att deras inverkan på den juridiska argumentationen är förenlig med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

4.6 Lagtolkning i svåra fall

Låt mig nu återvända till lagtolkningsfrågor. Ett rutinfall föreligger som sagt när en klar rättsregel problemfritt kan tillämpas på klara fakta. För att få fram en logiskt korrekt lösning av ett svårt fall måste man däremot tillägga något mer. Fallets lösning följer av en satsmängd som förutom en etablerad rättsregel och en faktabeskrivning omfattar ett tillägg som är rimligt men som kan ifrågasättas. Tillägget kan t.ex. bestå av en norm- eller värdesats.

I fortsättningen kommer jag att behandla lagtolkning i svåra fall. Om ett fall är svårt på grund av ett lagtolkningsproblem är lagtolkningen kreativ, inte endast beskrivande.

I. En beskrivande tolkning innebär att en lagbestämmelses innebörd fastställs i enlighet med lagens ordalydelse. På så vis kan man konstatera att lagen inte är klar, men man kan inte göra den klarare.

II. En kreativ tolkning åter är antingen utfyllande eller korrigerande. Den förra behövs då lagen inte är tillräckligt klar, den andra då den inte är vare sig tillräckligt sammanhängande eller etiskt godtagbar.

1. En utfyllande tolkning innebär ett val mellan en lagbestämmelses olika tolkningar, m.a.o. en precisering av en mångtydig eller vag lagtext, men den strider inte mot lagbestämmelsens ordalydelse.

2. En korrigerande tolkning tillskriver lagtexten en ny innebörd som strider mot dess ordalydelse.

a. En korrigerande tolkning kan medföra att en bestämmelse reduceras, dvs. får en ny, snävare mening.

b. En korrigerande tolkning kan även innebära att bestämmelsen helt elimineras ur rättsordningen.

c. Vidare kan en korrigerande tolkning innebära att en ny, mer generell norm tillskapas.

d. Ett specialfall föreligger då man löser en kollision mellan oförenliga bestämmelser, t.ex. genom att den ena erhåller företräde framför den andra.

Förvisso är alla dessa distinktioner idealtypiska, inte skarpa (jfr t.ex. Vila 1991, 182). All lagtolkning måste i viss mån bygga på den befintliga lagen. Till följd av vardagsspråkets oundvikliga vaghet är samtidigt all lagtolkning i viss mån kreativ. Men det kreativa momentet spelar en relativt liten roll vid beskrivande tolkning.

Lagtolkning i svåra fall stöder sig på olika slags premisser, m.a.o. olika skäl, såsom analogislut, motsatsslut osv. Vissa av dem avslöjar att en mer

övergripande tolkningsmetod använts (jfr t.ex. Savigny 1840 § 33). Metoderna kan klassificeras på olika sätt. Den nedan utvecklade klassifikationen är relativt detaljerad. Det skiljs således mellan bl.a. bokstavstrogen, språkligt konsekvent, logisk, kvasilogisk, systematisk, begreppsanalytisk, begreppssyntetisk, historisk, komparativ och teleologisk tolkning. Tolkningsmetoderna kännetecknas av att man tar hänsyn till skilda tolkningssammanhang.

Bokstavstrogen tolkning innebär en beskrivning av textens språkliga innebörd.

Språkligt konsekvent tolkning utgår från att lagen bör vara ett språkligt sett perfekt styrmedel.

Den logiska lagtolkningen innebär att man drar logiska slutsatser av lagen.

Kvasilogisk tolkning utgår från vissa synnerligen väl etablerade normer såsom att lagen inte får kräva det omöjliga.

Vid en systematisk tolkning betraktar man en lagregel i sitt sammanhang med sådana tolkningsdata som andra lagregler, lagens systematik och rättsdogmatiska teorier.

Begreppsanalytisk tolkning stöder sig på en analys av olika rättsliga begrepp.

Begreppssyntetisk tolkning leder till att generella rättsdogmatiska begrepp utvecklas.

Vid en historisk tolkning beaktas de fakta och åsikter som påverkat lagstiftningen. Denna tolkningsform har behandlats ovan i samband med användningen av lagens förarbeten, se avsnitt 3.6 ovan.

Vid en komparativ tolkning av en inhemsk lag tar man hänsyn till utländsk rätt. Även denna tolkningsmetod har redan behandlats, se avsnitt 3.8 ovan.

Vid en teleologisk lagtolkning beaktas olika slags data angående lagens ändamål.

4.7 Vissa klassiska lagtolkningsmetoder

4.7.1 Bokstavstrogen tolkning

Bokstavstrogen tolkning innebär en beskrivning av textens språkliga innebörd. Den är aldrig korrigerande, inte ens utfyllande. En lags språkliga innebörd kan belysas genom att man beaktar bl.a. följande material:

- legaldefinitioner och andra förklaringar, som själva lagen innehåller, beträffande innebörden av vissa ord och uttryck;
- ordböcker, språkvetenskap m.m.;
- det sätt på vilket ord och uttryck som förekommer i lagen används i andra rättskällor och i vardagsspråket; samt
- stilistiska egenskaper hos och egendomligheter i lagtexten eller t.o.m. vissa andra texter som skrivits av de i lagstiftningsarbetet deltagande personerna t.ex. lagmotiv och juridiska avhandlingar.

»Såsom framgått, och såsom är obestritt, måste den språkliga tolkningen av en lagtext tillmätas primär betydelse» (Hellner 1994, 86).

Evers (1970, 45 ff.) har kritiserat en extrem bokstavstolkningsteori som utgår från »följande två antaganden:

1. Varje väl avfattad text har en enda riktig tolkning.
2. Den riktiga tolkningen av varje väl avfattad text framgår av textens ordalydelse.»

Få jurister skulle emellertid ansluta sig till dessa antaganden. Juristerna brukar i stället godta en *moderat* bokstavstolkningsteori som »utgår från mycket försiktigare premisser:

1. Ur en språklig synvinkel får de flesta lagtexter inte tolkas hur som helst. Vissa sätt att tolka texten är språkligt acceptabla, andra är det inte.
2. De språkligt acceptabla tolkningarna av en lagtext framgår av textens ordalydelse i samband med annat språkligt material» (Peczenik 1974, 71).

4.7.2 Vissa krav på språklig konsekvens

Bokstavstrogen tolkning förenas ofta med att man använder följande tolkningsnormer, som utgår från att lagen bör vara språkligt konsekvent. M.a.o. bör den vara ett så perfekt styrmedel som möjligt och därmed uttrycka målrationalitet (se avsnitt 1.4.1G ovan).

Samma ord och uttryck som förekommer på skilda ställen i en och samma lag får inte tolkas på olika sätt, om inte goda skäl finns för deras olika tolkningar. Jfr Wróblewski 1959, 247 ff. och Alexys rationalitetsregel 1.4; avsnitt 7.10 nedan.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inga ord vars tolkning ställer sig olika beroende på ordens placering i lagen.

Den nu ifrågavarande normen åberopades t.ex. i lagrådets uttalande om begreppet »näringsverksamhet» i skadeståndslagen (prop. 1972:5, 635).

Det finns emellertid ibland goda skäl för att avvika från uniform tolkning. Ordet »motvärn», t.ex., tolkades inte uniformt i strafflagen. För att undvika tänkbara missförstånd ersattes senare uttrycket »genom motvärn eller på annat dylikt sätt» i brottsbalken (jfr 8 kap. 5 §) med orden »sätter sig med... våld eller hot till motvärn».

En inkonsekvent tolkning är dessutom svårförenlig med principen »lika skall behandlas lika».

Mer tveksamt är om en uniform tolkning bör krävas avseende samma ord som förekommer i olika lagar. Man ställer säkert inte något sådant krav om de aktuella lagarna tillhör olika rättsområden. Begreppet »tomt» t.ex. har en betydelse i straffrätten och en annan i fastighetsrätten. T.o.m. ordet »samlag» tolkas i straffrätten annorlunda än i föräldrabalken.

Om olika ord och uttryck förekommer i en och samma lag bör man anta, att också deras mening är olika, om inte goda skäl finns för att anta motsatsen. Jfr Wróblewski 1959, 247 ff. n. 119.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inga vilseledande inkonsekvenser.

En annan sak är att inte alla lagar är perfekta. I 6 och 45 §§ försäkringsavtalslagen förekommer uttrycket »försäkringsfallets inträffande eller skadans omfattning», medan det i 121 § av samma lag talas om »försäkringsfallets inträffande eller omfattning». Goda skäl finns ändock att anta, att inget avseende bör fästas vid denna skillnad.

En lagbestämmelse får inte tolkas så att några delar av den blir överflödiga, om det inte finns goda skäl för det. Jfr Wróblewski 1959, 248.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inte någonting som inte behövs för att styra människors handlande.

Ord och uttryck som förekommer i lagen, får inte tolkas i strid med vanligt språkbruk, om inte goda skäl finns för en sådan tolkning.

Men: om ett ord eller ett uttryck, som förekommer i lagen, har en etablerad mening i lagens eller juristernas fackspråk och ett annat i vanligt språkbruk, har den förra företräde. Jfr Wróblewski 1959, 245-6.

Om lagen är ett perfekt styrmedel måste den vara begriplig. Därför betonar man det allmänna språkbrukets betydelse. Men goda skäl kan finnas för att genom facktermer öka lagspråkets precision.

4.7.3 Logisk lagtolkning. Subsumtionens betydelse

Den logiska lagtolkningen innebär att man drar logiska slutsatser av lagen. Bl.a. konstateras om lagen är motsägelsefri. Motsägelsefrihet är det mest fundamentala rationalitetskravet och ett nödvändigt villkor för lagtolkningens sammanhängande karaktär.

Det förhållandet, att logisk deduktion inte är *tillräcklig* för att leda den rättstillämpande juristen fram till målet – avgörandet – innebär... inte, att juristen skulle vara höjd över logikens lagar...: ett *motsägelsefullt* juridiskt resonemang är ohållbart» (Strömholm 1988, 401).

Eftersom lagen ofta är vag kan den framstå som motsägelsefri vid en tolkning och motsägelsefull vid en annan. Har man då fastställt att lagen är motsägelsefull går det, bl.a. genom att följa vissa kollisionsnormer, att avlägsna motsägelsen.

Ett särskilt problemområde inom den logiska lagtolkningen gäller frågor om subsumtion. Subsumtionens betydelse framgår av följande argumentationsnorm:

Såväl varje juridiskt avgörande av ett konkret fall som varje rättsvetenskapligt förslag till ett sådant avgörande måste följa logiskt av åtminstone en generell norm jämte vissa tillagda premisser. En sådan generell norm kan antingen vara en skriven lagregel, en prejudikatregel eller en annan norm som har stöd av någon rättskälla.

Denna argumentationsnorm uttrycker kravet på generalitet och motsvarar sålunda ett viktigt krav på sammanhängande motivering. Samtidigt främjar den de rättsliga beslutens förutsebarhet. Jfr även Alexys rationalitetsregler (J.2.2), (J.6), (J.8), (J.10) och (J. 18); avsnitt 7.10 nedan.

4.7.4 Kvasilogiska maximer

I detta sammanhang kan man nämna vissa kvasilogiska maximer, vilka kan ha betydelse för lagtolkningsfrågor. Dessa maximer är vaga och kan antingen tolkas som sedvanerättsliga respektive etiska normer eller som logiska satser. Låt mig ange endast tre av dem.

Ingen har en skyldighet att göra det omöjliga.

Maximens praktiska betydelse belyses av följande exempel. 21 § 1 stycket av dåvarande köplagen (»Varder godset ej i rätt tid avlämnat, och beror ej sådant av

köparen eller av händelse, för vilken han står faran, stånde till honom, huruvida han vill kräva godsets avlämnande eller häva köpet») har kommenterats av Hellner (1967, 82) på följande sätt. »Köplagen gör icke något undantag i köparens rätt att kräva fullgörande ens för det fall att köpet avsåg bestämt gods och detta redan vid avtalet var förstört eller senare förstördes. Om detta konstaterats kan dock köparen icke få dom på fullgörande av köpet, något som brukar motiveras med satsen »impossibilium nulla est obligatio» (det finns ingen skyldighet att göra det omöjliga).»

Om ordet »skyldighet» tolkas som »lagstadgad skyldighet» uttrycker denna maxim inte någon logisk nödvändighet, utan blott en sedvanerättslig eller etisk norm. Det kan finnas lagar vilka kräver det omöjliga. Men denna »skyldighet» måste vara oetisk. Om ordet »skyldighet» uppfattas som »etisk skyldighet» kan man följaktligen invända, att en »skyldighet» att göra det omöjliga definitionsmässigt inte är någon (etisk) skyldighet. Det är språkligt lika omöjligt som det är för en »ungkarl» att vara »gift». Så uppfattad är maximen en logisk sats (jfr t.ex. Holländer 1992, 252 ff.).

Ingen kan överlåta fler rättigheter än han själv har.

Naturligt tolkad uttrycker denna maxim ingen logisk nödvändighet utan en norm, som kan rättfärdigas genom att man betonar rättighetsinnehavarens behov av rättssäkerhet.

Man kan ju tänka sig följande läge. A äger en fastighet som besväras av nyttjanderätt, upplåten till B. A säljer fastigheten till C och gör detta så »skickligt», att B förlorar nyttjanderätten. På så vis får C mer än A hade, nämligen en äganderätt som inte längre besväras av någon nyttjanderätt. Situationen är självfallet logiskt möjlig, men lagen brukar innehålla regler som förhindrar att den uppkommer. Se emellertid NJA 1989 s. 20.

Helt andra regler gäller vidare för godtrosförvärv av lösa saker. Anta att B äger en lös sak som dock befinner sig i A:s besittning. C uppfattar A som ägare och köper saken av honom. Tack vare reglerna om godtrosförvärv får då C mer än A hade, dvs. äganderätt, inte blott besittning.

Tolkad på ett annat sätt uttrycker maximen ett slags logisk nödvändighet. Ordet »överlåta» förutsätter att en person endast kan överlåta det han har. Ingen kan hälla ut två liter vatten ur en kanna som blott innehåller en liter. Inte heller kan en icke-ägare överlåta äganderätt. Vid godtrosförvärv kan visserligen köparen C få mer än säljaren A hade, men han får det inte genom »överlåtelse» utan genom ett »konstitutivt» förvärv.

Lagen kan ej verka i det förflutna.

Visserligen kan inte ens lagen ändra det förflutna. Men inte heller denna maxim uttrycker, naturligt tolkad, någon logisk nödvändighet. Man kan väl tänka sig en retroaktiv lagstiftning, vilket t.ex. många skattebetalare vet. En lag, antagen idag, kan användas i morgon för att bedöma gårdagens handlingar. Men en retroaktiv lag är *prima facie* oetisk, eftersom den kan utsätta de berörda för oförutsedda förluster.

Observera att retroaktivitet är bara *prima facie* oetisk. Den slutgiltiga bedömningen beror på olika omständigheter. Om t.ex. retroaktiv lagstiftning medför att samhällsekonomin räddas så kan man konstatera att gott överväger ont och att retroaktiv lagstiftning i sådant undantagsfall är en god lagstiftning.

Olika former av retroaktivitet behandlas av Frändberg 1984, 174 ff. och 179 ff.. Vissa rättspolitiska problem i samband med retroaktivitet behandlas av Strömholm 1988, 308 ff.

Tolkad på ett annat sätt, som torde härstamma från naturrättsläran, uttrycker maximen ändå ett slags logisk nödvändighet: Man kan hävda att en retroaktiv lag är så pass oetisk att den inte kan vara etiskt bindande. Det etiska språket anses därmed utesluta allt tal om bindande retroaktiva lagar. Uttrycket »en etiskt bindande och retroaktiv lag» kan m.a.o. anses vara lika besynnerligt som uttrycket »en gift ungkarl».

Dessa maximers tolkning som logiska satser är visserligen något onaturlig. Men det faktum att denna tolkning överhuvudtaget är möjlig visar hur pass väl förankrade de är i vår kultur. Deras etiska rättfärdigande är så starkt att man lätt kan uppfatta dem som logiskt nödvändiga.

4.7.5 Systematisk tolkning

Den systematiska lagtolkningen omfattar bl.a. följande tolkningsargument:

1) användning av en lagbestämmelse för tolkning av en annan lagbestämmelse och
2) tolkning påverkad av lagtextens systematik.

Vid tolkning av en lagbestämmelse bör hänsyn också tas till andra bestämmelser som hjälper läsaren att förstå lagen.

På så sätt kan läsaren t.ex. få ett mer fullständigt svar på den behandlade frågan, ett underlag för analogislut m.m.

Följande exempel belyser denna tolkningsnorm:

För att t.ex. kunna tillämpa en straffsats i brottsbalken måste hänsyn tas till lagbestämmelserna om ansvarsfrihetsgrunder m.fl.

En gammal lag kan tolkningsvis anpassas till en ny, som behandlar liknande fall. De kvarvarande reglerna i 1734 års handelsbalk anpassas således till avtalslagen, köplagen och andra moderna lagar.

Olika laguttryck kan stå i skilda slags samband med varandra, t.ex. bilda ett slags hierarki.

Jfr t.ex. följande uttryck: »genast» (27, 32, 52 §§ av den gamla köplagen, 1904), »så snart ske kan» (6 § samma lag), »utan oskäligt uppehåll» (26, 27, 31, 32, 40, 52, 60 §§ samma lag) och »inom rimlig tid» (26 och 31 §§ samma lag). Tack vare att dessa uttryck tolkas i samband med varandra ser man t.ex. att uttrycket »inom rimlig tid» betecknar en längre tidsfrist än uttrycket »utan oskäligt uppehåll» (jfr Hellner 1969, 136-7).

En lagbestämmelse kan hänvisa till en annan.

En lag kan t.ex. påbjuda en användning av institutanalogi (jfr avsnitt 4.9 nedan). Lagen bestämmer då ofta att ett visst regelkomplex skall äga s.k. motsvarande rättstillämpning på ett annat område. Enligt lagtexten skall en viss bestämmelse, t.ex. 8 kap. 13 § brottsbalken, tillämpas på vissa fall (t.ex. stöld, snatteri m.m). En annan lagbestämmelse, t.ex. 9 kap. 12 § brottsbalken, säger då att den förra därutöver skall tillämpas på andra fall (t ex bedrägeri, utpressning osv.).

Ibland sker tillämpningen med en viss modifikation, jfr t.ex. 1 § 2 stycket av den gamla köplagen: »Vad i denna lag är stadgat om köp skall i tillämpliga delar gälla i fråga om byte». De icke tillämpliga delarna omfattade t.ex. 5-8 §§ om köpeskillingens bestämmande.

Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till

a) lagens rubriker och

b) lagbestämmelsens placering i en viss del av rättsordningen, i en viss lag eller i en viss del av denna.

I samband med 3 kap. 9 § brottsbalken om framkallande av fara för annan ifrågasattes t.ex. lagbestämmelsens tillämpning på de fall då någon gjort sig skyldig till en farlig gärning utan att veta vem som utsatts för faran. Tveksamheten orsakades av att gärningen i brottsbalkens systematik placerats bland brotten mot enskild. Denna tolkning har emellertid avvisats av flera författare, vilka angivit både sakskäl och analogier till andra bestämmelser som stöd för sin uppfattning (jfr Beckman o.a. 1970, 137 ff. och Jareborg 1989, 163).

4.7.6 Tolkning påverkad av begreppsanalys

Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till begreppsanalys, däribland till logiska relationer mellan olika begrepp och begreppens funktion i olika teorier, normativa system och praxis.

Jfr t.ex. avsnitt 4.1.2 ovan, beträffande analys av orsaksbegreppet; även strax ovan om begreppshierarki i köprätten, liksom, till sist NJA 1976 s. 458. I ett invecklat skadeståndsrättsligt fall uppfattade visserligen HD:s majoritet artskilda ansvarsbestämmande hänsyn som delar av en samlad culpabedömning. Men JustR Nordenson utförde en omfattande begreppsanalys, innefattande såväl generella principer som nyanserade distinktioner och logiska förhållanden mellan »culpa», »adekvans» och »skyddsändamål».

4.7.7 Tolkning påverkad av olika rättsdogmatiska teorier

Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till rättsdogmatiska teorier.

Jfr avsnitt 4.4.3 ovan, främst om teorier rörande adekvans och äganderättens övergång. Sådana teorier utvecklar generella begrepp. Den tolkning som de utgår från kan måhända kallas för begreppssyntetisk.

4.7.8 Sammanhangets betydelse

Genom att beakta sådana hänsyn som inbördes samband mellan olika uttryck, lagens systematik, begreppsanalytiska rön och rättsdogmatiska teorier ökar man lagtolkningens interna sammanhang. Sammanhanget ökar ytterligare tack vare det faktum att den systematiska lagtolkningens olika former hänger samman och stöder varandra: Begreppsanalysen belyser sambandet mellan olika uttryck och de rättsdogmatiska teorierna utnyttjar begreppsanalysen. Dessutom bidrar den systematiska lagtolkningen till skapandet av generella juridiska begrepp. Därmed tillgodoses rättvisekravet på att »lika behandlas lika».

4.8 Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning

En mer nyanserad lagtolkning kan leda till att man utvidgar eller inskränker en lagregels tillämpningsområde i förhållande till dess språkliga lydelse. Sålunda kan följande fastslås.

Både en reducerande och en restriktiv tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel, bestämt med hjälp av olika lagtolkningsmetoder, blir snävare än vad det skulle ha varit om det hade fastställts blott och bart genom bokstavstolkning.

Både en analogisk och en extensiv tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel, bestämt med hjälp av olika lagtolkningsmetoder, blir vidsträcktare än vad det skulle ha varit om det hade fastställts blott och bart genom bokstavstolkning.

Låt mig beakta följande fiktiva regel: »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben». Regeln kan tolkas på olika sätt:

1. En bokstavstolkning innebär att alla de personer som spelar schack, och inga andra, får söka medlemskapet.

2. En restriktiv tolkning innebär t.ex. att endast de schackspelare som erhållit det nationella schackförbundets »ratingtal», fastställande deras spelstyrka, får söka medlemskap. M.a.o. tillämpas regeln endast på »kärnan» av sitt tillämpningsområde, dvs. på de fall som utan minsta tvekan omfattas av detta. Den tillämpas däremot inte på de fall som troligen, men inte helt säkert, ingår i tillämpningsområdet, dvs. bildar en »periferi» i förhållande till detsamma. En sådan restriktivitet är i exemplets fall i viss mån märklig, eftersom man utesluter dem som regelmässigt spelar schack mot sina grannar m.fl. Men det är inte desto mindre språkligt fullt möjligt att endast kalla de officiellt godkända spelarna för »schackspelare».

3. En reducerande tolkning innebär t.ex. att regeln tillämpas ännu restriktivare, så att endast stormästare får söka medlemskap. Regeln tillämpas således inte ens på hela »kärnan» av sitt tillämpningsområde. Språkligt sett finns det ju många schackspelare som inte har någon stormästartitel. Det är språkligt otänkbart att likställa orden »schackspelare» och »stormästare». Den reducerande tolkningen beror i detta fall inte på den tolkade regelns innebörd utan t.ex. på klubbens utomordentligt höga ambitionsnivå.

4. En extensiv tolkning innebär t.ex. att alla de personer som en gång lärt sig schackreglerna får söka medlemskap, oavsett om de någonsin

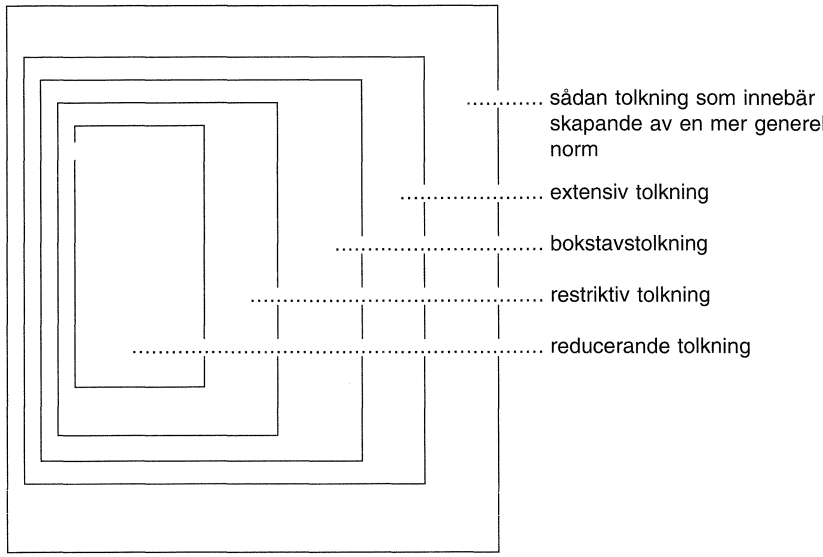
spelat ett schackparti. M.a.o. tillämpas regeln inte blott på »kärnan» av sitt tillämpningsområde utan även på de fall som bildar dess »periferi». En sådan generositet är i viss mån märklig, men det är språkligt sett fullt möjligt att kalla alla de personer som kan schackreglerna för »schackspelare».

5. Man kan till sist tänka sig att det tillskapas en ny, generellare regel som innebär t.ex. att även bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben. Regeln tillämpas således också på de fall som ligger klart utanför dess tillämpningsområde, t.o.m. utanför dess »periferi» i nyss angiven bemärkelse. Det är språkligt otänkbart att kalla bridge för »schack». Det vanligaste sättet att tillskapa en ny, mer generell regel är genom laganalogi, se avsnitt 4.9 nedan.

I vissa fall nöjer man sig inte med en reducerande tolkning utan eliminerar helt och hållet den ifrågavarande regeln ur rättsordningen, t.ex. därför att den är obsolet. En schackklubb kan t.ex. successivt ändra karaktär. Först godtages även bridgespelare. Sedan avvisas alla som inte håller en mycket hög klass i något av spelen. Till sist utträder alla schackspelare, och klubben blir en elitförening i bridge. Någon kanske minns regeln »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben» men tar den inte på allvar.

Slutligen kan det hända att en viss tolkning delvis är restriktiv, delvis extensiv. T.o.m. en reducerande tolkning och ett normskapande genom analogi kan kombineras med varandra, t.ex. då regeln »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben» tillämpas på stormästare i schack och mästare i bridge, medan mindre framgångsrika spelare uteslutes. Uteslutningen av vanliga schackspelare innebär där en reducerande tolkning, och godkännandet av bridgemästarna innebär ett skapande av en mer generell regel.

Indelningen i reducerande, restriktiv, extensiv och normskapande lagtolkning sker i princip efter tolkningsresultatet, inte efter den tolkningsmetod som kommit till användning. Det viktiga är att en regels tillämpningsområde utvidgas eller inskränks, inte vilken metod som lett till detta resultat. Indelningen belyses av följande diagram:



De rent språkligt tänkbara tolkningsformerna, dvs. en extensiv, en bokstavlig och en restriktiv tolkning kan alla betraktas som en *precisering* ev den ifrågavarande rättsregeln. En reducerande tolkning och ett skapande av en generellare norm är däremot specialfall av en korrigerande tolkning.

Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en avvägning av olika sak- och auktoritetsskäl.

Vissa rättsfilosofer (t.ex. Ross 1958, 149) har ifrågasatt distinktionen mellan en extensiv lagtolkning och en normskapande användning av laganalogi. Skälet är att gränsdragningen mellan dessa är vag. Men denna vaga indelning återspeglas i de etablerade argumentationsnormerna. I straffrätten t.ex. är laganalogin tillåten i en mycket mer begränsad utsträckning än den extensiva lagtolkningen. Förbiser man denna skillnad, kan man oavsiktligt påverka myndigheterna att använda laganalogin i alla de fall, där blott den extensiva lagtolkningen är tillåten (jfr Peczenik 1971, 334 ff.).

I övrigt gäller att *alla* de ovan angivna distinktionerna är vaga. Man vet t.ex. inte helt exakt vad som ingår i »kärnan» av en regels tillämpningsområde och vad som bildar dess »periferi».

4.9 Analogislut

4.9.1 Begreppet »laganalogi»

A DEFINITION OCH VISSA LOGISKA FRÅGOR

En *laganalogi* innebär att

1) det ifrågavarande fallet ligger utanför det språkligt naturliga tillämpningsområdet för den ifrågavarande lagbestämmelsen, dvs. både utanför dess kärna och dess periferi men

2) fallet bedöms ändå med stöd av lagbestämmelsen, eftersom

3) lagbestämmelsen reglerar några andra fall, vilka väsentligen liknar det aktuella.

Laganalogi definieras således dels efter ett tolkningsresultat, nämligen en drastisk utvidgning av en lagbestämmelses tillämpningsområde, dels efter ett tolkningssätt, dvs. ett beaktande av en väsentlig likhet mellan vissa fall.

En liknande argumentform förekommer i *prejudikattolkning*. Ett *prejudikatbaserat analogislut* innebär att

1) det ifrågavarande fallet ligger utanför det juridiskt naturliga tillämpningsområdet för det ifrågavarande prejudikatet; m.a.o. ligger fallet utanför prejudikatets *ratio decidendi* (jfr avsnitt 3.5.2 ovan) men

2) fallet bedöms ändå med stöd av prejudikatet, eftersom

3) prejudikatets *ratio decidendi* gäller fall, som väsentligen liknar det aktuella.

Medan prejudikatfallets lösning överförs vanligen på »likadana» fall innebär en analog prejudikatanvändning en utvidgning av tillämpningsområdet. Lösningen överförs på fall som mer avlägset (men ändå väsentligen) liknar prejudikatfallet.

Strikt ansvar för skador som orsakats av vissa slags bortsprungna djur kan genom en vanlig prejudikattolkning komma att omfatta skador orsakade av andra djurarter. Men endast genom analogi kan strikt ansvar utsträckas ytterligare, t.ex. på vissa vattenskador. Den ansvarige bör se till att djur inte springer iväg, alltså bör han också se till att vatten inte rinner ut, se det engelska rättsfallet Rylands v. Fletcher (1968 L.R. 3 H.R. 330; jfr Vinogradoff. 1959, 136).

Den logiskt bindande beståndsdelen av laganalogislutet är följande.

(1)	Om antingen fall F eller något fall som väsentligt liknar F föreligger skall handling G utföras eller faktum G föreligga.
(2)	H är väsentligt lik F.
– – –

Bortsett från vissa små skillnader motsvarar denna »beståndsdel» Alexys argumentform J 16 (avsnitt 7.10 nedan).

Relationen av väsentlig likhet mellan två fall, C_1 och C_2 är inte transitiv: C_1 kan vara väsentligt lik C_2 och C_2 väsentligt lik C_3 samtidigt som C_1 *inte* är väsentligt lik C_3. Bildligt talat är likhetsrelationerna mellan C_1 och C_2 samt mellan C_2 och C_3 tillräckligt »nära» för att vara väsentliga, medan relationen mellan C_1 och C_3 är »avlägsen».

Jfr Frändberg 1973, 150–1. (Observera emellertid att Frändberg i detta sammanhang behandlar analogi mellan normer, inte väsentlig likhet mellan fall).

Frändberg hävdar dessutom att analogirelationen inte är reflexiv, eftersom inget fall är analogt till sig själv. (Ett fall är självfallet *identiskt* med sig själv, medan ordet »analogi» i det vanliga språkbruket antyder en likhet som *inte* innebär någon identitet).

Till sist kan analogirelationen enligt Frändberg vara symmetrisk eller inte. Då C_1 är analogt till C2, kan C_2 vara analogt eller icke analogt till C_1, beroende på den ifrågavarande analogirelationens närmare logiska beskaffenhet.

Chaim Perelman (1969, 371 ff.) uppfattar analogi som en strukturlikhet mellan två olika domäner, närmare bestämt proportionalitet a:b=c:d. En sådan proportionalitet är ett specialfall av analogi i den ovan utvecklade bemärkelsen.

B ANALOGI OCH NORMGENERALISERING

Laganalogin uttrycker *generalitetsprincipen* »lika skall behandlas lika» och därmed hänsynen till såväl rättvisan som lagtolkningens inre sammanhang.

Den analoga rättsanvändningen rekonstrueras av *Åke Frändberg* (1973, 154 ff.) som bestående av två steg: normgeneralisering och normavskiljning. Det andra steget behövs eftersom det första ofta leder till en alltför generell norm.

Vid normavskiljning beaktas enligt Frändberg följande principer. Den analogivis skapade normen skall inte sträcka sig längre än det behövs för att lösa det givna problemet. Man bör ej företa så vidsträckta generaliseringar att man kolliderar med redan förefintliga regler. Analog rättsanvändning i rättspraxis styrs till sist av två principer, att domstolarna och myndigheterna skall vara lojala mot lagstiftaren och att domaren inte får vägra ta ställning i sak.

Slutgiltiga analogibedömningar måste göras i konkreta rättsfall (jfr t.ex. Bankowski 1991, 198 ff.). I detta sammanhang kan det talas om övertänkt jämviktsläge (»reflektivt ekvilibrium», jfr avsnitt 7.9 nedan): Man

försöker anpassa normgeneraliseringen och konkreta analogibedömningar till varandra (jfr Zaccaria 1991, 57).

Enligt min mening behöver »normgeneraliseringen» inte innebära att man skapar en ny *slutgiltig* regel som är generellare än den lagregel man utgår ifrån. Det räcker med

- att man i ett konkret (och kanske unikt) sammanhang slutgiltigt utsträcker lagen på ett nytt fall som visar en »familjelikhet» (i Wittgensteins mening, jfr avsnitt 5.8.7B nedan) med de lagreglerade fallen; och
- att man skapar en ny *prima facie*-regel som är generellare än den lagregel man utgår ifrån.

Den nyskapade regeln bestämmer inte den slutgiltiga behandlingen av ytterligare fall. Den utgör blott ett skäl som måste beaktas vid den avvägning som kommer att avgöra dessa.

Analog rättsanvändning leder m.a.o. inte blott till ett slutgiltigt avgörande av ett individualfall utan även till nyskapande av *prima facie*-regler. Hade den sistnämnda effekten tagits bort skulle analogin endast ha ett begränsat *ad hoc*-värde. Den skulle däremot inte vara något adekvat medel att förändra och vidareutveckla rättsordningen (jfr Alexy 1993, 163).

Sedd ur denna synvinkel utgör rättsanalogi ett särfall av s k juridisk induktion; se avsnitt 4.5.2 ovan. Ett annat särfall utgörs av en generalisering utifrån ett antal *rättsfall* som liknar varandra. Rättsfallens utgång uppfattas som ett uttryck för en generell norm. Ett nytt rättsfall kan sedan bedömas med stöd av denna generella norm.

Den juridiska induktionen rättfärdigas på samma sätt som laganalogin: den uttrycker principen »lika skall behandlas lika» och därmed krav såväl på rättvisa som på argumentationens inre sammanhang.

C LAGANALOGI I OLIKA RÄTTSORDNINGAR

Laganalogi spelar en större roll i kontinentaleuropeisk rätt än i anglosaxisk rätt. Tack vare sitt samband med rättvise- och koherenskraven används den emellertid i varierande omfattning i de flesta rättsordningar (jfr MacCormick och Summers 1991, 467 och 471-472).

4.9.2 Motsatsslut

Om man bestämmer sig för att inte använda laganalogi kan en annan juridisk slutledning i stället följas, nämligen motsatsslutet (argumentet *e contrario*).

Ett svagt motsatsslut föreligger då man anser att skäl för att använda laganalogi inte är tillräckliga. Följande exempel belyser denna situation:

Premiss — Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

– –

Slutsats — Ingen tillräcklig grund föreligger för att hävda, att också bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben.

Ett starkt motsatsslut föreligger då följande villkor är uppfyllda: Det aktuella fallet regleras inte av någon rättsnorm. Det behandlas därför på motsatt sätt jämfört med de av denna norm reglerade fallen.

Följande exempel kan anges.

Premiss — Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

– –

Slutsats — Om en bridgespelare inte tillika är schackspelare får han inte söka medlemskap i schackklubben.

Det starka motsatsslutet kan framställas som bestående av ett värderande och ett logiskt steg. Det värderande steget är följande:

Premiss — Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

– –

Slutsats — *Endast* schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

Det logiska steget är detta:

Premiss — Endast schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

– –

Slutsats — Om en bridgespelare inte tillika är schackspelare får han inte söka medlemskap i schackklubben.

Som nämnts utgör rättviseprincipen »lika skall behandlas lika» den huvudsakliga grunden för laganalogi. Motsatsslutet stöder sig å andra sidan på respekt för lagen. Lagens ordalydelse har bestämts genom en legitim, auktoritetsgrundande lagstiftningsprocess. Ordalydelsen omfattar en generell rättsregel. Den respektfulle och lojale lagtolkaren anser sig inte berättigad att genom analogislut utsträcka lagens tillämpningsområde på de fall som inte omfattas av denna regel.

I moderna rättssystem uttrycks den sistnämnda hänsynen av vissa sedvanerättsligt gällande tolknings- och utfyllnadsnormer, såsom t.ex. följande:

Allt som inte är förbjudet av lagen skall tillåtas av domstolar, om inte starka skäl talar för motsatsen.

Denna norm har gamla rötter, bl.a. i följande latinska maximer: *inclusio unius exclusio alterius* (att inkludera det ena innebär att utesluta det andra) och *qui dicit de uno negat de altero* (den som säger det ena nekar det andra).

4.9.3 Luckor i lagen

A LAGANALOGI OCH ANALOGI INOM LAGEN

Traditionellt uppfattas laganalogi (t.ex. av Zittelman 1903) som en särskild slutledning, att använda endast då lagen uppvisar en lucka. Förvisso hävdas det ibland (jfr t.ex. Kaufmann 1994, 111 ff.) att rättsspråkets överhuvudtaget har analogisk karaktär och att analogislut sålunda kännetecknar vardaglig rättstillämpning (jfr Kaufmann 1982, 18 ff., 37 ff. och 61). Men laganalogi i strikt mening måste skiljas från den s.k. analogin inom lagen (*analogia intra legem*, jfr t.ex. Nowacki 1966, 45 ff. och Heller 1961, 87 ff.) som innebär att

- det ifrågavarande fallet är säreget, inte typiskt för den ifrågavarande lagbestämmelsen men
- anses ändå tillhöra lagbestämmelsens språkligt naturliga tillämpningsområde, eftersom
- det väsentligen liknar de typiska fallen.

Kanske genomsyras all rättstillämpning av inomlagliga analogier. Man måste emellertid beakta den betydelsefulla skillnaden mellan lagtolkning inom ramen av det språkligt möjliga och laganalogi (utanför denna ram), jfr avsnitt 4.8 ovan. Följaktligen kan endast laganalogi i strikt mening användas för att fylla ut luckor i lagen (jfr Zaccaria 1991, 49 ff.). Lagana-

logi måste följaktligen behandlas som en särskild rättstillämpningsmetod, skild från den vanliga juridiken.

Så är fallet trots att följande kan konstateras.

- Lagstiftningens bruk av obestämda regler och rättstillämparens ökade frihet har medfört en ökad användning av andra slags analogiresonemang än laganalogi (jfr t.ex. id., 53).
- Övervägande etiska skäl kan nästan alltid rättfärdiga uppfattningen om att lagen uppvisar en lucka, t.ex. en s.k. regleringslucka, se strax nedan.

B LUCKOR I LAGEN OCH LUCKOR I RÄTTSORDNINGEN

En lucka kan förekomma

1) i den samhälleligt etablerade rätten, framför allt i en lags bokstavliga mening, eller

2) i den förnuftigt tolkade och slutgiltigt bindande rätten, dvs. i den mängd av normer som utvinns ur lagen, prejudikat, lagens förarbeten, sedvänjor och andra etablerade rättskällor genom att man använder alla tillämpliga juridiska argument, däribland lagtolkningsmetoder och etiska avvägningar.

Den sistnämnda kategorin måste kommenteras. Den juridiska argumentationen gör det möjligt för en jurist att väga samman lagens bokstav med andra *prima facie* hänsyn och således inom vissa gränser mildra lagens orättvisor. Men om den orättfärdiga lagen är mycket klar föreligger det en *lucka* i den slutgiltigt bindande rätten. Avvägningen leder ingenstans. Det finns ingen tolkning som på en och samma gång har ett tillräckligt stöd av lagens ordalydelse och etiken.

Det kan även talas om en lucka i juridisk argumentation, jfr Raz 1979, 53 ff.

C OLIKA SLAGS LUCKOR I LAGEN

Man skiljer mellan följande typer av *luckor i lagens bokstavliga mening*.

Jfr även andra klassificeringar, t.ex. Opalek och Wróblewski 1969, 109; Larenz 1983, 356 ff.; Kelsen 1960, 254; Zittelman 1903, 27 ff.

1. *Egentliga luckor* föreligger då lagen inte reglerar det aktuella fallet. Närmare bestämt ligger fallet utanför det språkligt naturliga tillämpningsområdet för de ifrågavarande lagbestämmelserna, dvs. både utanför deras kärna och deras periferi.

Ett känt exempel har formulerats av Alchourrón och Bulygin (1971, 15 ff.). Antag att lagbestämmelserna angående ett visst slags köpeavtal säger som följer.

(1) Avtalet kan ogiltigförklaras om säljaren var i ond tro, även om köparen var i god tro och köpeskillingen erlagts. (2) Avtalet kan ogiltigförklaras om köpeskillingen ej erlagts inom en bestämd tid, även om både säljaren och köparen var i god tro. Antag nu att säljaren var i god tro och köpeskillingen erlagts, men *köparen* var i ond tro. Kan då avtalet ogiltigförklaras? Svaret på denna fråga kan inte deduceras ur de ifrågavarande normerna.

I moderna rättssystem är sådana luckor visserligen lätt att fylla ut med stöd av vissa, sedvanerättslig gällande utfyllnadsregler.

I det ovan anförda exemplet kan luckan fyllas ut med stöd av en något liknande regel: Om lagen inte uttryckligen säger att ett visst slags rättshandling kan ogiltigförklaras, så kan denna rättshandling inte ogiltigförklaras.

I vissa fall är emellertid utfyllnadsreglerna inte tillämpliga på det ifrågavarande fallet, eller övervägande avvägningsskäl finns mot att de borde tillämpas. Därför är luckan *juridiskt väsentlig*. Det finns sålunda två typer av sådana, juridiskt väsentliga luckor i lagen:

a. *Äkta* luckor (jfr Zittelmann 1903, 27 ff., Larenz 1983, 357) föreligger då inga utfyllnadsregler överhuvudtaget är tillämpliga på det ifrågavarande fallet. Så är fallet bl.a. i följande situationer.

- En lag bestämmer att vissa rättshandlingar skall utföras, t.ex. att vissa tjänster skall inrättas eller att en viss skada skall ersättas. Man vet emellertid inte vem som skall utföra handlingen eller hur det skall gå till.
- En (högre) bestämmelse stadgar t.ex. att en viss norm av lägre dignitet skall meddelas. Normen kan inte skapas utan att man vet vem som äger kompetens att göra det och vilken procedur som skall tillämpas. Det vet man emellertid inte, eftersom kompetens- eller procedurfrågan inte reglerats. Det föreligger därför en s.k. »lagstiftningslucka».

Det finns även mindre extrema exempel av samma slag. En bestämmelse av högre dignitet förpliktar ett statsorgan att meddela en norm av lägre dignitet och föreskriver normgivningsproceduren, men denna norm av lägre dignitet meddelas inte. Författningen säger t.ex. att riksdagen skall meddela en viss lag och hur det skall gå till, men lagen antas av någon anledning aldrig.

I sådana fall kan man analogivis »hämta» direktiv från ett angränsande område. På så vis kunde t.ex. vissa rättegångsbestämmelser före förvaltningsprocesslagens införande tillämpas på förvaltningsrättsliga frågor.

b. *Regleringsluckor* (jfr Larenz 1983, 357 ff.), m.a.o. »oäkta» luckor (jfr Zittelmann id.) föreligger då de sedvanliga utfyllnadsreglerna – såsom att allt som inte är förbjudet är tillåtet – visserligen är tillämpliga på det ifrågavarande fallet men övervägande skäl finns mot att de borde tillämpas. Fallet kan då bedömas med användning av laganalogi, om den ifrågavarande bestämmelsen reglerar några andra fall, vilka väsentligen liknar det aktuella. Givetvis måste väsentlighetsbedömningen stödjas på rimliga skäl.

Sådana luckor uppstår ofta då det aktuella fallet är av ett nytt slag, uppkommet till följd av ekonomisk eller teknologisk utveckling (jfr Zaccaria 1991, 52). Att allt som inte är förbjudet är tillåtet får t.ex. inte hindra domaren att bedöma olovligt uttag på bankomat som stöld, se avsnitt 4.1.10 ovan. Jfr emellertid avsnitt 4.9.5D2 nedan om legalitetsprincipen.

I det klassiska rättsfallet NJA 1921, 564 har Hollands högsta domstol dömt en person för stöld av elektrisk ström trots invändningen att strafflagens brottsbeskrivning (av 1881) endast omfattade stöld av materiella ting; jfr Maris 1991, 71.

Regleringsluckor kan emellertid konstateras även på grund av att en ny bedömning görs av redan befintliga fall. Man upptäcker ett nytt sätt att tolka det ifrågavarande fallet, ett nytt sätt att uppfatta sammanhanget mellan rättsreglerna och de bakomliggande värdena osv.

2. *Motsägelseluckor* uppstår då de bestämmelser som reglerar det aktuella fallet innehåller en logisk motsägelse (jfr Ziembinski 1966, 227). En bestämmelse stadgar t.ex. att en viss handlings giltighet kräver skriftlig form, medan en annan bestämmelse säger att skriftlig form inte krävs för handlingens giltighet. Sådana motsägelser resulterar i en lucka, eftersom de logiskt oförenliga normerna slår ut varandra. I vissa fall kan sådana luckor fyllas ut med stöd av kollisionsnormer såsom *lex superior*, *lex posterior* och *lex specialis*, jfr avsnitt 3.10.3 ovan. I andra fall är de *juridiskt väsentliga*, eftersom kollisionsreglerna inte är tillämpliga.

Alf Ross (1953) har gett följande exempel. Den danska grundlagen, 1920, stipulerade i 36 § 1 stycket att antalet ledamöter i första kammaren inte skulle vara större än 78, medan av andra stycket av samma bestämmelse följde slutsatsen att man måste välja 79 ledamöter.

Luckan kan emellertid ibland fyllas ut genom att man analogivis tillämpar regler som hämtats från ett annat rättsområde.

3. *Oklarhetsluckor* föreligger då den ifrågavarande bestämmelsen innehåller exceptionellt mångtydiga eller vaga ord.

Jfr t.ex. Schweitzer 1959, 64-76. Det är tveksamt om ordet »lucka» bör tillämpas i detta sammanhang, jfr Alchourrón och Bulygin 1971, 33 ff. Distinktionen mellan utfyllande av sådana »luckor» och vanlig lagtolkning kan visserligen göras, men knappast på något klart och djupgående sätt.

Även sådana luckor kan i vissa fall fyllas ut genom att man hämtar lösningar från ett annat område.

4. S.k. *värdemässiga* (»axiologiska», jfr Wróblewski 1959, 299 ff.; Opalek och Wróblewski 1969, 108 ff.) luckor föreligger då en lag reglerar det aktuella fallet men man anser att en annan reglering skulle vara bättre. I sådana fall finns det ett visst utrymme för att i stället för den ifrågasatta lagregeln tillämpa en analogi till en annan bestämmelse. Laganalogi i förhållande till den sistnämnda bestämmelsen medför sålunda *reduktionsslut* i förhållande till den ifrågasatta bestämmelsen.

Terminologin är något missvisande eftersom värderingar spelar en stor roll även vid andra slags luckor, t.ex. regleringsluckor är juridiskt väsentliga endast då det finns *övervägande avvägningsskäl* mot att tillämpa de sedvanliga utfyllnadsreglerna (se punkt 1 ovan).

Ett sådant analogislut bör emellertid användas med försiktighet:

- Den får förekomma endast om det aktuella fallet uppvisar en *mycket* väsentlig likhet med dem som den andra bestämmelsen omfattar.
- Innan den föreliggande lagstiftningen sätts ur spel för att bereda platsen för analogier måste den bedömas som obsolet eller ogiltig.

4.9.4 Institutanalogi och rättsanalogi

Förutom laganalogi förekommer s.k. *institutanalogi* (jfr Frändberg 1973, 114 ff.). Ett helt regelkomplex som gäller på ett visst rättsområde tillämpas då analogt på ett annat rättsområde. Som exempel kan nämnas att åtskilliga av köplagens regler anses tillämpliga vid avtal om hyra av lös egendom (jfr Lehrberg 1992, 77).

Det förekommer också *rättsanalogi* (*analogia iuris)*, som innebär att man tillämpar allmänna och oskrivna normer härledda ur ett antal bestämmelser. Detta resonemang har följande struktur:

1) En generell norm motiveras genom att flera bestämmelser så väl hänger samman med varandra och så mycket liknar varandra, att de kan uppfattas som specialfall av denna generella norm.

2) Det aktuella fallet ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för dessa bestämmelser.

3) Å andra sidan omfattas det ifrågavarande fallet av den generella norm som motiveras av bestämmelserna.

4) Därför bedöms fallet i fråga med stöd av denna generella norm.

Som ett exempel kan man ange den s.k. nordiska rättsstridighetsläran (jfr t.ex. Hellner 1985, 48), enligt vilken man inte bör vara vare sig straffrättsligt ansvarig eller skadeståndsskyldig för en handling vars nytta väger tyngre än risken att den skall framkalla skada. Ansvarsfrihetsgrunder såsom nöd, nödvärn, samtycke eller tjänsteplikt kan sålunda uppfattas som olika specialfall av denna generella och oskrivna grundsats. Den som t.ex. till följd av en tjänsteplikt eller i ett nödläge tvingas till att vålla en skada förhindrar ofta en annan, ännu större skada.

Antag t.ex. att A inte blev straffrättsligt ansvarig för att handgripligen ha kört ut B som störde en sammankomst (jfr NJA 1915 s. 511). A:s ansvarsfrihet kan motiveras med att han gjort mer nytta än skada.

Det som sägs nedan (i avsnitt 4.9.5) om valet mellan laganalogi och motsatsslut är även tillämpligt på frågor om institut- och rättsanalogi.

4.9.5 Valet mellan laganalogi och motsatsslut

A ETT VAL MELLAN TVÅ OLIKA RÄTTSSÄKERHETSASPEKTER

Laganalogi förutsätter som sagt att det föreligger en lucka i lagen. Men för att finna vissa slags luckor (framför allt s.k. regleringsluckor, jfr avsnitt 4.9.3C ovan) måste man göra en avvägning. Närmare bestämt måste de skäl som talar för laganalogi vägas mot dem som talar för motsatsslut (se avsnitt 4.9.2 ovan).

Ur en annan synvinkel innebär valet mellan laganalogi och motsatsslut en avvägning mellan rättviseskäl och respekten för lagen. Eftersom myndigheternas benägenhet att följa lagen gör rättsliga avgöranden förutsebara, kan man säga att detta val bestäms av en avvägning mellan rättvise- och förutsebarhetskraven, och därmed mellan två olika *rättssäkerhets*-aspekter.

B EN »RÄTTSREALISTISK» KRITIK

Enligt främst Alf Ross (1953, 181) är laganalogi och motsatsslut inte några metodiska redskap. Domaren når först det resultat han finner rimligt och anger sedan tillämplig metod. Metoden väljs i efterhand efter önskat resultat.

> De ifrågavarande metoderna ger sålunda juristen möjligheten att »på en passande måte legitimere det resultat, han finder påkrævet som 'retfærdigt' eller socialt ønskeligt i overensstemmelse med sin retsoverbevisnings postulater... Med få undtagelser... er disse metoder så viseligt indrettet, at de aldrig pånøder sig, men kan utvælges efter behov».

Kritiken är befogad såtillvida att domaren inte alltid kan motivera sina avgöranden genom att kort och gott säga: här har jag använt analogi, eller: här har jag använt motsatsslut. Ett sådant påstående har ett mycket begränsat värde om ingen läsare förstår varför analogin valdes i stället för motsatsslut, eller tvärtom. Svaret på »varför»-frågan måste framgå av domskälen eller av sammanhanget i övrigt.

C LAGANALOGI OCH MOTSATSSLUT SOM ARGUMENTFORMER

På vissa punkter lär dock kritiken vara överdriven:

Laganalogi och motsatsslut är visserligen inga fullständiga argument, men de är inte heller tomma etiketter. De anger inte själva skälen för valet, men väl den riktning i vilken skälen kan sökas.

> »Om de gamla argumentationsmetoderna kan... sägas, att de erbjuder frågeställningar, vilket i och för sig kan vara något värdefullt. De ger en anvisning efter vilka vägar svaret skall sökas. Resonemanget förs alltid i motsatspar: tillämpning eller icke-tillämpning. Utgångspunkten är en redan erkänd rättsgrundsats vars tillämpningsområde ställes under debatt. Denna teknik kan därför sägas bygga på grundprincipen, att *domaren inte skall helt nyskapa utan i stället så långt möjligt använda normer som redan är erkända i andra situationer*» (Schmidt 1955, 129).

Laganalogi innebär att man argumenterar för att med stöd av några likheter utvidga en rättsnorm och motsatsslut innebär att man argumenterar mot en sådan utvidgning. De är m.a.o. argument*former* i Alexys mening (jfr avsnitt 7.10.4 nedan), s.a.s. »lådor» som måste fyllas med innehåll, dvs. med en avvägning mellan olika juridiska sak- och auktoritetsskäl.

Det är dessutom inte relevant huruvida den ifrågavarande argumentformen väljs i efterhand eller inte. Kanske når domaren först det resultat

han finner rimligt och anger sedan tillämplig argumentform, kanske tänker han först på argumentformen och sedan på innehållet. Inte heller är det relevant huruvida de ifrågavarande argumentformerna tillsammans med den juridiska avvägningen är »verkliga» skäl, som för beslutsfattaren bestämt utgången i målet, eller blott »föregivna» beslutsskäl. Det relevanta är endast att argumentationen är juridiskt riktig.

»Varje avgörande har de facto en domsmotivering med någon av de nedan... angivna egenskapskombinationerna...

1. Juridiskt acceptabla och verkliga skäl
2. Juridiskt acceptabla och föregivna skäl
3. Juridiskt oacceptabla och verkliga skäl
4. Juridiskt oacceptabla och föregivna skäl

I fallen 1 och 2 är det irrelevant om de acceptabla skälen är verkliga eller föregivna och i fallen 3 och 4 blir motiveringen i alla fall oacceptabel... Det är således utan betydelse om angivna skäl är verkliga eller föregivna så länge de är juridiskt acceptabla» (Bergholtz 1987, 442 ff.). Uttrycket »verkliga skäl» är dessutom missvisande. I en viss mening är alla skäl som anförs till stöd för domslutet verkliga. Är de inte verkliga i denna mening så är de ej heller några skäl för slutet.

D ARGUMENTATIONSNORMER FÖR VALET MELLAN LAGANALOGI OCH MOTSATSSLUT

Följande argumentationsnormer är till hjälp vid valet mellan analogi- och motsatsslut:

D1 Väsentlighetsnormen. Endast om en likhet mellan skilda fall är väsentlig utgör den en tillräcklig grund för laganalogi.

Den för laganalogi karakteristiska väsentlighetsbedömningen innebär ofta en *avvägning* av olika slags skäl och motskäl.

Jfr NJA 1981 s. 1050 där HD har gjort en allsidig jämförelse mellan retentionsrätt i olika fall, angett skäl för och mot en laganalogi och konstaterat följande: »På grund av det ovan anförda framstår ett utövande av retentionsrätt i överlämnat räkenskapsmaterial som olämpligt och det bör inte kunna komma ifråga att genom analogi från bestämmelser som de förut omnämnda medge sådan rätt...».

Dessa skäl kan betraktas som olika principer (jfr MacCormick 1978, 186) eller värden (jfr avsnitt 5.8.2 nedan). De måste förankras i samhällets rättsliga kultur och tradition (jfr Bankowski 1991, 208). En levande tradition är emellertid inte statisk, utan den utvecklas ständigt (jfr avsnitt

5.6.2D nedan). En nyupptäckt likhet är väsentlig om den bidrar till att man uppfattar denna utveckling som tillräckligt koherent (sammanhängande, harmonisk), jfr avsnitt 7.9 nedan.

En väsentlig likhet mellan fall kan innebära olika ting, såsom en likhet mellan skilda personer, händelser, saklägen, handlingar, rättigheter, skyldigheter, omständigheter m.fl. Det kan även röra sig om en likhet mellan de ifrågavarande fallens samhälleliga verkningar eller en likhet mellan fallens placering i komplexa sammanhang i tid och rum.

De ifrågavarande fallen kan t.ex. ingå i en liknande »historia» (*narrative*, jfr Jackson 1991, 153 ff.).

Väsentlighetsbedömningen kan bygga på en generell princip som uttrycker den ifrågavarande lagregelns ändamål (jfr t.ex. Maris 1991, 75). Enligt *Åke Frändberg* är således analogigrundande egenskaper »finala»: de garanterar att den analogivis uppställda normen motsvaras av en dominant positiv rättsgrund, dvs. leder till ett önskvärt samhällstillstånd (jfr 1973, 143 ff.).

I UfR 1982. 313 H godkände således Höjesterets majoritet (fyra mot tre) ett maskinskrivet nödtestamente trots att arvelovens 44 § 1 st. klart kräver att ett sådant testamente skall vara »egenhændigt skrevet». Motiveringen var följande. »Idet det i det foreliggende tilfælde er ubestrideligt, at testamentet er skrevet på maskine af afdøde selv uden andres medvirken og derefter med hans håndskrift dateret og underskrevet, findes dette testamente ganske at kunne sidestilles med de i arvelovens § 44, stk. 1, omhandlende nødtestamenter. Testamentet findes herefter ikke at kunne tilsidesættes som ugyldigt». Det avgörande var att formkravets *ändamål* uppfylldes i detta fall. Ändamålet består nämligen i att undanröja den förfalskningsrisk som uppstår då ett testamente skrivs utan vittnen. Jfr Høilund 1992, 220 ff. *Se* avsnitt 4.10.1 nedan om lagens ändamål.

I vissa fall involverar väsentlighetsbedömningen en komplex »konsekvensinriktad» tankegång, som innehåller tre steg:

Steg 1 innebär att man fastslår att de personer, händelser, saklägen, handlingar, rättigheter, skyldigheter, omständigheter osv som förekommer i det ifrågavarande fallet F väsentligen liknar dem som förekommer i de fall som regleras av lagbestämmelsen L.

Steg 2 innebär att man med stöd av sådana likheter uppställer en hypotes avseende en ytterligare likhet, nämligen att en tillämpning av

bestämmelsen L på fallet F kan medföra vissa *samhälleliga verkningar* som väsentligen liknar dem som åtföljer bestämmelsens tillämpning på de direkt reglerade fallen.

Steg 3 innebär att man drar den *värderande slutsatsen*, att fallet F bör behandlas likadant som de lagreglerade fallen.

Den värderande slutsatsen stöder sig på följande antagande.

Om

- fallet F är väsentligt likt de fall som regleras av den ifrågavarande lagbestämmelsen, och
- lagbestämmelsens tillämpning på F kan medföra verkningar som väsentligen liknar dem som åtföljer bestämmelsens tillämpning på de direkt reglerade fallen,

så bör fallet F behandlas likadant som de lagreglerade fallen.

Jfr avsnitt 4.10.4 nedan om *Ekelöfs* teleologiska lagtolkningsmetod.

D2 Normer som främjar beslutsfattandets förutsebarhet. Bestämmelser som anger *tidsfrister* får inte användas analogiskt. Inte heller får de tolkas extensivt, om inte synnerligen starka skäl talar för en sådan tolkning.

När t.ex. 9 kap. 1 § föräldrabalken bestämmer att »den som är under aderton år (*underårig*) är omyndig», betyder det säkert att de äldre är myndiga (om de inte omyndigförklarats). Det är orimligt att genom en analogi dra slutsatsen, att jämväl adertonåringar är omyndiga, eftersom de liknar underåriga sjuttonåringar (jfr Ross 1958, 150).

Bestämmelser som uttrycker tillräckliga villkor för att en viss generell norm *undantagsvis* inte skall följas får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning.

Denna norm är nästan identisk med den kända men något omstridda maximen »undantag är inte till för att utsträckas» (*exceptiones non sunt extendendae*, jfr t.ex. Engisch 1968, 147 ff.). Bestämmelser som utgör undantag från mer allmänna rättsnormer får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning.

Endast starka skäl kan följaktligen motivera extensiv eller analogisk tolkning av *ogiltighetsvillkor*, som ju utgör undantag från den i 1 § avtalslagen uttryckta grundsatsen att avtal är bindande. Om lagen inte uttryckligen säger att vissa avtal är ogiltiga, så skall de inte heller anses vara ogiltiga, om inte starka skäl talar för ogiltighet.

Som exempel kan man behandla 32 § 1 st. avtalslagen: »Den, som avgivit en viljeförklaring, vilken i följd av felskrivning eller annat misstag å hans sida fått annat innehåll än åsyftat varit, vare icke bunden av viljeförklaringens innehåll, där den, till vilken förklaringen är riktad, insåg eller bort inse misstaget». Det vore orimligt att utan särskild motivering genom en extensiv eller analogisk tolkning dra slutsatsen, att viljeförklaringen inte heller vore bindande när mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom om misstaget. I förarbetena (Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar..., 1914, s 140) ansågs emellertid en sådan tolkning som tänkbar i särskilda fall (jfr Schmidt 1960, 184).

Likadant kan man resonera i följande exempel. 4 kap. 3 § jordabalken uppställer tre ogiltighetsvillkor för en bestämmelse vid fastighetsköp som inte intas i köpehandlingen. Det vore orimligt att genom en extensiv eller analogisk tolkning dra slutsatsen, att en sådan bestämmelse är ogiltig även om intet av dessa villkor uppfyllts.

Ett annat exempel kan ges i samband med Alchourrón och Bulygins (1971, 15 ff) väl kända teori om luckor i lagen. Se avsnitt 4.9.3C ovan.

Det finns även ett antal andra situationer där det är självklart att en viss bestämmelse inte får tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning. »Ett enkelt exempel är JB 4:29. Där föreskrivs att bestämmelserna i '1-3 och 7-9 §§', som rör *köp* av fastighet, äger motsvarande tillämpning i fråga om *gåva*. Man kan därav med full säkerhet dra slutsatsen, att 4-6 §§ (som rör villkor vid fastighetsköp) *inte* gäller för gåva» (Hellner 1994, 89). Att systematisera dessa situationer skulle utgöra ett tacksamt avhandlingsämne!

Endast starka skäl kan motivera laganalogi som leder till slutsatsen, att ett *fel* skulle föreligga i en lagtext.

Hessler (1970, 24) har behandlat följande exempel. I fråga om godtrosförvärv skiljer man enligt jordabalken på tre fall. Fall I. A överlåter obehörigen äganderätt till B, vilken ej är i god tro och följaktligen inte heller därmed förvärvar fastigheten. B överlåter äganderätten vidare till C som är i god tro. C kan hävda sitt förvärv enligt en uttrycklig bestämmelse i 18 kap. 1 § 1 stycke jordabalken. Fall III. A upplåter obehörigen panträtt till B, vilken inte är i god tro och således inte förvärvar panträtten. B överlåter fordringen med panträtten till C som är i god tro. C förvärvar panträtt jämlikt 18 kap. 2 § jordabalken. Fall II. A överlåter obehörigen äganderätt till B som är i ond tro och följaktligen inte förvärvar fastigheten. B upplåter panträtt till C som är i god tro. Förvärvar C panträtten? Ingen uttrycklig lagbestämmelse besvarar denna fråga. »Den ena möjligheten är (således)... att tolka lagreglerna restriktivt och inte medge något godtrosförvärv annat än i sådana fall där en klar och direkt bestämmelse finns till stöd för detta. Den andra möjligheten är att tillämpa de regler som gäller för fallen I och III eller för

ett av dem analogt på fall II... Detta senare alternativ skulle ju emellertid i själva verket betyda, att det har förelegat ett redaktionsfel i lagtexten. Och det bör man nog normalt inte räkna med annat än om varje annan tolkningsmöjlighet är utesluten. Det bör nog därför – även om resultatet kan tyckas besynnerligt – antagas, att möjlighet till godtrosförvärv enligt 18 kap inte föreligger i det fall som nu berörts.»

Allt som inte är förbjudet av lagen skall anses vara tillåtet, om inte starka skäl talar för motsatsen.

Denna liberala norm innebär att förbudsstadganden i princip skall tolkas genom motsatsslut och således inte analogiskt.

Ordet »i princip» antyder att denna argumentationsnorm måste vägas mot olika slags skäl för att tolka vissa förbudsnormer analogiskt.

En viktig konsekvens är följande: Allt som inte är förbjudet av lagen skall tillåtas av domstolarna, om inte starka skäl talar för motsatsen.

Den ifrågavarande argumentationsnormen uttrycks ibland kortfattat och generellt: allt som inte är förbjudet är tillåtet. Denna väl kända formulering är lätt att förstå ur en juridisk synvinkel men svår att analysera

Man brukar skilja mellan svag och stark tillåtelse.

- Att något är starkt tillåtet innebär att det finns en uttryckligen tillåtande norm.
- Att något är svagt tillåtet innebär blott att det inte är förbjudet. Med andra ord är en svag tillåtelse detsamma som att det *inte* finns någon förbudsnorm.

Om maximen »allt som inte är förbjudet är tillåtet» blott betyder »svagt tillåtet» uttrycker den blott en logisk tautologi: allt som inte är förbjudet – är inte förbjudet. Betyder »tillåtet» återigen »starkt tillåtet» kan maximen läsas så att »allt som inte är förbjudet av lagen är starkt (dvs. uttryckligen) tillåtet av lagen»; den sistnämnda formuleringen är uppenbarligen falsk.

Maximen »allt som inte är förbjudet är tillåtet» måste därför innebära en försiktigare tolkningsnorm, t.ex. »allt som inte är förbjudet av lagen skall anses vara tillåtet, om inte starka skäl talar för motsatsen».

Bestämmelser som motiverar att en person straffas eller pålägges bördor får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte synnerliga skäl talar för en sådan tolkning.

Denna argumentationsnorm motsvarar den kända latinska maximen *odia sunt restringenda* (nackdelar är att begränsa).

Följande två specialfall är av största vikt.

a) Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär att ingen gärning får anses som ett brott och inget straff åläggas utan stöd av lag (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*); jfr 2 kap. 10 § 1 st. regeringsformen och t.ex. Thornstedt 1960, 213 ff.

Legalitetsprincipen har i många länder ansetts innebära ett analogiförbud. Enligt denna uppfattning får laganalogi inte leda till att en straffbestämmelse tillämpas utanför dess språkligt naturliga tillämpningsområdet, dvs. både utanför dess kärna och dess periferi (jfr t.ex. Priester 1976, 155 ff.). En extensiv tolkning av straffbestämmelser är tillåten i en större utsträckning.

Förvisso har det straffrättsliga analogiförbudet underkastats en livlig debatt, jfr t.ex. Zaccaria 1991, 60 ff. med omfattande hänvisningar. Meningsmotsättningarna beror emellertid i stor utsträckning på att ordet »analogi» används i olika betydelser.

I Sverige har ett förbud mot analogisk tillämpning av straffbud införts i brottsbalken (1 kap. 1 §) genom Lag 1994:458. Något kategoriskt analogiförbud fanns alltså inte i svensk rätt före 1994 men analogianvändning för den tilltalades nackdel var försvarlig endast med stöd av synnerliga skäl.

Jämlikt 8 kap. 1 § brottsbalken, t.ex., skall man dömas för stöld, om man »tager vad annan tillhör». Det är alltså en stöld att olovligen tillgripa en kopia av en handling, som innehåller en värdefull yrkeshemlighet. Men det ansågs inte vara någon stöld att sätta sig i besittning av hemligheten genom att i stället kopiera handlingen (jfr Beckman o.a. 1970, 280).

I vissa fall har dock HD tillämpat straffbestämmelser analogiskt.

NJA 1978 s. 452. Enligt 2 § 2 stycke skattebrottslagen skall den som med viss angiven avsikt underlåter att avge deklaration dömas för skattebedrägeri om han genom sin underlåtenhet föranleder att för lågt skattebelopp påföres honom eller den han företräder. Stadgandet har av HD ansetts analogiskt tillämpligt då någon, med avsikt att skatt eller avgift icke skall påföras, underlåter att avge deklaration och därigenom föranleder att intet skattebelopp påföres. Observera att fallet kan uppfattas snarare som ett exempel på *a fortiori*-resonemang än analogi.

NJA 1959 s. 254. Två män som på arbetsplatsen vårdslöst lämnat en iridiumisotop obevakat dömdes för att de framkallat »allmän fara... genom att... sprida gift eller dylikt» (19 kap. 7 § strafflagen; numera 13 kap. 7 § brottsbalken). Att *lämna* isotopen utan bevakning bedömdes analogiskt med dess *spridande*.

NJA 1956 C 187. Ett hot som av den hotade felaktigt uppfattats som innebärande trängande fara likställdes med ett hot som verkligen inneburit sådan fara.

NJA 1954 s. 464. En man som uttagit ett belopp som felaktigt blivit krediterat på hans konto dömdes för olovligt förfogande. Denna situation bedömdes som analog med att man vidtar åtgärd med egendom som befinner sig i ens besittning; jfr 22 kap. 4 § strafflagen (i likhet med nuvarande 10 kap. 4 § brottsbalken).

Brottsbalkens brottsbeskrivningar tar i regel sikte på positivt handlande men tillämpas ofta även på underlåtenhet att handla (s.k. oäkta underlåtenhetsbrott). Enligt 3 kap. 1 § brottsbalken dömes »den som berövar annan livet» för mord. Stadgandet skulle säkert tillämpas även på det fall, att en person som haft till uppgift att pumpa luft till en dykare i avsikt att döda denne slutat pumpa med påföljd att dykaren kvävts.

b) Den skatterättsliga principen »ingen skatt utan lag» (*nullum tributum sine lege)* talar mot en analogisk och extensiv tolkning av bestämmelser som ålägger en person skatt, men något kategoriskt analogiförbud finns inte i svensk skatterätt (jfr t.ex. Ljungman 1947 och Welinder 1975, band 2, 236 och 242 ff.). Observera dock 2 kap. 10 § 2 st. regeringsformen.

D3 Skillnader mellan olika rättsområden. Olikheter mellan skilda rättsområden måste beaktas.

D4 Skillnader mellan olika rättsliga relationer. Olikheter mellan skilda rättsliga relationer måste beaktas.

D5 Skillnaden mellan analogi och extensiv lagtolkning. Inte alla skäl som kan beaktas för en extensiv lagtolkning är tillräckligt starka för att motivera laganalogi.

D6 Normer som främjar beslutsfattandets uniformitet och dess sammanhang med generella principer. Laganalogi får tillämpas i dispositiva civilrättsliga fall, om inte klara skäl talar för motsatsen.

Hur långtgående får analogierna vara? Svaret på denna fråga kräver en avvägning. HD uttalade sålunda följande (NJA 1979 s. 253). »Köplagens regler ger uttryck åt grundsatser som i viss utsträckning kan tillämpas analogt utanför köprättens område.» Beträffande anställningsavtal är emellertid läget ett annat. »Dessa avtal är av speciell karaktär och utrymmet för tillämpning av principerna i köplagen är här begränsat».

På den dispositiva rättens område får avseende fästas t.o.m. vid analogier mellan fall som tillhör olika delar av rättsordningen. De allmänna ogiltighetsregler

som formuleras i 3 kap. avtalslagen gäller endast på förmögenhetsrättens område och beror följaktligen inte direkt familjerättsliga avtal. I NJA 1936 s. 598 tillämpades ändock »grunderna för» (dvs. analogi till) 29 § avtalslagen för att ogiltigförklara ett avtal om underhållsbidrag till barn.

Med hänsyn till civilrättens rika innehåll är det emellertid svårt att formulera några mer exakta argumentationsnormer.

En bestämmelse bör tillämpas analogiskt på de fall som inte omfattas av dess ordalydelse, om en annan bestämmelse likställer dem med dem som det förra omfattar.

Anta t.ex. att en hyresupplåtelse av ett hus enligt jordabalken får utsträckas till jord i mindre omfattning. En slutsats får då dras om upplåtelseavtal enligt bostadsrättslagen: Då en bostadsrättsförening upplåter bostadsrätt i radhus till sina medlemmar, får upplåtelsen omfatta inte blott huset utan även mark i anslutning till detsamma. Det anses vara möjligt trots att bostadsrättslagen definierar bostadsrätt som upplåtelse av »hus eller en del av hus», inte mark (jfr Bernitz o.a. 1985, 84).

En oskriven prejudikatsregel får tolkas motsatsvis endast om klara skäl talar för det.

Som nämnts utgör *respekt för lagen* den huvudsakliga grunden för motsatsslutet. Den lojale lagtolkaren anser sig inte berättigad att genom analogislut utsträcka en lagregels tillämpningsområde på de fall som inte omfattas av denna regel. Poängen med prejudikattolkning är däremot en helt annan, inte respekt för generella lagregler utan *analogi* till konkreta beslut. Varje användning av ett prejudikat som ett mönster för framtida avgöranden är en generalisering av prejudikatet till en prejudikatsregel som säger att alla fall som *väsentligen liknar* prejudikatsfallet bör avgöras på samma sätt. Väsentlighetsbedömningen kan visserligen åtföljas av en förnuftig (dvs. sammanhängande) motivering men denna är inte helt objektiv utan beror ytterst på prejudikattolkarens personliga preferenser. Den prejudikatsregel som *alla* förnuftiga prejudikattolkare enhälligt kan godkänna *måste* följaktligen vara vag. Vaghet medför alltid tveksamhet om det berättigade i ett motsatsslut.

Prejudikatet bör visserligen inte följas om egenskaperna hos det ifrågavarande fallet väsentligt skiljer sig från prejudikatfallet. Denna *distinguishing* baserar sig emellertid på en fristående väsentlighetsbedömning, inte på något motsatsslut från auktoritativt bestämda, generella lagbestämmelser.

D7 Slutsatser. Normerna om valet mellan laganalogi och motsatsslut är förvisso vaga. Ändå bidrar de till en optimal avvägning mellan hänsyn till beslutsfattandets förutsebarhet och dess uniformitet. Den sistnämnda egenskapen är väsentlig ur såväl rättvisesynvinkel – lika skall behandlas lika – som förnuftssynvinkel: uniformiteten ökar rättens inre sammanhang. Därmed finner både laganalogi och motsatsslut sin plats i den juridiska argumentationen. De är argumentformer som måste fyllas med innehåll. Formerna måste nämligen innefatta åberopande av skäl som återspeglar rättssäkerhetskravet på en förnuftig avvägning mellan beslutsfattandets förutsebarhet och dess etiska godtagbarhet.

4.9.6 Valet mellan flera analogier

Ett aktuellt fall kan likna de fall som omfattas av en regel, samtidigt som det ur en annan synvinkel kan likna andra fall, reglerade av en annan regel. Om laganalogi är påkallad men reglerna i fråga är oförenliga, måste man välja mellan (åtminstone) två analogier.

NJA 1950 s. 650. En person påkördes av en bil och skadades så att han blev arbetsoförmögen under en tid. Kort därefter drabbades han av magsår, som inte hade något samband med olyckan, och blev arbetsoförmögen även av denna anledning. Fallet gällde ett val mellan olika tolkningar av den skadeståndsrättsliga vållanderegeln. (Jfr numera 2 kap. 1 § skadeståndslagen: »Var och en som... vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan...»). Regeln kan antingen tolkas så att den (1) föreskriver skadeståndsskyldighet vid alla slags skadeorsaker, såväl tillräckliga som nödvändiga, eller att den (2) blott stadgar skadeståndsskyldighet vid nödvändiga skadeorsaker. Fallets utgång har påverkats av valet mellan två möjliga analogier: den mellan sjukdom och en »normal» omständighet å ena sidan och den mellan sjukdom och en tredje parts vållande å andra sidan. Om man analogivis jämställer magsåret med en sådan normal omständighet som t.ex. pensionsålderns inträde, »blir resultatet att den skadeståndsskyldige ej skall utge ersättning för förlorad arbetsförtjänst under den tid som magsåret verkar. Om man å andra sidan anser att situationen bör jämställas med den när båda orsakerna går tillbaka på vållande... leder analogien till motsatt resultat: den omständigheten att den ytterligare orsaken (magsåret) i detta fall är kasuell bör visserligen medföra att den skadelidande ej har mer än en skadevållare att hålla sig till, men den bör ej medföra att han saknar rätt att hålla sig till denne.»

Valet mellan olika analogier bör styras av samma väsentlighetsbedömning som gör sig gällande vid användningen av *en* analogi. Man bör först och främst väga samman skäl för och mot tillämpning av varje analogi för sig.

Därmed bestäms hur väsentliga de aktuella analogierna är. Sedan bör man väga dessa mot varandra. Vid en samlad avvägning bör hänsyn tas till alla relevanta juridiska sak- och auktoritetsskäl.

4.9.7 Argument a fortiori

Följande argumentationsnormer uttrycker två former av det s.k. *a fortiori* argumentet:

Om lagen tillåter någon att göra mer, är det också tillåtet att göra mindre (*a maiori ad minus* argumentet).

Om lagen förbjuder någon att göra mindre, är det också förbjudet att göra mer (*a minori ad maius* argumentet).

A fortiori argumentet utgör egentligen ett analogislut, förstärkt med en värdering avseende frågan vad som är »mer» respektive »mindre».

I ett fåtal fall kan förhållandet mer-mindre fastställas värderingsfritt medelst logisk deduktion eller empiriska iakttagelser. Att på ett visst sätt föranleda att *intet* skattebelopp påföres den skattskyldige är således mer än att endast föranleda att *för lågt* skattebelopp påföres. Den senare gärningen är ett brott enligt 2 § 2 stycke skattebrottslagen, alltså är även den förra det (jfr NJA 1978 s. 452; enligt rubriken har stadgandet ansetts »analogiskt tillämpligt» på ett sådant fall).

Två personer är mer än en person. Om en cyklist inte får ta med en passagerare på sin cykel, så är det desto säkrare att han inte får ta med två personer (jfr t.ex. Koch och Rüssmann 1982, 259).

En dövstum är mer handikappad än en stum person. Om dövstumma får utföra vissa rättshandlingar kan man därför dra slutsatsen, att även stumma (men inte döva) också får göra det (jfr det polska rättsfallet SN IV CR 1079/55; Peczenik 1962, 143).

Betydligt oftare är förhållandet mer–mindre beroende av en värdering, som antingen uttrycks i rättskällorna eller är helt »fri». Äganderätt kan t.ex. anses vara »mer» än bostadsrätt. Om en bostadsrättsinnehavare får disponera sin bostad på ett visst sätt, är det desto säkrare att också en villaägare får göra det.

Om en genom ett lagakraftvunnet beslut omyndigförklarad person själv – inte blott genom sin förmyndare – äger att ansöka om att beslutet hävs, har han desto mer rätt att göra det innan beslutet vunnit laga kraft. Ett lagakraftvunnet beslut är »mer» än ett beslut som ännu inte vunnit laga kraft (det polska rättsfallet SN III CR 458/57).

En värderande slutledning *a fortiori* kan emellertid också slå fel. Enligt 20 kap 3 § 2 st. brottsbalken svarar man för att oaktsamt röja en uppgift som man är pliktig att hemlighålla. Att meddela en sådan uppgift för pressen kan värderas som »mer» än att röja den för bestämda personer. Icke desto mindre är ett oaktsamt utlämnande av hemliga uppgifter för publicering straffritt, eftersom endast vissa uppsåtliga brott av detta slag är straffbara jämlikt 7 kap. 3 § tryckfrihetsförordningen.

Som det sistnämnda exemplet visar, konkurrerar den värdering som bestämmer vad som är »mer» respektive »mindre» med andra värderingar, vilka kan stödas på olika slags skäl. Den samlade bedömningen bestäms av avvägning mellan samma hänsyn som gör sig gällande vid andra former av analogislut.

4.10 Teleologisk lagtolkning

4.10.1 Strukturen

Genom teleologisk lagtolkning fastställs lagens ändamål. Teleologisk tolkning utgör ett specialfall av en *konsekvensinriktad* (»målrationell») argumentation.

Ett ändamål kan definieras som en händelse som skall inträffa eller ett sakläge som skall föreligga.

Den teleologiska argumentationens struktur är följande:

Premiss 1 Ändamålet Ä bör förverkligas.

Premiss 2 Om man inte gör H kan Ä inte förverkligas.

– –

Slutsats Man bör göra H.

Slutledningen är egentligen inte logiskt tvingande. Den blir det emellertid om en ytterligare premiss tilläggs:

Premiss 3 Om
1) ändamålet Ä bör förverkligas; och
2) om man inte gör H kan Ä inte förverkligas;
så bör man göra H.

Handlingen H bör utföras eftersom dess konsekvens Ä utgör det antagna (påbjudna) ändamålet.

Teleologisk *lagtolkning* är ett särfall som schematiskt kan uttryckas som följande slutledning.

Premiss 1	Händelse Ä skall inträffa eller sakläge Ä skall föreligga.
Premiss 2	Om lagbestämmelsen L inte tolkas så att den innebär regeln L' kan Ä inte inträffa respektive föreligga.
Slutsats	Lagbestämmelsen L skall tolkas så att den innebär regel L'.

Det är rimligt att beakta lagens ändamål. Lagen består av normer, och en norms syfte är att tjäna ett ändamål.

Hur förhåller sig denna poäng till lagens språkliga *mening*? Två uppfattningar är möjliga:

Det kan hävdas att en norms mening är en sak, dess ändamål en annan. Att tolka lagen utan hänsyn till dess ändamål kan vara orimligt, men en sådan tolkning innebär inte någon logisk motsägelse.

Om denna uppfattning är riktig är den ovanstående schematiska slutledningen ofullständig. För att uppnå fullständighet måste en ytterligare sats läggas till den, nämligen:

Premiss 3 Om följande villkor är uppfyllda,
- händelse Ä skall inträffa eller sakläge Ä skall föreligga; och
- om lagbestämmelsen L inte tolkas så att den innebär regeln L' kan Ä inte inträffa respektive föreligga,

så skall lagbestämmelsen L tolkas så att den innebär regel L'.

Å andra sidan kan det även hävdas att en norms mening är sådan att den inte kan förstås på ett fullständigt sätt om hänsyn inte tas till det ändamål (eller den »vilja») som normen uttrycker. Att tolka lagen utan någon som helst hänsyn till dess ändamål innebär enligt denna uppfattning en anomali eller t.o.m. en logisk motsägelse.

Om den sistnämnda uppfattningen är riktig är premiss 3 en *logisk* sats, nödvändigt sann. Den ursprungliga slutledningen, från premisser 1 och 2 till slutsatsen, är då fullständig och logiskt korrekt. Denna uppfattning förutsätter emellertid att logikens område utsträcks utöver det vanliga. (En sådan utvidgning motsvarar kanske von Wrights ståndpunkt, jfr 1963, 167).

4.10.2 Subjektiv och objektiv teleologisk lagtolkning

Lagens ändamål kan skilja sig från personliga ståndpunkter hos de människor som deltagit i lagstiftningsarbetet. Slutsatsen om lagens ändamål följer i stället av en komplex satsmängd, som är olika vid subjektivteleologisk och objektivteleologisk lagtolkning.

Den subjektivteleologiska (m.a.o. »genetiska») lagtolkningen baserar sig på en uppfattning om lagstiftarens vilja. Denna uppfattning kan i sin tur stöda sig på lagens förarbeten. Den subjektivteleologiska lagtolkningens grundstruktur kan åskådliggöras på två olika sätt:

I.

Premiss 1	Lagbestämmelsen L skall tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftaren vill att bestämmelsen L tolkas så att den innebär regel L'.
Slutsats	Lagbestämmelsen L skall tolkas så att den innebär regel L'.

II.

Premiss 1	Lagbestämmelsen L skall tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftaren betraktar lagbestämmelsen L som ett medel för förverkligande av ändamålet Ä.
Premiss 3	Om lagbestämmelsen L inte tolkas så att den innebär regel L' kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Lagbestämmelsen L skall tolkas så att den innebär regel L'.

Förarbetenas roll i detta sammanhang kan belysas av följande slutledningar:

I.

Premiss 1	Lagbestämmelsen L skall tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftaren vilja bör fastställas i enlighet med lagens förarbeten.
Premiss 3	Förarbetena slår fast att bestämmelsen L skall tolkas så att den innebär regel L'.
Slutsats	Lagbestämmelsen L bör tolkas så att den innebär regel L'.

II.

Premiss 1	Lagbestämmelsen L skall tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftaren vilja bör fastställas i enlighet med lagens förarbeten.
Premiss 3	Förarbetena slår fast att ändamålet Ä med lagbestämmelsen L skall förverkligas.
Premiss 4	Om lagbestämmelsen L inte tolkas så att den innebär regel L' kan Ä inte förverkligas.
– – –

4.10.3 Den klassiska och den radikalteleologiska lagtolkningen

Har några andra tolkningsmetoder företräde framför den teleologiska? Det klassiska svaret på denna fråga är att den teleologiska lagtolkningen bör tillämpas först som den sista utvägen, sedan det trots användning av den bokstavstrogna, den logiska, den systematiska och den historiska metoden konstateras att den tolkade bestämmelsen kvarstår som vag (jfr även Alexys rationalitetsregel J 7; avsnitt 7.10.4 nedan).

Den klassiska ståndpunkten förenas ofta med uppfattningen att den teleologiska lagtolkningen bör tillämpas vid den reducerande och den analogiska tolkningen men inte vid den restriktiva eller den extensiva.

En *radikal*teleologisk riktning kräver å andra sidan, att den teleologiska lagtolkningen används på alla tolkningsproblem, och från allra första början av tolkningsprocessen.

Den radikalteleologiska lagtolkningsskolan uppstod till följd av den juridiska metodens utveckling mot slutet av 1800- och början av 1900-talet.

Utvecklingen dominerades av den klassiska ståndpunkten. Enligt den tyske juristen *Rudolf von Ihering* (1818-1892) borde lagtolkaren ta hänsyn till de rättsligt skyddade intressena, vilka omfattade allt som gav livet ett värde, t.ex. materiella tillgångar, ära, kärlek, frihet, utbildning, religion, konst och vetenskap. Fransmannen *Francois Gény* preciserade dessa tankar: lagtexten skall beaktas när den är klar. I annat fall bör lagtolkaren med stöd av andra tillgängliga rättskällor fastställa de värderingar som legat till grund för lagen. När dessa inte löser det ifrågavarande tolkningsproblemet, får domaren utföra en fri tolkning, påverkad av hans bedömning av olika intressen, rättvisan och samhällsnyttan. Den tyska *frirättsskolans* grundare, *Eugen Ehrlich* följde egentligen *Gény*.

Den radikalteleologiska riktningen uppstod först då frirättsskolan radikaliserades ytterligare under påverkan av *Hermann Kantorowicz*. Denne hävdade följande. När svaret på den aktuella tolkningsfrågan inte klart framgick av lagens ordalydelse, fick domaren utan hänsyn till lagens förarbeten använda sina värderingar och intuitioner för att bedöma de föreliggande intressena och skapa »den fria rätten». Endast vissa rationalitetshänsyn fick därvid begränsa domarens frihet.

Den tyska *intressejurisprudensen*, som under mellankrigstiden torgfördes av *Philipp von Heck*, ville skapa en säkrare grund för den teleologiska lagtolkningen. Man borde inte förlita sig på sina känslor utan i stället utforska olika intressen och

utvärdera dessa med användning av de värderingar som genomsyrade lagen. När olika tolkningsalternativ skyddade skilda intressen borde domaren hålla sig till lagstiftarens värderingar, såvitt dessa kunde utläsas ur lagtexten. I andra hand fick han göra en egen analys av olika intressen. Det räckte inte med att endast beakta *lagens* ändamål. Detta bestod i att blott skydda vissa »vinnande» intressen, men även andra sådana, vilka förlorat kampen om rättsskyddet, borde till en viss grad beaktas. Domarens intuition fick endast komma i fråga när den vetenskapliga intresseanalysen inte lett till någon klar tolkning. Något senare förespråkades liknande tankar av de *amerikanska rättsrealisterna*. Såväl själva rätten som den juridiska argumentationen var medel för att så fullständigt som möjligt tillfredställa olika i samhället förekommande intressen. Dessa borde studeras rättssociologiskt, med undvikande av alltför generella teorier. Rättstillämpningen var endast ett specialfall av »social engineering». *Roscoe Pound* (1870–1964) utförde särskilt omfattande studier av detta slag. Nutida rättsvetenskap och rättspraxis i hela världen har i viss mån påverkats av sådana tankar.

I *nordisk* rättskipning och rättsvetenskap har den *klassiska* modellen i förening med objektivteleologisk tolkning uppfattats på följande sätt. Lagtolkarens argumentation måste beakta lagens bokstav, dess logiska konsekvenser, systematik och sammanhang med andra rättskällor, såsom förarbeten och prejudikat. Då lagtexten medger två eller fler tolkningsalternativ, trots att de andra argumentationsstegen redan utförts, undersöker man de olika alternativens *hypotetiska konsekvenser*. En sådan konsekvens kan vara antingen empirisk (t.ex. att mildare straff kan orsaka ökad brottslighet) eller analytisk, t.ex. att en systematisk tolkning av en lagbestämmelse kräver en viss tolkning av en annan lagbestämmelse.

Sedan vägs de möjliga konsekvenserna och sätts i en viss preferensordning – t.ex. fastslår att konsekvens x är bättre än konsekvens y.

Till sist dras slutsatsen: Eftersom
- konsekvens x är bättre än y; och
- x utgör en följd av tolkning A medan y är en följd av B,

måste tolkning A föredras framför tolkning B.

4.10.4 Ekelöfs lära. Inledning

Den radikalteleologiska lagtolkningen associeras i Sverige främst med namnet *Per Olof Ekelöf* (1906–1990). Hans åsikter kan sammanfattas på följande sätt (jfr bl.a. Ekelöf 1990, 54 ff.).

1. Lagen skall utan vidare tillämpas på *ordinära* fall, vilka utan tvekan omfattas av dess *ordalydelse* enligt vanligt språkbruk.

2. Denna tolkning påverkar *utgången* av ordinära fall.

3. De ordinära fallens utgång kan tänkas leda till vissa samhälleliga *verkningar*.

Ekelöf kallar också dessa verkningar för lagens »faktiska funktion», »praktiska funktion» och »helhetsresultat» (jfr t.ex. 1958, 84 ff. och 105 ff.; 1951, 23 och 28-9).

4. En del av dessa verkningar utgör lagens *ändamål* (dvs. de verkningar som lagen borde ha).

5. Ändamålet bör avgöra lagtolkningen i *säregna* fall.

I sådana fall bör rättstillämpningen inte känna sig bunden av lagens förarbeten (jfr t.ex. Ekelöf 1958, 87 och 93 ff.). Inte heller bör enligt Ekelöf någon komplicerad, systematisk eller logisk tolkning utföras. I stället bör lagtolkningen anpassas till det sålunda fastställda ändamålet.

6. Ekelöf medger emellertid att även prejudikat – men inte förarbeten – utgör viktiga lagtolkningsdata. Om ett prejudikat finns som kan belysa lagtolkningen i det säregna fallet följer Ekelöf prejudikatet, även om han kanske skulle ha löst det fallet på något annat sätt om prejudikatet inte funnits.

Ekelöf anger följande exempel. 45 kap. 5 § 1 st. rättegångsbalken har följande lydelse:

»Väckt åtal må icke ändras. Åklagaren äge dock mot samme tilltalade utvidga åtalet att avse annan gärning, om rätten med hänsyn till utredningen och andra omständigheter finner det lämpligt.»

Låt oss anta att flera personer åtalas för att gemensamt ha begått ett antal stölder. En åtalas endast för delaktighet i en enda stöld. Omedelbart före huvudförhandlingens början ändrar dock åklagaren åtalet så att vederbörande inte längre åtalas för denna stöld utan i stället för delaktighet i en av de andra stölderna. Den tilltalade erkänner, och det föreligger också andra bevis för brottet. Är en sådan åtalsändring tillåten? Lagens ordalydelse talar mot denna slutsats. Ekelöf anser emellertid att ändringen bör tillåtas. Han frågar sig först till vilka verkningar en tillämpning av lagrummet leder i ordinära fall. Någon åtalas för ett brott, och senare utvidgas åtalet till att även avse ett annat brott. Båda behandlas i samma process. Alla inblandade spar tid, pengar och bekymmer, jämfört med vad som skulle orsakas av två processer. Ekelöf konstaterar att denna besparing utgör bestämmelsens ändamål. Till sist återkommer han till det ovan angivna, säregna fallet och slår fast att samma besparing uppstår även när någon under de angivna omständigheterna åtalas för ett brott *i stället* för ett annat. Alltså är åtalsändringen tillåten.

Ekelöfs metod har följande starka punkter.

1) I likhet med alla andra teleologiska tolkningsläror beaktar den lagens ändamål.

2) Den bidrar till att avgöranden i ordinära och säregna fall får samma verkningar. Därmed ökar beslutsfattandets generalitet – i enlighet med principen »lika skall behandlas lika».

Den andra punkten betonas inte så klart av alla teleologiska tolkningsläror. Ekelöfs lära är emellertid inte ensam i sitt slag. Hart och Sacks, t.ex., i en inflytelserik amerikansk lärobok uttrycker »förväntan, att lagtolkare skulle lösa osäkra tillämpningsfall genom att försöka fastställa ändamålet bakom klara exempel på tillämpning (och icke-tillämpning) och dra slutsatser som stämmer överens med såväl detta ändamål och dessa exempel» (1958, 1153). Hart och Sacks fastställer emellertid lagens ändamål vid klara tillämpningsfall på ett friare sätt: Lagens bokstav är relativt mindre viktig för dem än för Ekelöf.

Metoden är alltså rimlig och bör tillämpas i vissa fall. Men dess *radikal*teleologiska anspråk kan kritiseras. Vissa problem medför nämligen att den trots Ekelöfs högt ställda anspråk endast får komplettera, men inte ersätta andra, mer traditionella tolkningsmetoder.

4.10.5 Ekelöfs lära. Precisionsproblemet

Ekelöfs tolkningsmetod är inte exaktare än de övriga metoderna.

Enligt bl.a. Hult (1952, 579 ff.) är det säkrare att lita till lagens ord än till dess andemening.

Oklarhet uppstår vid klargörande av a) ordinära fall, b) lagens verkningar och c) lagens ändamål.

a) Vilka fall är ordinära respektive säregna? Säregna är inte endast de fall som ligger utanför lagens bokstav utan även de mer sällan förekommande eller med speciella omständigheter förenade fall som ordalydelsen i sig omfattar (jfr t.ex. Ekelöf 1958, 84). Ordinära åter är de fall som antingen har en mycket stor betydelse eller – som Ekelöf säger – är »så iögonfallande att lagens upphovsmän ej kan ha undgått att uppmärksamma dem». Dessutom kan samhällsförhållandena ändras efter lagens tillkomst, så att en ny typ av fall blir ordinära, trots att lagens upphovsmän inte kunde förutse dem. Man måste alltså till sist överge Ekelöfs metod, närmare bestämt sätta sin lit till lagens förarbeten och en avvägning mellan olika vaga kännetecken för att kunna skilja mellan ordinära och säregna fall.

Ross (1953, 171 not 2) har därför gjort gällande att frågan vilka fall som är ordinära och vilka som är säregna inte kan besvaras innan man känner till lagens ändamål.

Generalklausuler medför särskilt stora problem. Deras ordalydelse hjälper inte lagtolkaren att skilja mellan ordinära och säregna fall. Avtalsvillkor får således jämkas eller lämnas utan avseende, »om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt» (36 § avtalslagen). Anta nu att ett avtal mellan en oerfaren näringsidkare och branschens dominerande företag innehåller en finstilt skiljeklausul. Den svagare parten kräver att detta avtalsvillkor lämnas utan avseende. Är fallet ordinärt eller säreget? Lagens ordalydelse besvarar inte frågan. Det finns däremot klara riktlinjer i förarbetena (proposition 1975/76:81, 118 ff.). Tack vare dessa kunde domstolarna utan problem skapa ett antal prejudikat, se t.ex. NJA 1979 s. 666.

b) Vilka är lagens faktiska verkningar i ordinära fall? I vissa fall kan frågan besvaras genom sociologiska undersökningar. I andra fall skulle Ekelöf troligen nöja sig med en plausibel hypotes om lagens sannolika verkningar (jfr Thornstedt 1955, 319 ff. och 1960, 221 ff., särskilt 229). Men det kan finnas flera sådana hypoteser. Hur kan man välja bland dem?

c) Ännu svårare är det att på Ekelöfs sätt fastställa lagens ändamål. En del faktiska verkningar av lagens tillämpning på ordinära fall uppfattas av Ekelöf som identiska med ändamålet, dvs. med de verkningar lagen *bör* ha. »En del» betyder dock inte »alla». På vissa motorvägar sänktes t ex på åttiotalet hastighetsbegränsningen till nittio kilometer i timmen. Vilka var verkningarna? Utsläpp av vissa miljöfarliga ämnen minskade något. Antalet trafikolyckor ökade, eftersom – som en taxiförare uttryckte saken – vi inte kan köra sovande. Till sist minskade antalet laglydiga förare, vilket generellt urholkar respekt för lagen. Hastighetsbegränsningens ändamål består självfallet i att skydda miljö och trafikanter, inte i att minska laglydnaden eller öka trafikfaran. Lagens ändamål är den verkan som enligt den tolkandes omdöme är av godo. Men vem vet med säkerhet vilka verkningar av t.ex. en komplicerad skattelagstiftning som är goda respektive onda?

Mycket ofta behövs en komplicerad avvägning mellan många olika skäl för att *på en gång* kunna besvara frågorna om identifiering av ordinära fall, lagens verkningar och lagens ändamål. En preliminär bestämning av ordinära fall hjälper vid ett preliminärt bestämmande av lagens ändamål. Det sistnämnda hjälper sedan vid ett mer nyanserat bestämmande av ordinära fall. På detta sätt kan man fördjupa insikten i lagens ändamål. Man

resonerar fram och tillbaka, till dess man är nöjd med resultatet. En sådan avvägning förekommer självfallet även vid andra lagtolkningsmetoder. Ekelöfs metod intar ingen särställning.

4.10.6 Ekelöfs lära. Problemet med flera ändamål

Metoden är också svårtillämpad när det gäller stadganden med flera ändamål, vilka ofta står i ett motsatsförhållande till varandra.

Inom civilrätten konkurrerar således parternas olika intressen. Inom skadeståndsrätten konkurrerar t.ex. den skadelidandes kompensationsintresse med skadevållarens rättssäkerhet. Inom förvaltningsrätten måste myndigheter ofta göra en rätt komplicerad intresseavvägning. Vissa skatterättsliga normer syftar en avvägning mellan statens ekonomiska intressen, det allmänna rättssäkerhetsintresset, näringslivets effektivitetsintresse, den skattskyldiges rättssäkerhetsintresse och skattemyndigheternas arbetsekonomiska intressen. På straffrättens område erkänner man inte endast prevention, att hindra gärningsmannens återfall i brott och att avskräcka andra potentiella förbrytare, utan även vård – att bättra gärningsmannen – och vedergällning. T.o.m. i Ekelöfs ovan anförda processrättsliga exempel har man att göra med två motsatta ändamål. Bestämmelsen om åtalsändring åsyftar ju inte bara till att garantera de ovan beskrivna besparingarna. Om det vore så, skulle alla åtalsändringar vara tillåtna, bara de ledde till en minskning av kostnaderna för rättegången. Det konkurrerande ändamålet är självfallet att skydda den tilltalade mot helt oväntade åtalsändringar som skulle ge åklagaren medel att trakassera en misshaglig person och försvåra dennes försvar.

Man kan även skilja mellan direkta och indirekta ändamål (jfr t.ex. Summers 1982, 64; Weinberger och Weinberger 1979, 142). Ett skadeståndsrättsligt stadgande kan t.ex. direkt åsyfta att skadan kompenseras och indirekt ta sikte på den samhällsekonomiskt optimala fördelningen mellan skadeståndets och försäkringsväsendets uppgifter.

Vidare måste man skilja på 1) ändamålet med den ifrågavarande bestämmelsen; 2) ändamålet med andra bestämmelser som måste beaktas; 3) ändamålet med den del av rättsordningen till vilken bestämmelsen hör; och 4) ändamålet med hela rättsordningen. Även om ett visst stadgande endast åsyftar billigare rättegångar, får man inte förbise att andra regler kan åsyfta att garantera den tilltalades rättssäkerhet. Bland de ändamål som är karakteristiska för en viss del av rättsordningen kan följande nämnas. Att skydda avtalsfriheten är ett typiskt ändamål för obligations-

rätten. Syftet att göra rättsförhållandena så offentliga som möjligt är däremot typiskt för sakrätten. Prevention är typisk för straffrätten. Kompensation är typisk för skadeståndsrätten. Ändamålet att vidmakthålla rättssäkerheten är ett typiskt syfte för hela rättsordningen.

Till sist sker det en fortlöpande ändamålsförskjutning till följd av ny lagstiftning (jfr Grönfors 1960, 12 ff.).

Då flera ändamål konkurrerar med varandra måste som sagt en avvägning göras. Därvid behöver man många skäl och motskäl, dvs. en mer komplicerad tolkningsmetod än den som Ekelöf förespråkar. Slutsatsen måste bli att Ekelöfs metod innebär en alltför stor förenkling.

4.10.7 Ekelöfs lära. Problemet med den förenklade rättskälle- och metodläran

För enkelhets skull skar Ekelöf ned rättskällematerialet till ett minimum och godkände endast sin egen lagtolkningsmetod. Man bör i enlighet härmed i princip beakta endast lagen, dess verkningar och det egna omdömet, som säger vilka av dessa verkningar som är goda. Varför bör man inte också ta hänsyn till förarbetena eller de i den juridiska litteraturen etablerade argumentationsnormerna angående analogislutet och annat? Ekelöf hoppas på att denna förenkling gör hans metod objektivare, mindre beroende av personliga värderingar. Men denna förhoppning är som sagt orealistisk. Tvärtom förloras viktiga hjälpmedel, vilka skulle kunna begränsa utrymmet för värderingar.

Sundberg (1978, 284) har således »blivit misstänksam av hur 'smalt' systemet (dvs. Ekelöfs metod – AP) tillämpats, i meningen hur ringa botaniseringsutrymme som tillagts metoden i dess tillämpning».

Strömholm (1988, 441-2) har likaledes ställt frågan om inte den traditionella rättskälleläran varit bättre: »... om inte detta sysslande med tekniska förfaranden, detta forskande efter en lagtexts innebörd med hjälp av de arbetsredskap juristen förfogar över – lagtext, förarbeten, praxis – ... om inte denna 'teknikalitet' i yrkesutövningen... är både ett slags psykologisk hjälp för den som har att fatta svåra beslut och en fundamental garanti för rättssäkerheten och likformigheten i domstolarnas arbetssätt».

Angående förarbeten har Strömholm (1972, 721) rätt i att »hur ringa ledning lagmotiven än må innehålla för det konkreta fallet synes det ytterst osannolikt, att de ej kunna tjäna syftet att begränsa det område inom vilket argument skola sökas».

När det gäller den juridiska *metodläran* anser Ekelöf bl a att hans metod bör ersätta både extensiv lagtolkning och laganalogi. Därmed ifrågasätter han i likhet med Alf Ross distinktionen mellan dessa metoder. Men denna förenkling medför vissa nackdelar (jfr avsnitt 4.8 ovan).

Generellt sagt är det »juridiska beslutsfattandet... således mångfasetterat: ... Auktoritetsargument ... och finalistiska (teleologiska) argument ... kan samtidigt förekomma i en argumentationskedja, och de kan understöda varandra» (Klami 1989, 47). »Ikke alle relevante formålsbetraktninger har like stor *vekt*. Vekten avhenger for det første av hva som er grunnlaget for formålsfastsettelsen: – om det dreier seg om et lovfastet formål, et som er nevnt i forarbeidene, et som man har andre holdepunkter for å tro at lovgiverne ønsket fremmet, eller bare et som man selv synes at loven egner seg til å fremme» (Eckhoff 1993, 89).

Ekelöfs idé att sålunda skära ner juridikens källmaterial kan måhända ses som ett uttryck för den radikala optimism som bl.a. präglade femtiotalets reformistiska debatt. Han hävdar egentligen att beslutsfattarens omdöme är tillräckligt gott för att med lagtextens och det radikalt beskurna rättskällematerialets stöd fastställa lagstadgandets förnuftiga ändamål. Min uppfattning är försiktigare. Det är överhuvudtaget svårt för både lagstiftare och beslutsfattare att räkna ut vad som är bäst för parterna och samhället. Vårt århundrade är ju den misslyckade samhällsplaneringens tid. Alla behöver traditionens hjälp för att ens närma sig den relativt bästa lösningen på mellanmänskliga konflikter, såväl generellt som i särskilda fall. Den hävdvunna juridiska metoden är den samhälleliga traditionens viktiga redskap. Man bör akta sig för att förkasta den.

4.10.8 Ekelöf och uppsalaskolan

Indirekt godkänner också Ekelöf den klassiska juridikens metod, då han inte vågar beröva beslutsfattaren *alla* sådana hjälpmedel. För Ekelöf är således prejudikat – men inte förarbeten – en rättskälla av beskaffenhet att böra beaktas vid sidan av lagen. Men varför ger han endast med sig när det gäller prejudikat? Varför skall man inte följa hela den hävdvunna rättskälle- och metodläran? Kanske har Ekelöfs bakgrund – dvs. uppsalaskolans skepticism gentemot traditionell juridik – förhindrat honom att ta steget fullt ut och godkänna alla klassiska rättskällor och tolkningsmetoder?

Samma bakgrund förklarar måhända varför lagens ändamål enligt Ekelöf måste fastställas på en omväg, dvs. endast på grund av dess verkningar. Här uppstår följande frågor.

- Antagandet att lagtolkning blott och bart bör bedömas efter sina verkningar hänger samman med den utilitaristiska uppfattningen, enligt vilken all förnuftig värdering av mänskliga handlingar måste bygga på en bedömning av deras verkningar. De förespråkare för uppsalaskolan som överhuvudtaget kunde tänka sig några förnuftiga värderingar hade en stark benägenhet att basera dessa på en konsekvensbedömning.
- Ekelöf litar tydligen mer på rättssociologiska konstateranden och hypoteser om lagens verkningar – tillsammans med den enskilde beslutsfattarens intuitiva omdöme rörande verkningarnas likhet med ändamålet – än på förarbetens klara ord. Måhända vill han till varje pris stöda lagtolkningen på rättssociologisk forskning, dvs. på det enda som i detta sammanhang kan tänkas uppfylla uppsalaskolans vetenskapsideal. Men denna flykt till rättssociologin behövs inte, eftersom de vid den hävdvunna lagtolkningsmetoderna ofrånkomliga värderingarna *kan* stödas på sammanhängande skäl.

Två ytterligare synpunkter kan uttalas i detta sammanhang.

- Ekelöfs metod medför visserligen fördelar, men endast om lagens *faktiska* (inte bara hypotetiska) verkningar kan konstateras. Förarbeten ger endast upplysning om lagstiftarens uppfattning om verkningar, inte om de faktiska verkningarna. Dessutom ger de endast upplysning om (tänkta) verkningar i vissa (inte alla) fall, nämligen de fall som ligger till grund för lagens utformning. De personer som uttalar sig i förarbetena kan självfallet inte förutse alla tänkbara svåra fall. Det är därför naturligt att värdera olika lagtolkningsalternativ efter deras faktiska verkningar, särskilt om det utilitaristiska antagandet godtas, att det är verkningarna av olika handlingssätt som bör bestämma hur vi bör handla. Det är emellertid inte lika naturligt att knyta lagtolkningen till lagens *hypotetiska* verkningar.
- Ekelöfs metod förutsätter säker kunskap om vilka verkningar i svåra fall som *väsentligt* liknar lagens verkningar i typiska fall. Väsentlighetsbedömningen måste emellertid motiveras genom avvägning mellan olika argument. Dessa inkluderar etiska värden respektive principer och rättsliga auktoritetsskäl inklusive förarbeten. Ekelöf tycks mig vara skeptisk mot en sådan avvägning. Därför har han ingen bättre grund för väsentlighetsbedömningen än lagtolkarens intuitiva omdöme.

4.10.9 Vissa slutsatser om Ekelöfs metod

Trots Ekelöfs motsatta uppfattning kan man misstänka, att de traditionella juridiska lagtolkningsmetoderna totalt sett leder till större rättssäkerhet än Ekelöfs radikala förenkling. I den juridiska debatten har genom tiderna den komplicerade tolkningstraditionen om och om igen testats ur bl.a. rättssäkerhetssynvinkel. Kan allt detta verkligen ha varit värdelöst?

Teleologisk lagtolkning är en viktig del av denna tradition. Lagens ändamål kan emellertid fastställas på olika sätt.

Ekelöfs metod bör tillämpas, men i begränsad utsträckning, såvida inte skäl finns för att använda andra tolkningsmetoder. Metoden förtjänar således ingen monopolställning.

4.11 Den juridiska sammanvägningsmetoden och rättssäkerheten

4.11.1 Lagens ändamål och avvägning

Lagens ändamål är en rationell konstruktion, nämligen den mest rationella, dvs. den mest sammanhängande och sakliga tolkningen av olika slags data. Närmare bestämt härleds ändamålet ur en komplex premissmängd som kan innehålla följande data:

- »lagstiftarens vilja» (lagens ändamål i »subjektiv» mening), dvs. hypoteser om de i lagstiftningsprocessen deltagande personernas avsikter;
- lagens förarbeten;
- de rättskällenormer som bestämmer förarbetenas ställning som auktoritetsskäl i juridisk argumentationen;
- hypotesen om att lagars förarbeten brukar uttrycka de i lagstiftningsprocessen deltagande personernas avsikter;
- »lagens ändamål» i objektiv mening, fastställt genom avvägning mellan olika etiska och juridiska sak- och auktoritetsskäl, inklusive vissa traditionella lagtolkningsmetoder och till sist
- »lagens ändamål» i Ekelöfs mening, fastställt med stöd av lagens verkningar i typiska fall.

Vilka av dessa data som bör beaktas i det konkreta fallet beror på en avvägning mellan fallets samtliga omständigheter.

Avvägning är alltid kontextuell, beroende på fallets konkreta sammanhang. Visserligen kan några avvägningsregler uppställas, som *prima facie*

bestämmer prioritetsordningen mellan olika slags ändamål. Men lagtolkningslärornas historia visar att oenigheten på detta område är synnerligen stor, vilket kan bero på vissa djupgående men svåranalyserade skäl. Generella prioritetsregler kan i varje fall knappast bli allmänt godkända.

4.11.2 Teleologisk lagtolkning eller den juridiska sammanvägningsmetoden? »Eklektiker» och »fanatiker»

I ljuset av det ovan sagda framstår teleologisk lagtolkning som en av flera tolkningsmetoder. Den bör inte ha någon monopolställning. Inte heller går det att uppställa någon universellt giltig prioritetsordning mellan olika lagtolkningsmetoder. Därmed avvisas även den klassiska uppfattningen, enligt vilken den teleologiska lagtolkningen bör tillämpas först som den sista utvägen, sedan det trots användning av de andra metoderna konstaterats att den tolkade bestämmelsen kvarstår som vag (se ovan avsnitt 4.10.3). I stället bör så pass olika tolkningsmetoder som bokstavstrogen, språkligt konsekvent, logisk, kvasilogisk, systematisk, begreppsanalytisk, begreppssyntetisk, historisk, komparativ, analog och teleologisk tolkning beaktas för att uppnå en rimlig lösning av det ifrågavarande rättsliga problemet. Resultat av olika tolkningsargument bör *jämkas samman*. Förvisso kan denna sammanjämkningslära – som således föredrar att inte binda lagtolkaren för någon fast prioritetsordning mellan de olika metoderna – etiketteras som »eklektisk» (jfr Lehrberg 1992, 78 och 134). Lagtolkning bör emellertid vara *så rättvis som möjligt*. Den måste alltså vara »eklektisk» eftersom också rättvisan är beskaffad på detta sätt (jfr avsnitt 5.5 nedan). Rättvisan kräver nämligen en *avvägning* mellan olika värden. Att tolka lagen rättvist innebär att man i det föreliggande fallet optimalt väger alla relevanta rättskällor och sakliga hänsyn mot varandra.

Om en sådan sammanvägning kallas för »eklektisk» kan varje stel och avvägningsfri prioritetsordning mellan de konkurrerande lagtolkningsmetoderna lika gärna betecknas som »fanatisk».

4.11.3 Åter till rättssäkerheten

En genomgång av juridiska argumentationsnormer stöder slutsatsen att de bidrar till att göra argumentationen kontrollerbar och därmed rättssäker.

Olika juridiska metoder bidrar till rättssäkerhet på olika sätt. De kvasilogiska maximerna såsom att man inte har skyldighet att göra det omöjliga är så pass väl förankrade i vår kultur att deras beaktande vid myndighetsut-

övning måste anses öka denna förutsebarhet. Bokstavstolkningen medför samma resultat, särskilt om lagen uppvisar en hög grad av precision. Genom att beakta sådana hänsyn som inbördes samband mellan olika uttryck, lagens systematik, begreppsanalytiska rön och rättsdogmatiska teorier ökar man lagtolkningens interna sammanhang. Även detta faktum är ägnad att befrämja lagtolkningens förutsebarhet. Användning av analogi uttrycker generalitetsprincipen »lika skall behandlas lika» och därmed hänsynen till såväl rättvisan som rättssäkerheten. Regelbundet beslutsfattande i likartade fall är ju mer förutsebart än ett sporadiskt sådant. Motsatsslutet stöder sig å andra sidan på respekt för lagen, vilket likaledes kan medföra en rättssäkerhetsvinst. Förvisso äventyras rättssäkerheten genom att valet mellan analogi och motsatsslut inte underkastas helt klara regler. Men vissa sådana sedvanerättsligt gällande tolkningsnormer står ändå till lagtolkarens förfogande.

Det ovan sagda medför att följande tes lär vara rimlig.

Rättssäkerhetstes 5. Trots sin värdebemängda karaktär bygger juridisk lagtolkning på så pass bestämda arbetsmetoder, att dess inverkan på den juridiska argumentationen är förenlig med rättssäkerhetskravet att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

5 kap. Etiken

5.1 Frågan om juridiska värderingar kan vara riktiga

5.1.1 Inledning – en teori om juridisk argumentation

A FRÅGAN OM DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONENS RÄTTFÄRDIGANDE

Värderingars stora betydelse i den juridiska argumentationen ger upphov till frågan om vad det bör innebära att rättstillämpning är riktig.

Frågan är normativ. Den måste skiljas från deskriptiva frågeställningar och påståenden om olika orsaker som bestämmer en juridisk debatts utgång eller om olika skäl som juristerna faktiskt betraktar som övertygande.

B MER OM RÄTTFÄRDIGANDEFRÅGAN – SAMSPEL MELLAN DET NORMATIVA OCH DET DESKRIPTIVA

Den normativa frågan gäller m.a.o. rättstillämpningens rättfärdigande (»*justification*», se Popper 1959, 31). Rättfärdigandefrågan är förvisso normativ, men svaret på den får inte vara godtyckligt. Det får nämligen inte förbise juristernas faktiska uppfattning om vad som är en riktig juridik.

Teorin om den juridiska argumentationens rättfärdigande bör försöka sammanfatta etablerad argumentation, men kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på argumentationen; jfr avsnitt 2.5.1A ovan och Prawitzs (1985, 28 ff.) åsikt om rättsvetenskapen.

Denna teori påminner på så sätt om den ovan utvecklade teorin om gällande rätt.

Teorin om den juridiska argumentationens rättfärdigande bör närmare bestämt i så stor utsträckning som möjligt på en och samma gång

- vara sammanhängande, bl a motsägelsefri, relativt generell, väl motiverad och språkligt konsekvent; och

– identifiera som riktiga en stor del av de exempel på juridisk argumentation som i ljuset av samhällets rättstradition framstår som riktiga.

C ETT JURIDISKT TILLRÄCKLIGT OCH ETT DJUPGÅENDE RÄTTFÄRDIGANDE

Att rättfärdiga är detsamma som att motivera eller stöda en slutsats, dvs. att ge tillräckliga skäl för den. Att rättfärdiga en slutsats innebär m.a.o. att visa att den är riktig eller korrekt.

Juridiska slutsatser kan rättfärdigas

a) inom det juridiska argumentationssystemet, förankrat i lagar, andra etablerade rättskällor och hävdvunna argumentationsmetoder,

eller

b) utanför detta system.

Det förra är det *juridiskt tillräckliga rättfärdigandet*. Det senare är ett *djupgående rättfärdigande*. En politiker, samhällskritiker eller moralfilosof kan nämligen argumentera från utgångspunkter som ligger utanför det juridiska argumentationssystemet. Han kan således ifrågasätta, kritisera eller rättfärdiga de antaganden från vilka juristerna utgår.

Skillnaden mellan det juridiskt tillräckliga och det djupgående rättfärdigandet belyses av följande exempel. Frågan »varför skall vi följa grundlagarna?» saknar mening om den ställs inför regeringsrätten, alltså som en del av det juridiskt tillräckliga rättfärdigandet. Regeringsrätten *tar för givet* att grundlagarna skall följas. Frågan kan emellertid vara intressant på ett politiskt möte då man besvarar en anarkists kritik av den juridiska argumentationens legitimitet.

D DEN ALLMÄNNA RÄTTSLÄRAN

Frågan om den juridiska argumentationens *djupgående* rättfärdigande hör till den allmänna rättsläran. Den allmänna rättslärans centrala del utgör en vetenskap *om* rättsdogmatiken och rättstillämpningen. Den liknar vetenskapsteori, och »bor» s.a.s. i våningen ovanför den vanliga rättsvetenskapen – rättsdogmatiken (jfr Peczenik 1974, 9 ff.). Den rättsteoretiska forskningsmetoden är därmed inte juridisk i ordets vanliga betydelse, utan artegen och besläktad med filosofin.

Huvuddelen av den allmänna rättsläran omfattar följande:

1) En *beskrivning* av den juridiska metoden. Man försöker ge en ordnad och omfattande beskrivning av följande forskningsföremål:

– olika juridiska roller och motsvarande argumentationstyper, däribland rättsdogmatisk argumentation, domsmotivering och parternas argumentation;

- juridikens uppgifter, sådana som rättsdogmatisk begreppsanalys, systematisk framställning av gällande rätt, lagtolkning, rättsfallstolkning m.m.;
- juridiska argument, såsom analogislut och motsatsslut;
- juridikens arbetsmetoder, t.ex. bokstavstolkning, ändamålstolkning och historisk tolkning.

2) En *analys* av juridiska grundbegrepp, såsom »gällande rätt», dvs. en beskrivning och precisering av dessa begrepp och deras förhållande till andra begrepp.

3) En *utvärdering* av dessa uppgifter, argument, arbetsmetoder och begrepp. Man försöker t.ex. besvara sådana frågor som huruvida det juridiska analogislutet är hållbart, huruvida begreppet »gällande rätt» är meningsfullt och ändamålsenligt osv.

4) *Förbättringsförslag* angående dessa uppgifter, argument, arbetsmetoder och begrepp. Man försöker t.ex. besvara frågan hur den rättsdogmatiska lagtolkningen kan göras mer sammanhängande, saklig och följaktligen rationell.

5) *Rättsfilosofiska* synpunkter, nödvändiga för utvärderingen och förbättringsförslagen. För att besvara frågan huruvida det juridiska analogislutet är hållbart måste man t.ex. fördjupa sig i sådana frågeställningar som »vad menas med hållbarhet?», »hur förhåller sig ett arguments hållbarhet till sammanhängande motivering, olika saklighetskrav, rationalitet och sanning?» m.m.

6) Rättsfilosofins *historia*.

Varför behöver då en *jurist* studera den allmänna rättsläran?

- Förvisso kan han under påverkan av sin intellektuella nyfikenhet fråga sig om det finns något bakom den etablerade juridiska metoden som gör den legitim och riktig. Han kan även tvingas att besvara vissa rättsteoretiska – och egentligen inte juridiska – frågor, t.ex. då en skeptiker påstår att den juridiska metoden är godtycklig och värdelös.
- Rättsteori kan även ge en indirekt hjälp vid lagtolkning. Medvetenhet om den juridiska argumentationens djupgående grund är detsamma som att förstå poängen med den traditionella argumentationsmetoden. En tänkande jurist kan således skaffa sig en genväg till detaljkunskap på området i fråga. Det är lätt att förstå innebörden av komplicerad lagstiftning om man förstår de bakomliggande principerna.
- Till sist kan rättsteori också vara till hjälp vid lagtolkning i synnerligen besvärliga fall när de sedvanliga juridiska metodernas begränsningar avslöjas och mer djupgående insikter krävs. En teorimedveten jurist har då ett försteg i yrkeslivet.

5.1.2 Juridiska tolkningssatser

A EN SÄREGEN BLANDNING

De juridiska satsernas (bl.a. tolkningssatsernas) mening och djupgående rättfärdigande är komplexa och problematiska. Jfr t.ex. Wedberg 1951, 252 ff.; Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 427 ff.; Peczenik 1983, 76 ff.; Aarnio 1987, 47 ff. och 180 ff.; Peczenik 1988, 59 ff.

Juristernas argumentation utgör en säregen blandning av teoretiska och praktiska element. Den juridiska tolkningen *i svåra fall* stöder sig på såväl påståenden om gällande rätt som etiska normer och värdeomdömen; se avsnitt 4.1 ovan.

B OFÖRENLIGA ANTAGANDEN?

Juridisk tolkning utgår från följande, till synes oförenliga antaganden.

Eftersom tolkningssatsen uttrycker ett val mellan olika tolkningsalternativ kan den betraktas som en *praktisk sats*. Den kan sålunda uppfattas som ett uttryck för den talandes personliga preferens för en viss tolkning. Den kan också uppfattas som en uppmaning till andra att följa den så tolkade bestämmelsen. Likväl har juristernas slutsatser anspråk på att vara *riktiga*. Inte minst har en *tolkning* av gällande rätt ett sådant anspråk. Det vore besynnerligt att säga »härmed argumenterar jag för tolkningssatsen s, trots att denna tolkningssats inte är riktig».

T.o.m. en lögnare som menar en sak och säger en annan måste hoppas på att hans samtalspartner godtar riktigheten av det sagda. I annat fall: varför skulle han utsätta sig för den möda som argumentationen innebär?

C PROBLEMSTÄLLNINGEN

Situationen kan uttryckas genom följande diagram:

rättskällor och etablerade argumentations-normer; OCH härskande värdeomdömen		»egna» värdeomdömen, fällda av den person som argumenterar; normer vilka skapas av denna person	GER	riktiga slutsatser; bl.a. juridiska tolknings-satser

De juridiska tolkningssatserna är praktiska, sammanbundna med etiska

värderingar, men de kan ändå vara riktiga. Hur kan då, måste man fråga sig, etiska värderingar vara riktiga? Är värdesatser inte rent subjektiva, personliga omdömen?

Det är svårt att besvara frågan om vad som bör menas med att en viss lagtolkning är riktig. Är det riktiga detsamma som det sanna? Uttrycker den juridiska tolkningen (sann) kunskap om gällande rätt eller är den riktig i en annan mening, t.ex. etiskt riktig? Om den sistnämnda lösningen antas måste begreppen »riktig» och »etiskt riktig» preciseras. Vad betyder det att juridiska tolkningssatser är riktiga, fast de inte kan betecknas som sanna?

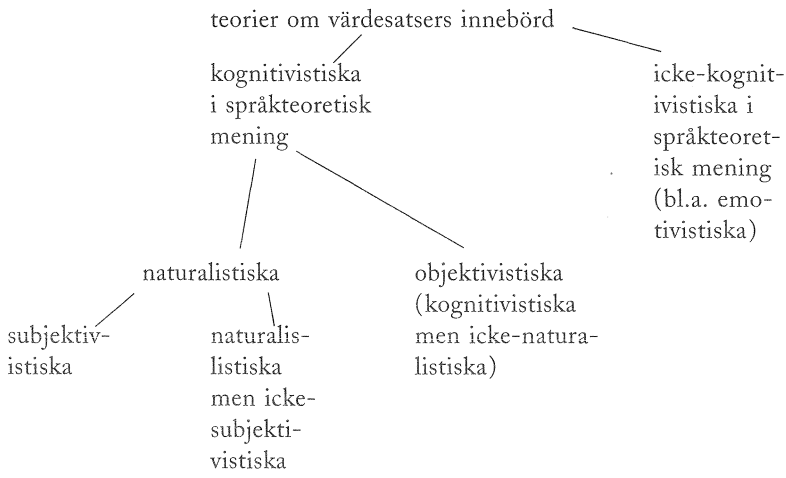
5.2 Olika värdeteorier och etiska läror

5.2.1 Inledning

A TEORIER OM VÄRDESATSERS INNEBÖRD

Det finns många olika (språkteoretiska, semantiska) teorier om värdesatsers innebörd. De kommer att behandlas nedan med särskilt beaktande av *etiska* värdesatser.

Teorier om värdesatser har ofta klassificerats på följande sätt.



Observera att terminologin inte är enhetlig. Jfr t.ex. Moritz 1974, 5 ff.; Bergström 1990, 45, 64 ff. och 73 ff. och Jareborg 1975, 121 ff.

Kognitivistiska teorier i språkteoretisk mening likställer värdesatser med vissa teoretiska satser, dvs. satser som har sanningsvärde och alltså kan vara sanna eller falska.

Naturalistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om »naturliga» fakta.

Subjektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om vissa människors attityder.

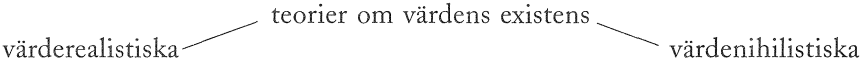
Naturalistiska men inte subjektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om andra »naturliga» fakta än människors attityder, t.ex. att rättsordningen befrämjar ekonomisk tillväxt, att ett konstverk är harmoniskt när det gäller färger och geometri m.m.

Objektivistiska (men inte naturalistiska) teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om något annat än »naturliga» fakta.

Icke-kognitivistiska teorier (i språkteoretisk mening) gör gällande att värdesatser inte är några teoretiska satser alls. Emotivistiska teorier bildar ett särfall av icke-kognitivistiska sådana. Enligt emotivisterna är värdesatser rena känslouttryck.

B TEORIER OM VÄRDENS EXISTENS

Det finns även olika (ontologiska, m.a.o. metafysiska) teorier om värdens existens. De kan klassificeras på följande sätt.

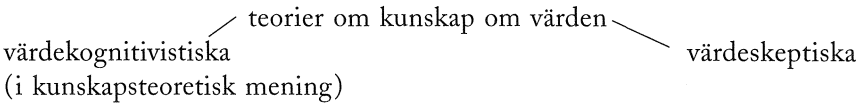


Värderealismen påstår, medan värdenihilismen förnekar, att det finns objektiva värdeegenskaper, och därmed objektiva värdefakta.

Värderealismen kombineras ofta med kognitivismen (i språkteoretisk mening). Värdenihilismen kombineras ofta med icke-kognitivismen. Det finns emellertid ingen enkel korrelation mellan teorier om värdesatsers innebörd och teorier om värdenas existens. *J.L. Mackie* har t.ex. förespråkat en s.k. misstagsteori som på en och samma gång var (språkteoretiskt sett) kognitivistisk, närmare bestämt värdeobjektivistisk, och (ontologiskt sett) värdenihilistisk. Värdesatser uppfattades nämligen av honom som teoretiska satser om värdeegenskaper, men samtidigt hävdade han att dessa satser är falska, eftersom det inte finns några sådana egenskaper (se Mackie 1977, 48 ff. och Bergström 1990, 65 ff.).

C TEORIER OM KUNSKAP OM VÄRDEN

Det finns till sist olika (kunskapsteoretiska) uppfattningar i fråga om man kan ha kunskap i värdefrågor. De kan klassificeras som följer.



Den kunskapsteoretiska värdekognitivismen påstår, medan värdeskepticismen förnekar, att man kan ha kunskap om värden.

Värdekognitivism i kunskapsteoretisk betydelse förutsätter värderealism. Endast om värdena finns kan man ha kunskap om dem. Det föreligger emellertid ingen omvänd korrelation: En värderealist som sålunda gör gällande att det finns objektiva värden kan samtidigt hävda att dessa inte är tillgängliga för människors kunskap.

Värdekognitivism i kunskapsteoretisk betydelse förutsätter även värdekognitivism i språkteoretisk mening. Endast om värdesatser har sanningsvärde kan de uttrycka kunskap. All kunskap är nämligen sann. Men icke-kognitivism i språkteoretisk mening utesluter inte att vi kan ha rationellt underbyggda åsikter om värden. Sådana bildar ingen kunskap i sträng mening men de är s.a.s. kunskapsliknande.

5.2.2 Värdenaturalism

Värdenaturalistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om vissa »naturliga» fakta, framför allt empiriskt prövbara sådana.

Oftast gäller det satser om vissa människors attityder. En sådan teori kan t.ex. hävda att satsen »H är en etiskt god handling» betyder detsamma som att handlingen H gillas av människor, motsvarar deras vilja, ökar deras lycka eller är välanpassad till deras preferenser. Det vaga uttrycket »människor» kan preciseras på olika sätt, t.ex. »några människor», »ett stort antal människor», »majoritet i det ifrågavarande samhället» eller »mänsklighetens majoritet». En värdenaturalistisk teori kan t.ex. likställa en etiskt god handling med en handling som de flesta i vårt samhälle är benägna att gilla.

Det finns även mer sofistikerade variationer på samma tema, t.ex. följande *ideell-observatörs-teori*: »Uttrycket 'bättre än' betyder detsamma som 'skulle föredras av var och en som är opartisk och har fullständiga kunskaper om de rent faktiska

egenskaperna hos de företeelser som jämförs och som dessutom har maximal förmåga till inlevelse i och identifikation med andra personer'» (Bergström 1990, 45, jfr även hans kritik, 47 ff.).

En värdenaturalistisk teori kan även hävda att satsen »H är en etiskt god handling» betyder detsamma som att handlingen H ökar förverkligande av (några, många eller de flesta) människors talanger, befrämjar sådana företeelser som familjelivet eller samhällsfred osv.

Värdenaturalistiska teorier kan emellertid kritiseras med användning av *G.E. Moores* berömda *öppna frågans argument* (»*the open question argument*», jfr Moore 1959, 15 ff., Bergström 1990, 51 ff. och Moritz 1970, 74 ff.). Det är nämligen meningsfullt att ställa sådana frågor som »visserligen gillas handlingen H av majoriteten, men är den god?»; eller »visserligen är handlingen H välanpassad till mångas preferenser, *men är den god?*». Gillandet och preferenserna kan skapas genom politisk manipulation; man kan alltid fråga. Men om »godheten» hade varit identisk med angivna attityder, skulle sådana frågor vara lika triviala som frågan »visserligen är Jan kvinnoläkare, men är han gynekolog?». Den sistnämnda frågan *måste* besvaras med »ja», ty att vara kvinnoläkare *betyder* att vara gynekolog. Därför är det meningslöst att ställa den. Moores frågor är däremot meningsfulla, eller rättare sagt *öppna*. De kan vara öppna just därför att ordet »god» inte uteslutande betyder det som de kritiserade teorierna påstår.

Förvisso finns det även motargument, t.ex.: »Ett problem med den öppna frågans argument är att det gör anspråk på att vara helt generellt. Även om det ser ut att fungera mot de allra flesta naturalistiska definitioner, så kan man kanske inte vara säker på att det inte finns någon naturalistisk definition som den inte biter på. Det har t.ex. hävdats att den inte biter på en riktigt utarbetad version av ideell-observatörs-teorin.

Ett annat problem är att den öppna frågans argument (endast) ... visar ... att värdeord inte är synonyma med empiriska beskrivningar, men att två språkliga uttryck inte är synonyma visar inte att de inte är beskrivningar av precis samma sakförhållande» (Bergström 1990, 52).

Den viktigaste kritiken tycks emellertid vara en annan: värdenaturalismen är oförenlig med »en teori som innebär att det finns flera giltiga moraliska principer; att dessa ibland kommer i konflikt; samt att det inte finns någon giltig princip för hur sådana konflikter skall lösas... Naturalismen tycks med andra ord vara oförenlig med vissa ståndpunkter i normativ värdefi-

losofi, som vid första anblicken kan förefalla rätt rimliga eller åtminstone möjliga» (Bergström 1990, 60).

5.2.3 Värdeobjektivism

Därför är det lätt att förstå att värdeobjektivisterna – däribland Moore själv – hävdat, att värdesatser är teoretiska påståenden om särskilda kvaliteter, värdeegenskaper, som inte är identiska med några som helst »naturliga» (empiriska) fakta.

Men hur skall man skilja mellan naturliga (empiriskt konstaterbara) och icke-naturliga egenskaper? En empiriskt konstaterbar egenskap kan anses vara detsamma som en egenskap vilken kan fastställas eller registreras med de metoder som används i s.k. empiriska vetenskaper (jfr Bergström 1990, 63). De icke-naturliga egenskaper registreras annorlunda, men hur? Finns det några observationer som inte är empiriska? Vissa filosofer har hävdat att värdeegenskaperna uppfattas genom ett särskilt »värdesinne», analogt med sinnen som syn och hörsel. Man ser med sina ögon att ett föremål är rött och man »ser» med sitt värdesinne att det är gott. Teorierna om »värdesinnet» är emellertid ganska omstridda. »Värdeegenskaperna» är unika i det avseendet att de endast orsakar ett enda resultat, dvs. inverkar på »värdesinnet», och således inte kan bekräftas på något annat sätt. Om någon är »värdeblind», dvs. saknar »värdesinne», kan han inte alls konstatera att det ifrågavarande föremålet är gott. Situationen är då densamma som om en naturvetenskapsman endast litade på sin intuition och inte på objektiva tester.

Detta är på ett sätt värre än vanlig blindhet. En färgblind person kan fastställa färger indirekt, t.ex. genom ett spektroskop, men en »värdeblind» person har ingen »värdeindikator» till förfogande. Varje diskussion mellan den »värdeblinde» och de »värdeseende» är därför utsiktslös (jfr Moritz 1970, 35 och Edwards 1955, 94 ff.).

En annan invändning, som kan härledas från denna klyfta mellan empiriska egenskaper och värdeegenskaper, »går ut på att värdeobjektivismen inte kan förklara hur vi kan lära oss att använda värdetermer. Tanken är här, att man kan lära sig en given term endast om den betecknar något observerbart (som då kan pekas ut), eller om den kan definieras med hjälp av termer som betecknar något observerbart. Men enligt värdeobjektivismen uppfylls detta villkor inte av värdetermer... Men vi kan faktiskt lära oss att använda värdetermer. Alltså måste värdeobjektivismen vara felaktig» (Bergström 1990, 72).

Förvisso kan en värdeobjektivist försöka besvara invändningen. »Ett svar på denna invändning kunde vara att det finns en mängd termer som vi tycks kunna lära oss att hantera trots att de inte (kan definieras med hjälp av termer som) betecknar något observerbart. Exempel på detta kunde vara termer som 'sannolik', 'primtal', 'arg', 'magnetisk',... 'orsak', 'naturlag' osv. Det är oklart hur vi lär oss sådana ord. Men det tycks inte vara omöjligt att lära sig dem» (id.).

Svaret är emellertid inget mer än en föga övertygande analogi. Egentligen säger värdeobjektivisterna väldigt lite om värdeegenskapernas närmare natur. Värdeegenskaper beskrivs inte på något annat sätt än att »det goda är gott». Denna beskrivning är självfallet sann men minst sagt trivial.

5.2.4 *Emotivism, värdenihilism och värdeskepticism. Rättsnihilism*

Eftersom såväl de värdenaturalistiska som de värdeobjektivistiska teorierna möter svåra problem hävdar följaktligen icke-kognitivisterna att värdesatser inte är några teoretiska satser alls. Emotivisterna tillägger att värdesatser är rena känslouttryck. Satsen »handlingen H är god», uttalad av Kalle, uttrycker Kalles gillande av H men beskriver inget alls. En värdesats liknar en projektor: den överflyttar den talandes känsla på det föremål som väcker känslan. Värdesatser saknar därför sanningsvärde. De är lika litet sanna eller falska, som matematiska tal är friska eller sjuka. Emotivism förenas ofta med den ontologiska värdenihilismen (enligt vilken det inte finns några värdeegenskaper) och värdeskepticismen som hävdar att man inte kan ha någon kunskap om värden.

Endast den nordiska kombinationen av icke-kognitivism, värdenihilism och värdeskepticism (dvs. uppsalaskolan) kommer att behandlas i detta arbete (jfr även enkla översikter i bl.a. Strömberg 1989, 65 ff.; Moritz 1967, 78 ff. och Strömholm 1988, 94 ff.). Det finns emellertid även andra varianter. *Charles Stevenson* (1944, 20 ff) utgår t.ex. från att en värdesats har en dubbel funktion. Dels uttrycker den en kombination av gillande och uppmaning: »jag tycker om x, gör det ni andra också!». Dels beskriver den det faktum, att den talande hyser denna attityd.

5.3 Uppsalaskolan

5.3.1 Axel Hägerströms filosofi

Bland värdenihilisterna måste man nämna *Axel Hägerström* (1868–1939), uppsalaskolans grundare.

A HÄGERSTRÖMS VERKLIGHETSLÄRA

Jfr bl.a. Hägerström 1929, 111 ff. och Fries' inledning till Hägerström 1966, 13 ff.

Hägerströms åsikter grundar sig på funderingar om verklighetens beskaffenhet. All kunskap är en kunskap om verkligheten (1929, 116). Allt som verkligen finns kan placeras i tid och rum.

Tid och rum är objektiva. Hägerström förkastade således *Kants* distinktion mellan tinget i sig och den för människornas kunskap tillgängliga verkligheten. Kunskapens objektivitet måste enligt Hägerström ligga i kunskapsobjektets natur. Objektet är omedelbart och intuitivt givet i ett påstående som uttrycker kunskap. Kunskap är alltså verklighetens passiva spegelbild. (Jfr t.ex. Hägerström 1929, 114 ff. {1964, 36 ff.} och 1908, 73 ff. En sådan uppfattning har traditionellt kallats för naiv realism. Popper 1972, 60 har dessutom kritiskt betecknat den passiva kunskapsteorin som en »behållarteori»; *the bucket theory of mind*).

Kunskapen måste vara logiskt konsistent (motsägelsefri). Följaktligen är även själva verkligheten enligt Hägerström logisk (jfr Bjarup 1982, 186 ff. och 1985, 16 ff.). Denna teori måste emellertid kritiseras. Logiska relationer föreligger mellan olika satser. De bygger på sanningsvärden. En av logikens viktiga uppgifter är att avslöja motsägelser mellan satser. Härmed avslöjas osanning, eftersom logiskt oförenliga satser inte på en och samma gång kan vara sanna. Men hur kan »verklighetsbitar» i sig vara motsägelsefulla? De är ju inte sanna eller falska, utan de helt enkelt är som de är.

En människa är således verklig därför att hon finns på en viss plats och under en viss tid. Även en människas tankar och andra psykiska upplevelser är verkliga, eftersom de indirekt kan placeras i tid och rum. M.a.o. finns de hos en människa som existerar i tid och rum.

Denna verklighetslära var egentligen mindre radikal än många värdenihilister tror. T.o.m. innehållet i en människas tankar, t.ex. begrepp, kan enligt en rimlig tolkning av Hägerströms filosofi tillhöra verkligheten på grund av ett indirekt samband med tid och rum, eftersom tankar med detta innehåll finns hos en människa som existerar i tid och rum. På så sätt

finns t.o.m. fantasibegreppet »drake». Vissa begrepp och teorier är dessutom användbara för att beskriva föremål som finns i verkligheten (jfr Marc-Wogau 1968, 113 ff.).

B HÄGERSTRÖMS VÄRDELÄRA – FRÅGAN OM SAMBAND MED TID OCH RUM

Värdesatser saknar emellertid sanningsvärde (jfr bl.a. Hägerström 1966, 35 ff.), eftersom de inte beskriver något som finns i tid och rum. Det värde som »finns» i föremålet, t.ex. den godhet som »finns» i handlingen, existerar inte i någon bokstavlig mening. Kalle har t.ex. givit bröd åt Pelle, och det var en god handling, men det är meningslöst att undersöka var »godheten» finns, i brödet, i Kalles hand eller i Pelles mun.

C HÄGERSTRÖMS VÄRDELÄRA – FRÅGAN OM SJÄLVMOTSÄGELSE

Inte heller kan värdet tillhöra någon särskild värld utanför tid och rum. Uttrycket »en värld utanför tid och rum» är *självmotsägande.*

Sådana självmotsägelser kännetecknar metafysik; Hägerström 1964, 42; Bjarup 1980, 152 ff. Metafysik består av ord om vars karaktär en metafysiker inte vet någonting; Hägerström 1929, 136. Slutsatsen är att metafysiken måste förstöras (*preterea censeo metaphysicam esse delendam*; Hägerström 1929, 111 och 158 – en parafras av Catos berömda angrepp på Kartago). Och: »materialismen är egentligen den enda möjliga världsbilden», Hägerström 1964, 299; Bjarup 1980, 153.

Men kan inte ett värde vara verkligt på ett indirekt sätt, såsom ett innehåll i en människas tankar? Enligt Hägerström är det omöjligt, eftersom dessa tankar likaledes är självmotsägande.

Bland fantasibegreppen förekommer sålunda enligt Hägerström även sådana som är självmotsägande och därför inte verkliga, t.ex. »kvadratisk cirkel». Värdebegreppet i kognitivistisk mening är enligt Hägerström ett självmotsägande begrepp. Anledningen är följande. Övertygelsen att ett värde finns är blott ett uttryck för en känsla. Känslor är inte detsamma som beskrivning av några fakta. De är inte ens identiska med en beskrivning av attityder. Ett värde kan därför inte vara någon egenskap hos det föremål som värderas. Satser om värden, gällande rätt, rättigheter osv. beskriver således ingenting alls. Om det antas, som kognitivisterna gör, att de ändå beskriver några värden, så är dessa satser enligt Hägerström självmotsägande, eftersom de gör anspråk på att beskriva värden men i själva verket inte gör det utan blott uttrycker känslor.

Att sådana självmotsägande uppfattningar delas av många nutida människor förklarades av Hägerström historiskt som »primitiva rudimenter» (1966, 112 ff.), »en rest av primitivt känslotänkande i det moderna bildade föreställningssättet» (id. 130).

Men varför kan värdesatser enligt Hägerström inte ha dubbel mening? Varför kan de inte på en och samma gång beskriva värdena och uttrycka känslor? Anledningen tyckas vara att en motsägelsefri (och därmed meningsfull) sats enligt Hägerström måste ha ett *enkelt innehåll* (jfr bl.a. Bjarup 1982, 317). Men varför?

Allt detta betyder självfallet inte att Hägerström var en omoralisk person eller att han gillade värdelösa ting. Tvärtom brukade han alltid uppträda mycket etiskt. Han godkände emellertid inte kognitivistiska förklaringar av detta beteende.

Enligt *Jes Bjarup* (1982, 351 ff.) hyste Hägerström t.o.m. en normativ moralteori, enligt vilken det goda var detsamma som människosläktets nytta. Hägerströms teori framställs således av Bjarup som självmotsägande, nämligen på en och samma gång värdenihilistisk och värdesubjektivistisk.

Karl Olivecrona (jfr inledningen till Hägerström 1953, xxi) noterade förvisso att Hägerström i vissa enklare (»*more popular*») skrifter ibland uttryckte sina egna värderingar. Hägerström uppfattades emellertid av Olivecrona som en konsekvent värdenihilist, emedan »sådana sporadiska yttranden givetvis är att skilja från hans vetenskapliga påståenden».

Olivecronas tolkning är den rätta, förutsatt att Hägerström uttalade sina egna värdeomdömen utan något som helst anspråk på att förmedla kunskap, närmare bestämt endast för att uttrycka sina känslor och inbjuda andra till att uppleva liknande känslor.

D HÄGERSTRÖMS KRITIK AV GÄLLANDE RÄTT

På denna grund har Hägerström kritiserat bl.a. den vanliga uppfattningen, att gällande rätt är ett uttryck för statens vilja. Staten uppfattade han som en metafysisk fantasiskapelse, som inte kan ha någon vilja (jfr Hägerström 1953, 17 ff.).

Rättsordningen är enligt Hägerström närmare bestämt en samhällelig maskin vars kuggar är människor. Den träder i kraft och upphävs genom sådana handlingar som allmänna val. Dess innehåll behöver inte sammanfalla med de röstandes vilja (id. 354).

Ordet »samhällelig maskin» är bildligt och mycket svårt att analysera.

Hägerström godkänner emellertid att rätten utrycker vissa intressen och därmed intentioner. Han förnekar endast att dessa bildar någon enhetlig

vilja (id. 41). Rätten uttrycks dessutom i befallningsform till följd av denna forms psykologiska effekter (id. 311) på människors handlingar: rättsreglerna brukar följas.

Enligt *Jes Bjarup* (1982, 368 ff.) hyste därför Hägerström två olika rättsteorier, en formell, enligt vilken rättsordningen består av regler och en psykologisk. Bjarup hävdar tillika att Hägerström reducerade den formella teorin till den psykologiska (id. 382). Den sistnämnda är emellertid enligt Bjarup falsk, eftersom de psykologiska effekterna kan utebli. Vissa rättsregler följs förvisso ofta, men ibland följs de inte. Det ligger dessutom ingen motsägelse i tanken att vissa regler är gällande rätt fast de i de flesta fall inte följs. Rätten kan sålunda inte vara detsamma som det faktum att människorna följer reglerna (id.).

E KORT OM HÄGERSTRÖMS ELEVER

Hägerströms filosofi har inspirerat bl.a. Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980), Tore Strömberg (1912-1993) och andra s.k. skandinaviska rättsrealister.

5.3.2 *Karl Olivecrona om fristående imperativer och deras funktioner*

Olivecrona har tagit avstånd från den positivistiska läran om rätten som uttryck för lagstiftarens vilja.

Enligt Olivecrona är både naturrättsläran och rättspositivismen voluntaristiska läror, eftersom de utgår från att rätten är uttryck för någon bakomliggande vilja (jfr Olivecrona 1971, 79 ff. och 1976, 106 ff.).

Bara en individ kan ha någon vilja och det finns inte någon individ som är identisk med lagstiftaren och »vill» allt det som står i lagboken (jfr t.ex. Olivecrona 1939, 24).

Den enligt Olivecrona riktiga läran måste vara *nonvoluntaristisk*. Närmare bestämt måste den uppfatta rättsregler som *fristående imperativer* (fristående påtryckningssatser), dvs. satser som av vissa människor betraktas som befallningar, trots att den som befaller inte kan identifieras som någon individ (Olivecrona 1939, 42 ff., 1971, 128 ff. och 1976, 108 ff.).

Lagen orsakar känslor av bundenhet men det är enligt Olivecrona fel att tillskriva den någon bindande kraft. Föreställningen att lagen har en bindande kraft uttrycker respekt för konstitutionen men motsvarar inga

fakta. Olivecrona krävde emellertid inte att begreppet »gällande rätt» skulle utmönstras ur juridiken. Han medgav att föreställningen om gällande rätt har viktiga samhälleliga funktioner.

»Rättighet» och »skyldighet» är enligt Olivecrona referenslösa ord, eftersom de inte betecknar några fakta. Föreställningar om rättigheter och skyldigheter har emellertid en handlingsdirigerande funktion, såväl i den allmänna samfärdseln som i rättskipning. Om man t.ex. föreställer sig att någon annan har äganderätt till en sak tar man i regel inte saken från honom. Dessa föreställningar har dessutom en sammanknytande funktion i lagstiftning och rättskipning, eftersom lagstiftaren genom att använda sådana ord som »rättighet» vinner en avsevärd förkortning vid framställningen av regelsystemet, som på så vis blir mer hanterligt. Slutligen har de en upplysande funktion i den allmänna samfärdseln, fast den upplysning de förmedlar är *vag*.

»(V)ad är det väl man får veta genom meddelandet att A är ägare till fastigheten X? Därmed är ingenting sagt om A:s faktiska relationer till fastigheten. Yttrandet säger icke att han bor på fastigheten, att han sköter den eller att han har någon inkomst av den. Den innefattar inte ens att A behöver veta om att fastigheten existerar; han kan vara ägare till den ändå. Inte heller säger satsen att A är ägare till fastigheten X att han har köpt den eller fått den eller ärvt den. Inget förvärvssätt all anges genom denna sats. Men om satsen antages vara... riktig, så förutsätter den att A *på något sätt* förvärvat fastigheten» (Olivecrona 1976, 225-226). Dessutom får man veta att A »vanligen (*in the usual course of things*) har ett avgörande inflytande (*control*) på fastigheten. Därför antar man att så är det i det föreliggande fallet, med mindre att man vet motsatsen... Det går inte att dra slutsatsen vilket slags inflytande A utövar; bara en vag idé om inflytandet förknippas med frasen att A är ägare...» (Olivecrona 1971, 199).

Olivecronas skeptiska filosofi var en sak, hans mästerliga kunskap om juridiska begrepp en annan. Följande exempel är både paradoxalt och belysande. Den ovan refererade analysen av rättighetsbegreppets upplysande funktion är besläktad med de iakttagelser som en generation senare inspirerade andra att förkasta uppsalaskolan. *Ingemar Hedenius* (1975, 37 ff.) försvarade således äganderättsbegreppet genom att påpeka dess följande verklighetsanknytning: Om A har ett stort faktiskt inflytande över föremålet x, är A *prima facie* x:s ägare. Den som påstår motsatsen har argumentationsbördan. Trots vissa logiska och filosofiska skillnader kan iakttagelsen jämföras med Olivecronas åsikt att om A är x:s ägare så kan det antas att han har ett stort faktiskt inflytande över x, med mindre att man vet motsatsen.

5.3.3 Tore Strömbergs konventionalism

Tore Strömberg har varit vänlig att själv författa en framställning av sin teori. Framställningen återges här med små justeringar och med ett stort tack till författaren.

Genom Lundstedt och i synnerhet Olivecrona, som blev professor i Lund, fick Hägerströms rättsfilosofi stort inflytande även på en senare generation av jurister. Till den hörde *Tore Strömberg*. Hans rättsteori grundar sig i väsentliga avseenden på Olivecronas men uppvisar också en del särdrag och påbyggnader, varav några här skall beskrivas i korthet.

Enligt Strömberg står de dominerande och viktigaste rättsordningarna i direkt sammanhang med människors sammanslutningar till nationer eller stater, var och en med sitt territorium. En nations existens har sin grund i ett allmänt accepterat föreställningssätt, t.ex. att en viss del av jordytan är svensk och att de där boende, med relativt få undantag, är svenskar. Härav följer, att den svenska rättsordningen, gällande svensk rätt, är ett *konventionellt begrepp*. Om man försöker verifiera påståendet, att 1970 års jordabalk är gällande svensk rätt, finner man i sista hand ingen annan grund för påståendet än en allmän uppfattning att det förhåller sig så, vilket Strömberg kallar en *social konvention* (jfr. Strömberg 1981, 39 ff.).

Orsakskomplexet bakom denna uppfattning är ett stort och invecklat historiskt och psykologiskt problem. Det sammanhållande elementet i rättsordningen är en historiskt given höghets och maktideologi, som får sitt viktigaste uttryck i konstitutionen, dvs. hos oss framför allt i regeringsformen.

På konstitutionen grundar sig den stora massan av lagar och andra rättsregler. Alla regler i en nationell rättsordning bildar, som *Alf Ross* i viss anslutning till *Hans Kelsen* har uttryckt det, ett »meningssammanhang». Rättsreglerna anses äga en specifik giltighet inom territoriet.

Föreställningen om rättsreglernas giltighet eller »bindande kraft» är metafysisk, dvs. den motsvaras inte av något verkligt, men giltighetsföreställningen är likväl grundförutsättningen för rättsordningens effektivitet, dvs. dess förmåga att styra människors handlingar.

Tankeinnehållet i rättsreglerna har enligt Strömberg delvis motsvarigheter i fakta, nämligen mänskliga situationer och handlingssätt, delvis ingen sådan motsvarighet. Det fiktiva består till stor del av juridiska begrepp, tänkta egenskaper (rättsliga kvaliteter) och olika slag av tänkt förmåga (rättslig kompetens) samt begreppet rättsplikt, vartill kommer föreställningen om reglernas giltighet (jfr Strömberg 1981, 63 ff.).

Hela systemet av rättsregler kan enligt Strömberg, trots reglernas starkt varierande språkliga form, framställas som ett system av tre slags regler, nämligen handlingsregler, kvalifikationsregler och kompetensregler (jfr avsnitt 2.6 ovan). Till rättsordningen hör också enligt Strömberg individuella, till tid och rum bestämda, motsvarigheter till reglerna, nämligen individuella handlingsimperati-

ver (t.ex. ett betalningsåläggande), kvalifikationsakter (t.ex. förordnande av en förmyndare) och kompetensakter (t.ex. uttalande av en fullmakt). Rättslig handlingsplikt, rättslig kvalitet och rättslig kompetens kan inte skapas av den som inte själv har rättslig kompetens att göra detta. All rättslig kompetens går enligt rättens ideologi ytterst tillbaka på konstitutionen och dess förutsatta giltighet, och därigenom bildar rättsordningen ett sammanhängande nät av idéer, ett meningssammanhang. Föreställningen om konstitutionens giltighet får näring av en allmän insikt om att den i hela folkets intresse bör respekteras. Rättsordningen vilar alltså enligt Strömberg ytterst på en social konvention.

5.3.4 En kritik av uppsalaskolan

A UPPSALASKOLANS NEGATIVA VERKNINGAR FÖR JURIDIKEN

Uppsalaskolan skapade en klyfta mellan juristernas vanliga uppfattningar och rättsfilosofin. Att t.ex. Olivecrona trots sin kritiska inställning till juridiska begrepp betonade att dessa hade nyttiga funktioner skapade också ett praktiskt dilemma. Fast en jurist uppmuntrades att använda juridiska begrepp, berövades han all möjlighet att uppfatta dem som rationella. Hur kan man samtidigt anse att gällande rätt är en fantasiskapelse och ändå på ett samhällsnyttigt sätt argumentera juridiskt? En jurist kan inte vara en hedersman och uppfatta sig själv som »*a trickster or a charlatan*» (Llewellyn 1960, 4).

Detta är oförenligt med rättsstatens krav på att rättsliga beslut fattas rationellt inom den gällande rättsliga ramen. Inte heller är uppsalaskolans rättsskepticism ägnad att främja den formella rättssäkerheten, dvs. de rättsliga beslutens förutsebarhet. Dessutom kan lagstiftarna lätt dra slutsatsen att lagstiftningsmakten är ett redskap för vilka politiska syften som helst.

Som ett exempel kan hänvisas till Carl Lidboms tal vid pappersindustriarbetareförbundets kongress 1974.

En sådan föreställning är oförenlig med rättsstatens krav på att lagen måste uppfylla ett visst etiskt minimum.

B KRITISKA SYNPUNKTER PÅ VÄRDENIHILISMEN

Vidare kan Uppsalaskolans värdenihilism kritiseras.

1. Man stöder ofta värdesatser med skäl. Jan anser således att Per är en god människa *därför* att Per är så hjälpsam. Rena känslouttryck kräver emellertid inga skäl.

2. Den som uppriktigt uttalar en värdesats anser att den är *riktig* (jfr Alexy 1992, 129 ff.). Känslor är däremot varken riktiga eller oriktiga, utan subjektiva, personliga.

När man är oense med någon i en värdefråga så anser man att man själv har rätt och den andre fel. Därför kan värdefrågor bli föremål för en debatt. Förvisso kan en emotivist som Stevenson se en sådan debatt på ett annat sätt. Han skulle mena att debattörerna helt enkelt försöker förändra varandras känslomässiga inställningar. »Men detta är inte övertygande. Det är inte alls säkert att de två debattörerna vill påverka varandras inställning. Det är fullt möjligt att var och en bara försöker formulera och motivera sin egen inställning, och gärna ser att den andre behåller sin» (Bergström 1990, 37).

Detsamma gäller värdesatser som uttalas av en och samma person. I vissa fall är man osäker om vilken av olika inbördes oförenliga värdeomdömen som man skall godta. Osäkerheten »innebär också en önskan att hitta ett svar på frågan. Detta vore begripligt om det var fråga om att uppnå kunskap... Men enligt emotivismen innebär osäkerheten en önskan att få endera av två möjliga inställningar (utan att samtidigt ha den andra), antingen en positiv eller en negativ... Men det verkar egendomligt att önska sig att man *antingen* hade en positiv *eller* en negativ inställning till en viss företeelse. Vad vore vitsen med detta? Varför kan man inte lika gärna, eller hellre, nöja sig med att inte ha någon särskild inställning i frågan? (Bergström 1990, 34). Är det inte så att den ifrågavarande personen vill veta vilket av de två värdeomdömena som är det *rätta*? (Se vidare id. 33 ff. om ett antal därmed besläktade invändningar mot emotivismen).

3. Värdenihilisterna måste förneka att värdesatser som uttalas av olika personer kan vara *logiskt oförenliga* med varandra. Antag att Jan tycker att H är en god handling medan Per tycker att H inte är det. Jans och Pers åsikter om handlingen (»H är god», »H är inte god») förefaller därför vara logiskt oförenliga. Det skulle de emellertid inte kunna vara om Jan blott uttryckte sina känslor och Per sina. Det finns t.ex. ingen logisk motsägelse mellan att en individ tycker om surströmming och att en annan avskyr denna rätt.

4. Uppsalaskolan ådagalägger en skeptisk, egentligen arrogant, attityd gentemot många vardagligt begagnade begrepp, såsom »god», »gällande rätt» m.m. Vanliga människor anser t.ex. att satsen »H är en god handling» utgör ett påstående *om handlingen H*. En värdenihilist påstår emellertid att satsen blott har anspråk på att beskriva något men *i själva verket* inte gör det utan endast uttrycker känslor. Jfr Bjarup 1982, 200 ff. och 1985, 23 ff. om Hägerströms anspråk på att genom sin filosofi rätta till de vanliga människornas oförnuftiga föreställningar.

5. Övertygelsen att ett värde finns är enligt uppsalaskolans företrädare blott ett uttryck för en känsla. Ett värde kan därför inte vara någon egenskap hos det föremål som värderas. Om det antas, som kognitivisterna gör, att satser om värden, gällande rätt, rättigheter m.m. beskriver några värden, så är dessa satser enligt Hägerström självmotsägande, eftersom de gör anspråk på att beskriva värden men i själva verket inte gör det utan blott uttrycker känslor. Men denna »självmotsägelse» är skenbar. Värdesatser har både en teoretisk och en praktisk mening. Den förra innebär att vissa »värdegrundande» fakta är kännetecken på att ett värde föreligger. Den senare innebär att värdesatser är handlingsskäl samt att de har ett nödvändigt samband med avvägningar *(se* avsnitt 5.8 och 5.9 nedan).

Inte ens äkta självmotsägelser spelar den ödesdigra roll i olika filosofiska sammanhang som Hägerström hävdade. Vi alla anser t.ex. att vår kunskap är sann. Om något inte är sant utgör det inte heller någon kunskap. Men samtidigt kan det visas att ingen kunskap om fakta är helt säkert sann utan blott sannolik; det kan alltid visa sig att ens tro varit felaktig. Dessutom har de flesta teorier faktiskt visat sig vara falska och ersatts av nya. Följer härav att begreppet »kunskap» är självmotsägande och bör avvisas? Nej, det är naturligare att anta att uppfattningen om kunskapsbegreppets självmotsägande karaktär vilar på något filosofiskt fel.

Ett annat exempel är viljeproblemet. Varje individ upplever sin vilja som fri. Man bestämmer sig t.ex. att utföra vissa handlingar, och man kunde ha bestämt sig för att inte göra så. T.o.m. den som handlar under hot, med en pistol riktad mot pannan, kunde ha hjältemodigt vägrat lyda våldsmannen. Samtidigt kan man visa att våra beslut är orsakade av olika faktorer, t.ex. av det nämnda hotet, och således inte fria. Följer härav att begreppet »den fria viljan» skall avvisas?

Trots att alla analogier är något haltande kan man därför inte heller uppfatta Hägerströms ganska likartade argumentation mot värdebegreppet som en anledning att avvisa begreppet »gällande rätt» m.m.

6. Uppsalaskolans skeptiska attityd mot juridiska begrepp grundar sig ytterst på vissa antaganden om ett annat, än mer abstrakt och komplicerat *begrepp*, nämligen verklighetsbegreppet. Ur verklighetsbegreppet härleds således slutsatsen att det verkliga finns i tid och rum.

Hägerström har även hävdat att tid och rum, i vilka de fysiska föremålen befinner sig, är objektivt bestämda, i motsats till vad som gäller beträffande föreställningar om gällande rätt, rättigheter m.m. Men vissa filosofer, t.ex. *Immanuel Kant*, menade att vi inte heller kan uppfatta den objektiva tiden och det objektiva rummet; det vi uppfattar beror nämligen på både »tingen i sig själva» och våra

sinnen, förnuft och förstånd. Varför skulle man då hävda att allt som finns endast finns i tid och rum?

Varför, kan man fråga, betraktas då verklighetsbegreppet som mer påtagligt än rättsbegreppet och andra rättsliga begrepp? Många filosofer anser tvärtom, att verklighetsbegreppet är synnerligen obestämt. »Det verkliga» kan uppfattas på olika sätt, beroende på vårt sätt att ordna data. Det finns flera konkurrerande åsikter såväl om verklighetsbegreppet (jfr Quine 1969, 53 ff.) som frågan vad som utgör ett individuellt föremål, föremålets beståndsdelar, arter av olika föremål m.m. (jfr Goodman 1978, 7 ff.). *Varje* verklighetsuppfattning är metafysisk.

Enligt *Hector-Neri Castañeda* är flera inbördes oförenliga metafysiska system lika fullständiga och korrekta beskrivningar av »ens verklighet»; varje sådant system innebär ett särskilt sätt att uppfatta verkligheten i sig – »om det finns verklighet i sig» (Castañeda 1980, 19). Om detta är sant är ordet »verkligt» mångtydigt. Jfr avsnitt 2.5.4 ovan om att *Poppers* tre olika »världar» kan anses vara verkliga i tre skilda betydelser. Fysiska ting är verkliga 1, i fysisk mening. Psykiska upplevelser är verkliga 2, i psykisk mening. Begrepp och teorier är verkliga 3, i begreppslig mening.

Kort sagt behöver man inte anta att endast materiella ting och mänskliga tankar är verkliga, utan det finns skäl att medge att även begrepp, problem, värden, gällande rätt m.m. existerar.

T.o.m. materialistiskt inriktade filosofer kan motsägelsefritt medge att föreställningar om gällande rätt m.m. har ett visst »verklighetsunderlag». Hedenius (1963, 68 ff.) finner detta underlag i vissa regelbundenheter i mänskligt handlande.

7. Uppsalaskolans företrädare hävdade således att sådana begrepp som »rättighet» och »gällande rätt» inte betecknade något verkligt. Ett skäl var att de gällande reglerna hade försvunnit, om inga människor hade tänkt sig några rättsregler (jfr Strömberg 1981, 48). Men å andra sidan har vissa filosofer hävdat detsamma om de materiella föremålen. Att man här och nu ser en skog beror inte blott på skogen utan även på iakttagarens hjärna. En fågel ser kanske enstaka träd, utan att kunna tolka dem som tillhörande en skog. En insekt ser måhända blott separata grenar utan att kunna tolka dem som beståndsdelar av samma träd. Utan någon tolkning skulle man kanske endast notera färger, ljud, lukter och andra »sinnes-

data», inte några grenar, träd, eller skogar. Om inga människor hade tolkat dessa som en skog, hade skogen »försvunnit», lika säkert som gällande rätt.

M.a.o. transformerar en människans hjärna vissa av sinnena givna data om färger, ljud, lukter m.m. till ens kunskap om grenar, träd eller skogar.

Samma slags betänkligheter som riktas mot gällande rätt m.m. kan således uttalas mot materiella och psykiska fakta. Om de riktas mot de sistnämnda är de emellertid absurda. Man kan inte föra ett normalt liv om man uppfattar skogar m.m. som endast sina egna drömmar. Inte heller skulle man kunna leva ett normalt liv om man på allvar ansåg att gällande rätt blott vore en fantasiskapelse.

5.4 Hares utilitarism

5.4.1 Det etiska språket, bl.a. universaliserbarhet

R M Hare ansluter sig till en lång tradition inom brittisk *utilitarism*, vilken omfattar bl.a. Bentham och Mill, men visar ändå stor originalitet.

Hares morallära stöder sig på logisk analys av det etiska språket. Hare utgår från att etiska värdesatser är 1) överordnade andra slags värdesatser, 2) universaliserbara och 3) preskriptiva.

Att etiska satser är *överordnade* innebär att de går före andra slags normer och värdesatser. Om någon handling är etiskt god men strider mot t ex en estetisk princip eller den handlandes intresse, så skall denna handling utföras. Det etiskt goda är det högsta goda.

Hare (1981, 55) ger följande exempel. Anta att Hares hustru ger honom en scharlakansröd kudde att lägga på en lilafärgad soffa i tjänsterummet. En estetisk princip säger att en sådan färgkombination är ful. En etisk princip säger att man inte skall såra sin frus känslor. Den etiska principen går före den estetiska, och Hare måste alltså med leende anta gåvan (om inte den fula färgkombinationen orsakar ännu mer lidande).

Att etiska satser är *universaliserbara* innebär att varje etisk sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag. Lika skall behandlas lika. En olika moralvärdering av två situationer som har identiska universella egenskaper innebär en självmotsägelse (Hare 1981, 107 ff.). Om man t.ex. anser att Kalle skall ha högre

lön än Pelle, måste man motivera den olika behandlingen med en universell princip, t.ex. »alla skall ha en lön som svarar mot arbetsprestation». Motiveringen är meningslös om den endast knyts till individuella namn, t.ex. »Kalle skall tjäna mera därför att han är Kalle».

Hare drar följande slutsats av etiska satsers universaliserbarhet. I den mån skillnad mellan en själv och andra inte är universaliserbar, saknar den etisk relevans. Ur etisk synvinkel bör man behandla andra på samma sätt som sig själv.

Hare är följaktligen regelutilitarist, inte handlingsutilitarist. Han anser inte att en individuell handling bör bedömas efter sina konkreta konsekvenser. I stället bör en universell regel fastställas med vilken handlingen stämmer överens. Sedan bör handlingen bedömas efter de konsekvenser som uppstår då regeln följs.

Tesen om att etiska satser *måste* vara universaliserbara är en mycket stark punkt i Hares teori. Att lika skall behandlas lika utgör utan tvekan etikens kärnpunkt. Dessutom undviker Hares regelutilitarism följande kända kritik som riktar sig mot handlingsutilitarism:

En etiskt ond handling kan ha goda konsekvenser för den handlande fast den har onda konsekvenser för andra personer. Varför skall den handlande bry sig om de andra? Ur Hares synvinkel är det emellertid etiskt irrelevant att t.ex. en tjuv vinner på sina stölder. Varje stöld skall i stället bedömas efter de konsekvenser som en allmän praxis att stjäla skulle ha för andra personer. Det etiska språket är sådant att *om* man vill använda det måste man ta hänsyn till de andra.

En etiskt ond handling kan dessutom ha goda konsekvenser för de andra. Ur Hares synvinkel är det emellertid etiskt irrelevant att t.ex. ett mord har goda konsekvenser, eftersom den mördade var samhällsfarlig. Varje mord skall i stället bedömas efter de konsekvenser som följer av en allmän praxis att mörda.

Regelutilitarismen måste emellertid förenas med en annan viktig insikt, nämligen att varje mänsklig handling egentligen är etiskt sett unik. Den måste bedömas med hänsyn till alla individuella omständigheter. Det är inte lätt att underordna en sådan individualbedömning några universella regler. Se avsnitt 5.9.7 och 5.9.8 nedan.

5.4.2 Det etiska språket. Preferensutilitarism

Att etiska satser är preskriptiva i Hares mening innebär att normer (och »imperativer») kan härledas från dem och att dessa normer bör följas. Om en person uttalar att en handling är god och ändå vägrar att utföra den uppträder han inte uppriktigt.

Det är dessutom en självmotsägelse att godkänna en norm och ändå förkasta ett motsvarande »imperativ», t.ex. »du skall göra det men gör det inte». (Jfr Hare 1981, 23. Se emellertid Spectors kritik, 1993, 110 ff.).

Etiska satsers preskriptiva karaktär innebär vidare att de uttrycker olika personers *preferenser*. Att hysa en preferens är detsamma som att godkänna en motsvarande norm. Hare är följaktligen preferensutilitarist, inte lycko-utilitarist. Han anser inte att en handling bör bedömas efter den lycka den alstrar, utan i stället efter huruvida den universella satsen stämmer överens med andras preferenser. Detta utgör teorins styrka. Man måste godta Hares insikt i att det goda har ett nödvändigt samband med det som andra personer vill. En person är en aktiv varelse med en egen vilja. Det går sålunda knappast att visa hänsyn till henne om man konsekvent ignorerar hennes preferenser. Att preferenserna måste beaktas då man överväger vad som är etiskt gott innebär emellertid inte att preferensuppfyllelse och etisk godhet måste vara en och samma sak; se avsnitt 5.4.5C nedan.

5.4.3 En preferensavvägning

En konsekvens av de etiska satsernas universaliserbara och preskriptiva karaktär är enligt Hare att en person i sina handlingar bör ta hänsyn till andras preferenser.

Hade olika personers preferenser varit oföränderliga och fullt förenliga med varandra skulle etikens ändamål vara relativt enkelt, nämligen att den enskilde bör göra det som andra vill. En persons preferenser ändras emellertid ständigt och uppvisar ett antal motsägelser. Olika personers preferenser kan dessutom kollidera – »den enes bröd är den andres död». Etikens mål kan därför inte vara att beakta alla faktiska preferenser. Förvisso kan etikens tänkbara mål vara att endast beakta de preferenser som alla personer alltid hyser. En sådan etik skulle emellertid vara alltför anspråkslös.

Enligt Hare bör man därför *handla i enlighet med en preferensordning som utom ens egna preferenser beaktar vad andra personer vill, hur många personer det rör sig om och hur starka deras preferenser är.*

Det följer givetvis *inte* att den enskildes *alla* handlingar ständigt bör anpassas till andras preferenser. Tvärtom, var och en bör utrustas med en fri sfär vari endast ens egna preferenser är relevanta.

Inte heller följer det att alla måste använda det etiska språket. En »amoralist» gör det inte. Därför kan han konsekvent beakta endast sina egna preferenser och blankt strunta i andra (jfr Hare 1981, 186).

För att bestämma denna preferensordning måste moraltänkaren inte blott *sanningsenligt beskriva* olika personers preferenser utan även *anta dessa preferenser som sina egna* och slutligen *väga dem samman.*

> »...(D)en metod av kritiskt tänkande som moralbegreppens logiska egenskaper tvingar på oss kräver att vi beaktar uppfyllelse av andra människors preferenser (eftersom moralsatser är preskriptiva...); och att vi beaktar preferenser hos alla berörda lika (eftersom moralprinciperna måste vara universella och därför inte kan specificera individer»...; Hare 1981, 91).

Enligt Hare följer härav att man bör behandla andra så som de själva vill bli behandlade.

»Universaliserbarheten innebär att om jag säger att jag bör göra något med avseende på en viss person, så måste jag anse att samma sak borde göras med avseende på mig, om jag skulle vara exakt i den andres läge, vilket inkluderar att jag skulle ha samma personliga egenskaper, däribland samma motiv. Men de motiv som han faktiskt har... kan strida mot mina egna. T.ex. kan han mycket väl ogilla att man gör med honom det som jag anser bör göras... Men... om jag helt sätter mig i hans läge, vilket inkluderar alla hans motiv, så får jag själv motsvarande motiv» (Hare 1981, 108 ff.).

Detta innebär enligt Hare att man förvärvar den andres preferenser.

»Att erkänna att denna person skulle vara jag själv är att därmed bestämma (föreskriva, *prescribe*) att, allt annat lika, denna persons preferenser och normativa ståndpunkter (*prescriptions*) bör följas» (id., 221). Kunskap om den andres preferenser medför egna preferenser.

Denna »princip om konditionell preferens-representation» är förvisso problematisk (jfr Rönnow-Rasmussen 1993, 177 ff.). Hur kan moralspråkets logik tvinga en person att anta en annans preferenser? Kan normativa ståndpunkter följa av logiskt sanna satser? För att lösa detta logiska problem måste man anta att begreppet »person» inte är rent deskriptivt utan delvis värderande. Att kalla någon

för »person» *innebär* att man bör ta hänsyn till hans preferenser. I samma anda antar Hare att »'jag' inte är något helt deskriptivt ord utan delvis preskriptivt» (1981, 96). »Genom att kalla en person »jag» uttrycker jag... ett större intresse (hänsyn, *concern*) för att hans preferenser uppfylls än när det gäller människor som jag inte betecknar så» (id., 98).

En sådan *preferensavvägning är inte detsamma som en enkel addition och subtraktion*. Hade det varit fallet skulle läran kunna utsättas för följande kända kritik. Anta för enkelhetens skull att man lever i ett samhälle som består av tre medlemmar, A, B och C, vilka endast sysslar med att tillverka och konsumera kakor. Anta att produktionssystemet är sådant att ojämlikhet i hög grad ökar effektivitet. Man har alltså att välja mellan två möjligheter, I och II, vilka karakteriseras av följande fördelning av kakor.

I. A får 5 kakor. B får 6 kakor. C får 7 kakor.

II. A får 2 kakor. B får 2 kakor. C får 16 kakor.

I detta läge skulle en utilitarist som endast bryr sig om en nyttomaximering välja fördelning II, som ökar samhällets totala produktion (20 i stället för 18 kakor). Men det är inte så klart att denna produktionsökning väger tyngre än den extrema ojämlikheten.

En utilitarist kan emellertid besvara kritiken genom att låta preferensavvägningen ta hänsyn till bl.a. principen om avtagande gränsnytta (jfr Simmonds 1988, 41 ff.). De 9 kakor som den rike vinner genom att fördelning II ersätter fördelning I ger honom mindre nytta än de 3 respektive 4 som de fattiga kunde ha behållit vid fördelning I och därmed kanske undvikit att svälta.

Detsamma kan uttryckas så här. Det som skall maximeras är inte vare sig kakor eller andra nyttigheter utan uppfyllelsegraden av preferenser, m.a.o. den subjektiva nytta respektive lycka som de ifrågavarande personerna erhåller i och med det att deras preferenser uppfylls. I detta sammanhang kan det talas om olika subjektiva nyttoenheter, eller kortfattat preferensenheter. Det ovan angivna exemplet kan då förvandlas till något sådant som följande. Man har att välja mellan två möjligheter, I* och II*, vilka karakteriseras av följande fördelning av preferensenheter.

I*. A får 5 preferensenheter. B får 6 preferensenheter. C får 7 preferensenheter.

II*. A får 2 preferensenheter. B får 2 preferensenheter. C får 10 preferensenheter.

Den rike C äter nämligen så mycket att hans preferens att få 16 kakor försvagas i jämförelse med de fattiga A:s och B:s preferenser. 16 kakor är för C värda endast 10 preferensenheter.

Fördelningen I* är bättre än fördelningen II* eftersom den leder till att 18, inte blott 14 preferensenheter produceras.

Avvägning mellan preferenser förfinas ytterligare då man beaktar sådana faktorer som det långsiktiga sambandet mellan en viss ojämlikhet och tillväxt, kostnaderna för omfördelningsbyråkratin (jfr Simmonds 1986, 42) och – å andra sidan – de oönskade konflikter som ojämlikheten skapar.

Det ovan sagda hänger samman med en stark punkt i Hares teori, nämligen hans insikt att preferensavvägningen inte är en rent teoretisk process. Satsen »x är etiskt gott» grundar sig i enlighet med Hares teori på satsen »alla personers sammantagna preferenser för x väger tyngre än deras sammantagna preferenser mot x». Är inte den sistnämnda satsen en teoretisk sats? Innebär inte detta att Hares teori är kognitivistisk, närmare bestämt naturalistisk? Hare säger att det inte är så. För att fastställa att t.ex. Kalles preferens för frihet väger tyngre än Pelles preferens för trygghet måste moraltänkaren inte blott i teoretiska satser beskriva dessa preferenser utan även fatta ett beslut att anta dem som sina egna och slutligen väga dem samman. All sådan sammanvägning involverar inte blott moraltänkarens kunskap utan även hans *egna preferenser.*

Se emellertid Rönnow-Rasmussen 1993, 42 ff. om vissa logiska problem som uppstår i detta sammanhang.

Följaktligen har Hares lära både en viss teoretisk och en viss praktisk innebörd. Den förra beror på den etiska värderingens samband med andra personers faktiska preferenser, den senare återspeglar ett personligt val vid preferensavvägning.

5.4.4 Det etiska tänkandets två nivåer

En av Hares originellare tankar visar sig i följande teori om det *etiska tänkandets två nivåer.* Den kritiska nivån består däri att man fullständigt beräknar andras preferenser i alla tänkbara fall och väger dessa mot varandra. Endast en »ärkeängel» skulle helt kunna lösa denna uppgift.

Ärkeängelns uppgift är synnerligen svår vid multilaterala preferenskonflikter. Antag t.ex. att A:s preferens för x är starkare än B:s preferens för icke-x och likaledes starkare än C:s preferens för icke-x. Antag vidare att de två sistnämnda preferenserna inte kan uppfyllas på en och samma gång. En utilitarist måste ändå anta att A bör addera B:s och C:s preferenser till varandra och förvissa sig om att

de tillsammans inte överstiger hans egen preferens för x. Persson (1989, 163 ff.) har ifrågasatt om denna rimliga slutsats följer av Hares teori. Jfr även Hares svar (1989, 171 ff.).

»Ärkeängelns» motsats, av Hare kallad »prole», saknar förmågan att tänka »kritiskt» (dvs. utilitaristiskt). Han måste nöja sig med det etiska tänkandets *intuitiva* nivå, vilken består av att man följer sina etiska intuitioner och vissa etablerade moralprinciper, t.ex. att man inte bör leva på andras bekostnad, ljuga inför sina vänner, missköta sina barn, intrigera på arbetsplatsen, plåga sin hund m.m. Ärkeängeln skulle kunna visa att intuitionerna och principerna mer eller mindre återspeglar preferenskalkylen. Prole själv vet det inte, men ändock handlar han rätt. Vanliga människor är varken några ärkeänglar eller »proles» utan befinner sig mitt emellan dessa extremer. De har sina moralintuitioner och etiska principer *samt* kan i en viss omfattning kontrollera huruvida dessa motsvarar det som andra personer vill (Hare 1981, 44 ff.).

Teorin om moraltänkandets två nivåer innehåller utan tvekan värdefulla insikter. Den har lyckats ovanligt väl med att förena värdet av etablerade intuitioner och principer med värdet av en kritisk reflexion.

5.4.5 Kritik av Hares teori

A MATERIELLA SLUTSATSER UR UNIVERSALISERBARHETSTEORIN?

Hares teori har väckt en livlig debatt. Att etiska satser är universaliserbara innebär som sagt att varje etisk sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer. Men vem är en *person*? Man kan göra gällande att universalitet består i att man använder begrepp vilka betecknar alla föremål av en viss klass, inte namn på individuella ting. I så fall avgör universalitetsteorin inte vem som bör omfattas av personbegreppet: rör det sig t.ex. om alla människor, alla människor som besitter självmedvetande, eller kanske alla människor och vissa (vilka?) djur? För att uttrycka sig kortfattat skriver Hare konsekvent om »människor» men har inget emot att inkludera djur (1981, 90 ff.). Men han har inte löst det svåra problemet hur personkretsen borde bestämmas. Omfattar personkretsen endast dem som har några preferenser? Måste t.ex. foster och senildementa uteslutas? En etisk tänkare måste förvisso ta hänsyn till alla som tillhör en etiskt sett väsentlig kategori, men vilka är dessa?

Se vidare Spectors logiska analys av problemet, 1993, 75 ff.

Frågan vem som hör till en viss väsentlig kategori kan dessutom vara såväl praktiskt betydelsefull som känslig. Tillhör t ex ett foster samma väsentliga kategori som en utvecklad människa? M.a.o.; är ett foster en *person* i etisk mening? Ett motiverat svar på denna fråga måste stöda sig på en etisk argumentation varvid följande synpunkter kan uttalas.

- De flesta personer kännetecknas av bl.a. självmedvetande och förmågan att bestämma mål för sina handlingar (jfr bl.a. Warren 1991. 310 och Zaitchik 1981, 26).
- Vissa människor saknar förmågan att bestämma mål för sina handlingar. Ändå måste de uppfattas som personer i etisk mening eftersom den etiska bedömaren kan komma att förvandlas till en sådan människa. Den s.k. gyllene regeln om ombytta roller (behandla inte andra så som du inte själv vill behandlas!) är lätt att tillämpa på sådana människor. Alla människor kan t.ex. så småningom förvandlas till senildementa åldringar. Därför kan vilken människa som helst bli rädd för att behandlas illa som åldring. Följaktligen måste en senildement åldring uppfattas som en person i etisk mening.
- Småbarn saknar likaledes förmågan att bestämma mål för sina handlingar. Ändå uppfattas de ofta som personer i etisk mening (jfr t.ex. Hare 1975, 208 och v d Pfordten 1990) fast den etiska bedömaren inte kan komma att förvandlas till dem. Men även om deras ställning som personer i etisk mening kan ifrågasättas måste de utan tvekan skyddas av etiska normer, eftersom de i regel har ett mycket stort värde för andra personer, inte minst för sin familj.
- I en viss omfattning är även foster skyddsvärda, fast det är mycket omstritt huruvida de bör anses vara personer i etisk mening (jfr bl.a. Dworkin 1990, 77; Quinn 1984, 53; Becker 1975, 349 ff. och Warren 1991, 311). Skyddsvärdet bestäms av en sammanjämkning mellan fostrets värde för modern, familjen, samhället m.m. och andra värden, såväl individuella som kollektiva. Dessa konkurrerande värden omfattar den gravida kvinnans frihet att bestämma över sin kropp och sina familjeförhållanden. Vissa ekonomiska och andra samhällsintressen är likaledes betydelsefulla. Överbefolkning kan visa sig vara svår att förena med ekonomiskt välstånd och kulturframsteg (jfr bl.a. Glover 1977, 140 och Warren 1991, 303 ff.).

Frågan huruvida etiken tar hänsyn till *djur* kan behandlas utifrån likadana synpunkter. Djur är inte några personer eftersom de saknar förmågan att bestämma mål för sina handlingar. Inte heller kan den etiska bedömaren komma att förvandlas till ett djur; den gyllene regeln om ombytta roller tillsammans med den etiska bedömarens förmåga att frukta illabehandling bildar följaktligen inte någon självklar grund för djurs etiska rättigheter. Vissa etiska normer kan ändå tillämpas på olika djur, bl.a. därför att de har ett slags självmedvetande, förmågan att känna smärta och ett värde för människor.

B VISSA MOTEXEMPEL OCH NATURRÄTTSLIGA ANTAGANDEN

Utilitarism i allmänhet och Hares lära i synnerhet brukar även kritiseras medelst angivande av vissa motexempel. Anta t.ex. att de flesta uppvisar ett (motsägelsefritt och universaliserbart) preferenssystem innehållande en stark preferens för att söka lyckan i flaskan. Bör vi då bygga ett alkoholistsamhälle, där endast sprit finns i överflöd? Anta åter att ett sådant preferenssystem innehåller en stark preferens för att mörda en folkgrupp som anses vara skadlig för rasens renhet. Bör vi verkställa folkmordet?

För att besvara sådana invändningar gör Hare följande antaganden. De flesta människorna inte är vare sig alkoholister eller mördare (jfr t.ex. Hare 1981, 195). Om människorna hade varit så onda, tillägger han, skulle ärkeängeln kunna visa för dem att det i långa loppet inte lönar sig att supa eller att mörda. Alkoholmissbruk och mord strider m.a.o. mot de preferenser som människorna förr eller senare kommer att ha. Alkoholistens och mördarens preferenssystem kan sålunda inte vara vare sig motsägelsefritt eller universaliserbart.

Därmed närmar sig Hares teori den klassiska naturrätten som likaledes uttalade generella teser om människornas egenskaper och preferenser.

Sådana antaganden kan måhända uppfattas som teorins svaghet. Å andra sidan är de tämligen svaga och mycket övertygande. Hare skulle dessutom kunna hävda att *alla* övergripande moralläror måste förutsätta vissa påståenden om den mänskliga naturen.

C MOORES FRÅGA

Vidare kan Hares preferensutilitarism kritiseras med användning av *Moores* öppna frågans argument. Det är meningsfullt att ställa frågan »visserligen följer handlingen H människornas preferensordning, *men är den god*?». Om den etiska »godheten» hade varit identisk med att preferensordningen följs, skulle frågan vara meningslös. Om den däremot är meningsfull måste ordet »god» betyda annat än uppfyllelsen av preferenserna.

Förvisso kan frågan ställas om denna kritik är tillämplig på en fulländad preferensordning, uppbyggd genom sammanjämkning av såväl det ifrågavarande handlingssubjektets som alla andra personers fulländade preferenssystem. Är det inte meningslöst att hävda att en handling motsvarar denna ideella preferensordning men ändå inte är god?

Svaret på denna fråga beror på preferensbegreppets tolkning.

Om preferensbegreppet tolkas som »medvetna preferenser» kan det goda avvika från den ifrågavarande preferensordningen. Vid en etisk avvägning måste man beakta såväl medvetna preferenser som den mänskliga samlevnadens nödvändiga behov, sådana som ett visst minimum av handlingsfrihet (jfr t.ex. Gewirth 1978, 21 ff.) och deltagande i en språklig kommunikation (jfr Alexy 1991, 9 ff); se avsnitt 8.2.7C nedan. Dessa behov har ett etiskt värde även om den ifrågavarande individen inte är fullt medveten om det.

Visserligen finns det skäl att göra gällande att den enskilda människans samtliga behov är tillgängliga för hennes medvetande, förutsatt att hon fått fullständig information och utfört en fulländad bedömning. Det finns emellertid även skäl för att hävda motsatsen. Samhällets rationalitet – som bestämmer samlevnadens nödvändiga behov – är en produkt av artens utveckling. Kanske är människans insikt i samhällets rationalitet begränsad. Vissa behov återspeglas då måhända i den enskildes känslor, men förblir dolda för hans intellekt. Sådana frågor återfinns bl a i den oändliga debatten mellan liberalerna och de konservativa. De förra litar helt på människans förnuft, de andra anar dess gränser. Debatten kan knappast avgöras på ett okontroversiellt sätt.

En fulländad preferensordning kan emellertid tolkas som omfattande såväl medvetna preferenser som omedvetna behov. De sistnämnda omfattas visserligen inte av människors medvetande men de kan anses vara tillgängliga för den fullt perfekta »ärkeängeln». Och det är förvisso *meningslöst* att hävda att en handling motsvarar den fulländade ordningen av medvetna preferenser och omedvetna behov – men ändå inte är god.

D RÄTTIGHETERNAS SÄRSTÄLLNING

Olika motexempel uppfattas ändå ofta som ett skäl för att ersätta utilitarismen med en *teori om individens rättigheter*. Alla människor tillerkänns således rätt att leva, att ha sin frihet, att äga sitt arbetets produkter m.m., helt oberoende av andras preferenser.

Antag t.ex. att en viss människa funderar på självmord och blott har en svag preferens för att leva. Genom att döda henne och transplantera hennes olika kroppsdelar kan man rädda livet på ett antal andra som till varje pris vill överleva. Bör man döda denna individ och verkställa transplantationerna?

En preferens- och regelutilitarist kan förvisso besvara kritiken genom att hävda följande: Även om självmordskandidatens preferenser i det konkreta fallet är svagare än transplantationspatienternas är en konsekvent

praxis att döda vissa människor för att transplantera deras organ oetisk. En sådan praxis strider nämligen mot varje genomtänkt preferensordning. Hänsyn måste nämligen även tas till varje människas preferens för att leva ett tryggt liv, utan att behöva fundera över om och när andras preferenser visar sig starka nog för att rättfärdiga hennes död.

Rättigheterna i etisk mening återspeglar sålunda synnerligen starka eller synnerligen vanliga preferenser.

Antagandena om preferensernas styrka är emellertid svårbevisbara. Måhända måste även de stödas på en viss uppfattning om människonaturen.

En utilitarist måste dessutom ta ställning till olika icke-utilitaristiska försök att rättfärdiga rättigheter (jfr t.ex. återigen avsnitt 8.2.7C nedan om Gewirths och Alexys teorier).

E KAN OLIKA PERSONERS PREFERENSER JÄMFÖRAS MED VARANDRA?

Det görs även gällande att olika personers preferenser överhuvudtaget inte kan vägas mot varandra. Hare antar nämligen att »ärkeängeln» skulle kunna väga Kalles och Pelles preferenser mot varandra, precis på samma sätt som man kunde fastställa att ens egen preferens för frihet t.ex. vore starkare än ens egen preferens för trygghet. Men kan man verkligen göra en sådan jämförelse fullständigt rationellt?

Vad innebär det att en person antar en annans preferenser som sina egna? Om den andres motivationer helt ersätter ens egna »kvarstår knappast någonting av den egna personligheten. Det som man gör i stället är snarare att på en och samma gång beakta det egna och den andres synsätt och söka efter principer som kan godtas ur båda synvinklar. Eller snarare, eftersom det finns... oändligt många personer, ur alla faktiska synvinklar... Men... det är tveksamt om några principer kan uppfylla ett så strängt krav... Vi skall... inte leta efter principer som helhjärtat kan godtas ur alla synvinklar, utan efter sådana som bildar en godtagbar kompromiss mellan olika faktiska synvinklar» (Mackie 1977, 93). Kan en »ärkeängel» på ett logiskt tvingande sätt bestämma den exakta innebörden i en sådan kompromiss? Kan han göra det utan att stöda sig på sitt samhälles kulturarv? (se avsnitt 5.6 nedan om gemenskapsetiken!).

Man kan vidare argumentera för att t.o.m. en individs egna preferensordning ytterst vilar på ett icke motiverbart val (jfr avsnitt 5.9.8 nedan).

Kanske kan det finnas olika »ärkeänglar» som väljer olika preferensordningar (se närmare avsnitt 8.3.2 nedan).

5.5 Rättvise- och rättighetsläror

5.5.1 Inledande anmärkningar om olika rättvise- och rättighetsläror

A RÄTTVISA SOM DET HÖGSTA VÄRDET

Enligt vissa filosofer bör utilitarismen förkastas och ersättas med en rättighets- och rättviselära som tillräckligt uppmärksammar varje individs autonomi. Etikens mål är enligt denna uppfattning att främja rättvisan och skydda varje individs rättigheter. Dessa får inte offras på samhällsnyttans altare.

Kopplingen mellan rättvisan och rättigheterna kan exemplifieras med den kända romerska maximen, enligt vilken rättvisa består i att man skiljer det som är ens eget (ett *suum*) från det som tillhör andra (*suum cuique tribuere*). Rättigheterna i etisk mening preciserar vad som skall anses vara en individs *suum*, t.ex. hans liv, kropp, goda rykte, ära, handlingsfrihet (jfr avsnitt 2.3.1F ovan), vidare hans åsikter, produkter av hans arbete m.m. Idén om ens egna privata sfär kan användas som stöd för sådana (naturrättsliga, etiska respektive mänskliga) rättigheter som rätten till livet, rätten till den kroppsliga integriteten, rörelsefriheten, yttrandefriheten, religionsfriheten och många andra friheter, och inte minst äganderätten.

Rättvisan uppfattas av t.ex. Rawls (1971, 3) som det högsta moralvärdet, ja, det högsta värdet överhuvudtaget.

Enligt Rawls bestämmer (»definierar») rättviseprinciperna vad som är det etiskt rätta och det rätta går före det goda (Rawls 1971, 31 ff. och 446 ff.; Rawls 1980, 515; jfr Kant 1793 A 212).

Dessa teser kan emellertid ifrågasättas. Man kan kritisera den »deontologiska» uppfattningen, att »det rätta» bestäms av universella och slutgiltiga normer som bör följas oavsett om deras konsekvenser är goda; jfr avsnitt 5.8.3D nedan. Inte heller behöver »det rätta» vara detsamma som det rättvisa, se avsnitt 5.6.1B nedan.

B EXEMPEL PÅ OLIKA RÄTTVISELÄROR

De i litteraturen kända, sinsemellan konkurrerande, teorierna om rättvisa kan klassificeras enligt följande.

B1 Allmänfilosofiska teorier. Vissa filosofiska teorier innefattar en definition av begreppet »rättvisa» eller en generell teori om vad som skall anses vara rättvist. Andra utvecklar principer som bör styra ett rättvist samhälle. Jag kommer att redogöra för tre teorier, enligt vilka man vid en rättvisebedömning måste slå vakt om (1) jämlikhet mellan människor, (2) skydd av de sämre ställda respektive (3) välförvärvade rättigheter. Slutsatsen blir att alla sådana »endimensionella» teorier kan kritiseras för sin ensidighet. Rättvisan kräver en avvägning mellan dessa och andra hänsyn.

B2 Kasuistiska teorier. Andra teorier uppfattar rättvisa som ett system av vissa angivna normer.

Följande lista återger således på ett förenklat sätt *Julius Stones* (1965, 341 ff.) rättvisenormer:

1. Varje människa skall ha frihet att bestämma om sina egna angelägenheter.
2. Inga religiösa hänsyn skall tas då rättsordningen bestämmer straff och belöning.
3. Vid bedömning av en handling skall hänsyn tas till alla omständigheter.
4. Ömsesidighetsprincipen skall respekteras.
5. Jämlikhet mellan människor skall respekteras.
6. Skador skall ersättas.
7. Den som bidrar till att upprätthålla den accepterade samhällsordningen skall belönas.
8. Brott skall bestraffas.
9. Straffet skall vara proportionellt till brottet och inte kränka gärningsmannens mänskliga värdighet.

Ilmar Tammelo (1977, 80 ff.) har tillagt en rad andra rättvisenormer:

10. Elände skall minskas så mycket som möjligt.
11. Alla människor skall betraktas som rättsliga subjekt.
12. Avtal skall hållas.
13. Rättegång skall vara opartisk.
14. Man har rätt till självförsvar.
15. Alla har rätt att få sin sak prövad av domstol.
16. Man får ej utsätta andra för det som man själv inte vill utsättas för.
17. Man får inte kräva det omöjliga av någon.
18. Alla skall skyddas mot maktmissbruk.
19. Vid värdefördelning skall varje människa få det hon förtjänar.

Sådana listor omfattar normer, som mer eller mindre motsvarar den nutida europeiska samhällsåskådningen. Man saknar emellertid någon mer systematisk teori som säger *varför* allt detta skall anses utgöra rättvisa. *Vissa* av dessa normer har ett uppenbart samband med rättvisebegreppet, t.ex. norm 3 (vid bedömning av en handling skall hänsyn tas till alla omständigheter), norm 4 (ömsesidighets-

principen) och norm 5 (jämlikhetsprincipen). Andras samband med rättvisebegreppet är mindre klart. Är det t.ex. säkert att rättvisan kräver att (norm 7) den som bidrar till att upprätthålla den accepterade samhällsordningen skall belönas?

Dessutom kan de ifrågavarande normerna uppfattas som principer vilka i konkreta fall måste *vägas* mot varandra. Norm 12 (avtal skall hållas) utgör ett belysande exempel. I vilken omfattning skall de avtal hållas som på ett oskäligt sätt strider mot parternas jämlikhet (norm 5)? Jfr 36 § avtalslagen. Är denna skälighetsbedömning möjlig utan att olika hänsyn vägs mot varandra?

B3 Psykologiska och sociologiska teorier

Vidare avstår vissa rättviseteorier ofta från sådana definitioner respektive normer och innefattar i stället hypoteser om orsakssammanhang mellan vissa fakta och människors rättviseuppfattningar. Alf Ross hävdade t.ex. att man talar om rättvisa då man är missnöjd med olika företeelser. Sådana teorier behandlas inte i den förevarande framställningen.

5.5.2 Rättvisa och jämlikhet

A DEN FORMELLA RÄTTVISEPRINCIPEN

Idén om att rättvisa består av att »lika skall behandlas lika» har bl.a. utvecklats av Chaim Perelman och Torstein Eckhoff.

Den belgiske rättsfilosofen *Chaim Perelman* har formulerat den s.k. formella rättviseprincipen som säger att individer som tillhör samma väsentliga kategori skall behandlas lika (Perelman 1963, 16).

Rättvisan gäller således en behandling av *individer*, inte *grupper*. En s.k. rättvisa mot grupper har emellertid diskuterats i många sammanhang. Kan det vara rättvist att t.ex. kvotera inträde till vissa amerikanska universitet i syfte att garantera ett antal platser för de färgade? Kvoteringssystemens anhängare menar att de utgör en rättvis kompensation för att de färgade tidigare diskriminerats. Motståndarna kan däremot peka på såväl vissa praktiska svårigheter som vissa principiella problem.

En viktig praktisk svårighet är följande. Varför skall just dessa grupper bli föremål för en sådan omsorg? Man kan ju konstruera ett oändligt antal sådana grupper. Skall inte alla barn till kroppsarbetare kompenseras för sina fäders brist på högre utbildning? Givetvis är privilegiering av vilken grupp som helst liktydig med diskriminering av dem som inte ingår i gruppen. Skall man inte begränsa antalet judiska studenter vid amerikanska och även ryska universitet för att härigenom kompensera det faktum att judarna hittills varit överrepresenterade vad

gäller högre studier i såväl USA som Ryssland? En komplex *avvägning* mellan olika hänsyn behövs för att motivera den annars rimliga åsikten att kvoteringssystem får användas till de färgades fördel men inte till judarnas nackdel.

Den principiella invändningen är följande. En individ kommer alltid att finna det orättvist om han blir ofördelaktigt särbehandlad blott därför att *andra* som tillhör samma grupp måhända någon gång blivit orättvist privilegierade. Rättvisa mot grupper är besläktad med kollektiv bestraffning.

B MATERIELLA PRINCIPER FÖR DISTRIBUTIV RÄTTVISA

Olika materiella principer för *distributiv rättvisa*, m.a.o. materiella rättviseprinciper för värdefördelning, är versioner av denna rättviseprincip. Med andra ord kan den väsentliga kategorin antingen omfatta alla individer eller definieras efter sådana egenskaper som förtjänst, utfört arbete, behov m.m. Perelman (1963, 6 ff) har sålunda omnämnt följande principer »för konkret rättvisa»:

1) Varje individ skall behandlas likadant som varje annan.
2) Varje individ skall behandlas i proportion till sina förtjänster.
3) Varje individ skall behandlas i proportion till sina arbetsprestationer.
4) Varje individ skall behandlas i proportion till sina behov.
5) Varje individ skall behandlas i proportion till sin status.
6) Varje individ skall behandlas i proportion till sina rättsliga positioner (dvs. rättigheter, skyldigheter m.m.).

Listan kan givetvis göras ännu längre och omfatta bl.a. en värdefördelning också efter

7) offer eller lidande;
8) individens förmåga att tillgodogöra sig de på honom fördelade värdena; och
9) tids- eller rumsplacering, t.ex. i en kö (jfr t.ex. Eckhoff. 1971, 46; Rescher 1966, 73 och Lucas 1980, 164 ff.).

C KOLLISIONER MELLAN OLIKA MATERIELLA RÄTTVISEPRINCIPER

Det går inte att samtidigt fördela samma värden i proportion till alla sådana egenskaper. Man måste därför söka en rimlig kompromiss mellan de konkurrerande »konkreta» rättviseprinciperna. En sådan kompromiss kan kallas för *billighet* (Perelman 1963, 32 ff.). Självfallet kräver denna kompromiss en *avvägning*.

D FÖRDELNINGSFÖREMÅL

Vad är det som skall fördelas rättvist, dvs. fördelas lika mellan de lika berättigade mottagarna? Följande alternativ kan beaktas (jfr Peczenik 1972, 523-524 och 1971b, 21. Jfr Welinder 1974, 86-87 om Adolph Wagner, F.Y. Edgeworth och A.C. Pigou).

1) Det som skall fördelas är värden som tillfälligtvis befinner sig i »distributörens» besittning; arbetsgivaren utbetalar t.ex. lön från sitt företags bankkonto.

2) Det som skall fördelas kan vidare vara värden, som några personer redan har och som skall omfördelas. En sådan korrigerande rättvisa utgår från att mottagarens läge i dess helhet (inte endast fördelningen av det som »distributören» har i sin besittning) skall regleras i proportion till de för rättvisan relevanta egenskaperna. I överensstämmelse härmed fördelas t.ex. skatter och sociala förmåner inte alls lika utan i stället helt olika, just i syfte att människor skall *göras* mer jämlika.

Argument för och mot korrigerande rättvisa innebär olika politiska ställningstaganden i omfördelningsfrågan. Dessa beror på olika *avvägningar*, bl.a. mellan en individs anspråk på att behålla det som tillhör honom och hans anspråk på att i mån av behov erhålla samhällets hjälp.

E RELATION MELLAN FÖRDELNINGSGRUNDANDE EGENSKAPER OCH DEN ANDEL SOM MAN BÖR FÅ

Torstein Eckhoff (1971, 44 ff.) har behandlat en annan viktig fråga. Vilken relation skall föreligga mellan innehavet av ifrågavarande relevanta egenskaper (förtjänster, utfört arbete, behov m.m.) och den andel som var och en har anspråk på vid fördelningen?

1) Fördelningen av värdena kan graderas kvantitativt i proportion till behov, förtjänster, arbete m.m.

2) Mottagarna kan i stället indelas endast i två klasser: de berättigade och de inte berättigade. Om man är berättigad, t.ex. om man har tillräckligt stora förtjänster, behov m.m., deltar man i fördelningen, annars deltar man inte.

3) En annan möjlighet är att bygga upp en hierarki av mottagare, t.ex. enligt behov eller förtjänster. En mottagare som befinner sig högre upp i hierarkin får värdena tidigare, men alla får lika mycket, intill dess att värdena tar slut. Det som befinner sig långt ner i hierarkin får kanske ingenting.

Varje lösning har sina för- och nackdelar, beroende på en avvägning mellan olika hänsyn. Antag t.ex. att omsorg om de fattiga *väger tyngre* än

en viss hänsyn till likhet mellan mottagarna. I så fall framstår indelning i två klasser, de berättigade fattiga och de inte berättigade rika, som mer rättvis än en proportionell fördelning.

E LIKAVIKTPRINCIPER

Eckhoff (1971, 38 ff.) behandlar även följande s.k. *likaviktprinciper*:

1) Gott skall gengäldas med gott.
2) Ont får gengäldas med ont.
3) Skador skall ersättas.
4) Den som gynnas av någon får finna sig i att även bli påförd vissa bördor av denne.

Sådana principer har i filosofins historia ofta betecknats som *kommutativ rättvisa*. De uttrycker tanken på en viss ömsesidighet och balans mellan parterna. På så vis förenas de begreppsligt med den ovan angivna idén om rättvisa i betydelsen jämlikhet.

Fler sådana principer kan tänkas, t.ex.

5) Ingen skall tillägna sig ett värde, om någon annan därigenom förlorar ett större värde (jfr även v Wright 1963, 207 ff.).

Andra tänkbara principer förutsätter en viss balans mellan för- och nackdelar:

6) Den vars intressen gynnas av en handling skall också bära kostnaderna för handlingen (jfr t.ex. Esser 1964, 99 not 43).

Vissa besläktade rättviseprinciper är svårare att analysera, t.ex.:

7) Ingen bör få dra nytta av sin egen missgärning eller dra fördel av egen orättfärdighet (jfr a.a. 99).
8) Straffet skall vara proportionellt till brottet.

F RÄTTVISEPRINCIPERNAS VAGHET

Varken principerna för distributiv rättvisa eller principerna för kommutativ rättvisa ger några klara anvisningar om hur man bör handla. De uttrycker endast olika *prima facie*-rättvisevärden som konkurrerar med varandra. I detta sammanhang uppstår (1) vaghetsproblemet och (2) kollisionsproblemet.

1. Rättviseprinciperna är vaga. Anta t.ex. att relativt knappa resurser skall fördelas i proportion till mottagarnas förtjänster. Problemet ligger i att det inte är lätt att mäta förtjänsterna. Därför kan vi inte hoppas på att alla blir eniga om alla detaljer angående en rättvis fördelning t.ex. efter förtjänster. Rättviseprinciperna bestämmer m.a.o. frågor snarare än svar: Vid fördelning skall således frågan ställas hur denna motsvarar mot-

tagarnas förtjänst, arbete, behov, m.m. Vid bestraffning skall frågan ställas huruvida straffet är proportionellt till brottet.

2. Såväl principerna för distributiv rättvisa som principerna för kommutativ rättvisa kan kollidera med varandra. Det är då inte alltid klart hur man skall bete sig. Olika rättviseprinciper uttrycker som sagt olika *prima facie*-rättvisevärden som måste *vägas mot varandra*.

Jfr Perelman (1963, 33): avvägningen är en ren kompromiss. Friedrich (1963, 43) talar om balanserad värdering på grund av värden som härskar i det ifrågavarande samhället. Jfr även Weinberger 1978, 208.

I detta sammanhang måste följande beaktas.

a) Alla rättviseprinciper uttrycker relevanta *prima facie*-värden. Visserligen kan vi inte hoppas på att alla kommer överens om värdenas bästa avvägning. Men alla dessa värden måste tas på allvar. Få svenska medborgare skulle t.ex. numera ifrågasätta tanken att ett visst minimalt tillfredsställande av behov är ett viktigt värde, som i *vissa* situationer måste sättas före en viss arbetsprestation. Å andra sidan skulle lika få vara benägna att vid alla tänkbara fördelningsfrågor sätta behov före förtjänst och arbete.

b) Visserligen är det svårt att finna det rättvisa handlingssättet men man kan *försöka argumentera för sin avvägning* mellan olika *prima facie* rättvisevärden. Argumentationen kan aldrig bli logiskt tvingande men den kan leda till såväl ökad klarhet som ökad enighet.

Följaktligen har alla teorier om rättvisa som jämlikhet både en viss teoretisk och en viss praktisk innebörd. Den förra beror på att det finns olika etablerade *prima facie*-rättvisevärden, dvs. olika kännetecken på vilket slags likhet mellan människor som är relevant i rättvisesammanhanget (t.ex. lika förtjänster, lika arbete, lika behov m.m.). Den senare återspeglar ett personligt val vid preciseringen av olika *prima facie* rättvisevärden och deras harmoniska sammanvägning.

5.5.3 John Rawls' rättviselära

A TEORINS ÄNDAMÅL OCH DEN UTVALDA METODEN

En annan rättviselära har utarbetats av *John Rawls*.

1. Rawls anger inte direkt vad som menas med en rättvis *handling* utan koncentrerar sig i stället kring frågan om den rättvisa *samhällsorganisationen*.

Senare (jfr 1993, 13 och 174 ff.) har Rawls uttryckligen kallat sin teori för politisk, i motsats till omfattande moralfilosofiska läror.

En sådan dualism kan ifrågasättas på grund av en kollisionsfara: om en individs politiska rättviseföreställningar kräver att han gör något som strider mot det rättviseidealet som gäller hans privata sfär, varför skall han i sitt vardagliga liv göra det som den politiska rättvisan kräver? (jfr Bell 1993, 9).

2. Den rättvisa samhällsorganisationen är enligt Rawls den som skulle accepteras av olika individer, om dessa hade befunnit sig i en »ursprungsposition». Denna tilltänkta »position» konstruerar Rawls genom att i flera omgångar modifiera såväl samhällsfördragets närmare omständigheter som de provisoriskt antagna rättviseprinciperna. Målet är att finna en avvägning (ett »övertänkt jämviktsläge») mellan två villkor: 1) samhällsfördragets omständigheter måste på ett rimligt sätt tillförsäkra att dessa individer iakttar opartiskhet, och 2) samhällsfördraget måste leda till att de enas om acceptabla rättviseprinciper (jfr Rawls 1971, 20). Rawls lära kan följaktligen uppfattas som ett slags teori om ett *hypotetiskt samhällsfördrag*.

B URSPRUNGSPOSITIONEN

Den hypotetiska ursprungspositionen karakteriseras av följande egenskaper.

a. *Rationalitet*. Om någon befinner sig i denna position genomför han ett rationellt val mellan olika tänkbara samhällsorganisationer (jfr Rawls 1971, 142 ff.).

Senare (1993, 48 ff.) har Rawls gjort gällande att valet måste vara både rationellt och förnuftigt (*reasonable*). Det sistnämnda begreppet innebär bl.a. att en förnuftig person är villig att argumentera med stöd av principer som godtas av andra (id. 48-9 n. 1).

b. *Egennytta*. Valet bestäms av önskan att skydda egna intressen.

c. Den s.k. *okunnighetsslöjan*. Om någon befinner sig i denna position vet han ingenting om sin plats i samhället, sin klasstillhörighet eller status. Inte heller vet han någonting om sin begåvning, sin intelligens, styrka eller liknande. Slutligen vet han ingenting om sina attityder, inklusive sin uppfattning om gott och ont. Därför kan hans generella ställningstaganden i fråga om den rättvisa samhällsorganisationen inte påverkas av den

egoistiska tanken på att positivt särbehandla sådana som har samma egenskaper som han själv (jfr Rawls 1971, 12).

d. En viss *information*. Okunnighetsslöjan avskärmar inte från all information. Om någon befinner sig i ursprungspositionen vet han bl.a. att hans uppgift är att välja generella principer som skall avgöra samhällets struktur. Vidare vet han vilka egna intressen han skall inrikta sig på att skydda (jfr Rawls 1971, 136 ff.). Eftersom han inte vet något om sin position i samhället kan dessa intressen endast definieras i mycket allmänna ordalag. De består sålunda i att man skall tillfredsställa en allmän strävan efter vissa *primära värden*, däribland vissa rättigheter, friheter, chanser, inkomst och rikedom samt, framför allt självrespekt (jfr Rawls 1971, 440 ff.).

e. Vissa *egenskaper*. Personer som befinner sig i den hypotetiska »ursprungspositionen» har förmågan att sträva efter det rättvisa och det goda (jfr Rawls 1993, 29 ff.).

c RAWLS' RÄTTVISEPRINCIPER

Individer vilka befinner sig i ursprungspositionen skulle enligt Rawls (1971, 302) ena sig om följande principer.

1) *Frihetsprincipen*. Varje person skall ha lika rätt till det mest vidsträckta helhetssystem av grundläggande friheter som kan förenas med ett likadant system för alla andra.

I en senare version behandlar principen endast *politiska* friheter; jfr Rawls 1993, 5.

2) *Differensprincipen*. Sociala och ekonomiska olikheter skall arrangeras så, att de uppfyller två villkor:

- att de gynnar de sämst ställda, detta förutsatt att det är förenligt med rättvist sparande, och
- att dessa olikheter är förknippade med ställningar och ämbeten som är tillgängliga för alla, så att alla har lika chanser.

En senare version (1993, 6 och 20) utelämnar »rättvist sparande» som särbehandlas under rubriken »våra skyldigheter gentemot framtida generationer».

Principerna gäller som sagt den politiska sfären (samhällsskicket), i motsats till den individualetiska. I sina senare arbeten (jfr 1993, 11 ff.) har Rawls uttryckligen inskränkt rättviseprincipernas tillämpningsområde till de moderna demokratiska samhällena.

Rawls hävdade ursprungligen, att endast ett samhälle som uppfyller dessa principer kunde betecknas som »välordnat» (jfr bl.a. 1971, 453 ff.). Men senare har han blivit försiktigare: Välordnat samhälle karaktäriseras nu av Rawls helt allmänt som demokratiskt, pluralistiskt och kännetecknat av allmänt accepterade rättviseprinciper (jfr 1993, 11 ff och 35 ff.).

D PRIORITETSORDNING MELLAN PRINCIPERNA

Individer vilka befinner sig i ursprungspositionen skulle dessutom ena sig om följande prioritetsordning mellan principerna. Frihetsprincipen har obetingat företräde framför differensprincipen. Den senare går ovillkorligen före effektivitet, välstånd m.m. (jfr Rawls 1971, 302-303). Rättvisan uppfattas m.a.o. som det högsta värdet.

Ändå bör den offentliga makten enligt Rawls användas för att framtvinga en viss omfördelning av materiella värden. De »rika» bör således tvingas att bekosta omsorgen om de sämre ställda. Tvånget innebär en frihetsbegränsning. Följaktligen måste Rawls' frihetsteori tolkas restriktivt: den omfattar endast vissa traditionella medborgerliga friheter, såsom yttrandefrihet, religionsfrihet m.m., inte t.ex. näringsfrihet (jfr Simmonds 1988, 56).

Lärans mest politiskt intressanta tanke uttrycks därför inte av frihetsprincipen utan av differensprincipen: det viktigaste är att skydda den sämst ställde.

E KRITIK – MÅSTE RATIONELLA INDIVIDER VÄLJA RAWLS' PRINCIPER?

Rawls lära kan emellertid kritiseras. Kritiken avslöjar rättvisans beroende av olika slags *avvägningar*.

1. Utgångspunkten för Rawls' resonemang består i uppfattningen om vilken beskrivning av »ursprungspositionen» och vilka rättviseprinciper som är rimliga. Sedan måste man som sagt genom avvägning finna ett »övertänkt jämviktsläge», dvs. anpassa beskrivningen och principerna till varandra. Men varje sådan avvägning måste ytterst vila på bedömarens personliga ställningstagande. Det är följaktligen inte sannolikt att alla förnuftiga bedömare blir ense om samma rättviseprinciper.

2. Om de väljande hade varit mycket avundsjuka och rädda för risktagande, skulle de kanske valt Rawls' strategi. Annars kan de göra något helt annat. Visserligen skulle de försäkra sig mot de värsta olyckorna. Därför skulle de så långt följa Rawls' principer, som det är nödvändigt för att ge de sämst ställda ett någorlunda drägligt liv. Vore detta »nyttominimum»

(jfr Rescher 1966, 29) tillfredsställt, skulle de emellertid försöka maximera sin chans att få så många värden som möjligt.

»Anta att någon säger 'i ursprungspositionen skulle jag välja ett samhällsskick styrt av nyttoprincipen, eftersom det skulle maximera mina chanser; men moraliskt förkastar jag ett sådant system som orättvist.' Enligt Rawls skulle det vara självmotsägande att påstå något sådant, men det förefaller inte att vara självmotsägande, och det kan t.o.m. vara sant» (Tugendhat 1979, 88-89; jfr Hare 1973, 249 och Höffe 1977, 423).

3. Valet måste även påverkas av en sannolikhetsbedömning. Det kan vara mycket osannolikt att man blir den sämst ställde. Av en okänd anledning är emellertid Rawls' »okunnighetsslöja» så »tjock», att den utesluter all kunskap därom (Pettit 1980, 173; jfr Simmonds 1988, 49). Olika slags avvägningar behövs för att ordentligt motivera Rawls' uppfattning om okunnighetsslöjans närmare beskaffenhet.

4. Rawls' principer är således rimliga i vissa lägen, orimliga i andra, beroende på den av Rawls underskattade kopplingen mellan fördelning och produktion (jfr Wolff 1977, 210; Weinberger 1978, 208). Rawls' teori skulle kanske vara bra för ett samhälle där värdefulla ting faller från himlen som manna (Nozick 1974,198).

F KRITIK – RÄTTVISA FÖR DEN SÄMST STÄLLDA ELLER FÖR ALLA?

I övrigt leder Rawls' »absurda» fixering vid den sämst ställde till följande resultat som »inte kan tolereras» (Pettit 1980, 177). Anta återigen att man lever i ett samhälle som består av tre medlemmar, A, B och C, vilka endast sysslar med att tillverka och konsumera kakor. Produktionssystemet är sådant att ojämlikhet i hög grad ökar effektivitet. Man har att välja mellan två samhällsorganisationer, I och II, vilka karakteriseras av följande fördelning av kakor.

I. A får 5 kakor. B får 6 kakor. C får 7 kakor.

II. A får 4 kakor. B får 8 kakor. C får 16 kakor.

I detta läge skulle Rawls välja samhällsorganisationen I. Men om existensminimum ligger klart under 4 kakor – t.ex. om redan 2 kakor räcker till för att leva på ett någorlunda drägligt sätt, är det inte så klart att samhällets totala produktion skall behöva hämmas (18 i stället för 28 kakor) för att så obetydligt öka den sämst ställdes konsumtion.

Medan Rawls bryr sig enbart om den sämst ställda (*underdog*) avser rättvisan alla och består i att man söker maximera all nytta, inte blott ett nyttominimum (Lucas 1980, 67).

Visserligen har Rawls (1971, 82) gjort gällande att omsorg om den sämst ställda i långa loppet ökar allas välstånd. Men detta svar är inget mer än en *ad-hoc* hypotes, konstruerad för att rädda läran. Inga oberoende empiriska tester stöder denna hypotes.

Kort sagt innebär rättvisa en rimlig *avvägning* mellan de sämst ställdas och de andras intressen. En rättvis avvägning är kontextuell, dvs. betingad av det konkreta fallets fullständiga sammanhang med alla för detta fall relevanta etiska värden. Den kan knappast genomföras bakom okunnighetsslöjan.

G KRITIK – VAD ÄR PRIMÄRA VÄRDEN?

Differensprincipen avser fördelning av primära värden. Rawls' lista över dessa är emellertid vag. Inte heller motiveras den av någon genomtänkt teori. Är en individs kroppsdelar, såsom njurar och ögon, primära värden? Om så är fallet, kan staten framtvinga deras omfördelning, för att hjälpa dem som väntar på transplantation? Varför inte? (Simmonds 1988, 53; jfr Pettit 1980, 170 ff.). Återigen behöver man en rimlig avvägning mellan de sämst ställdas och de andras intressen.

Rawls' frihetsprincip måste som sagt tolkas restriktivt: den omfattar endast vissa traditionella medborgerliga friheter. Men Rawls' lista över dessa är likaledes vag. Inte heller den kan motiveras utan en avvägning mellan flera olika värden.

H KRITIK – PRIORITETSORDNING MELLAN PRINCIPERNA

Rawls har ursprungligen antagit en orubblig prioritetsordning: Vissa friheter kommer först, sedan kommer skyddet för de sämst ställda, varefter effektiviteten och övriga hänsyn kommer sist. Denna prioritetsordning är emellertid inte rimlig, t.ex. i mycket fattiga samhällen. Om alla svälter är en även obetydlig effektivitetsökning, som räddar liv, viktigare än frihet. Enligt Sandel (1982, 31) är rättvisan det högsta värdet endast om samhället är sådant, att ingenting är viktigare än att lösa konflikter mellan parter som saknar gemensamma intressen.

Senare har Rawls (1993, 7) medgivit att en annan princip kan tänkas ha företräde framför frihetsprincipen. Den nya principen bestämmer att medborgarnas grundläggande behov bör uppfyllas, åtminstone i den mån det är nödvändigt för att fruktbart åtnjuta de politiska rättigheterna. Därmed blev teorin rimligare. Orden »kan tänkas», »grundläggande», »åtminstone» och »fruktbart» måste emellertid

preciseras från fall till fall. Detta kan endast ske genom en *avvägning*. Därmed blir hela idén om en orubblig prioritetsordning en illusion.

I KRITIK – FÖRTJÄNST ELLER »GENETISKT LOTTERI»?

Det är rätt märkligt att Rawls' rättviseteori inte lämnar någon plats för värdefördelning efter *förtjänst*. Rawls (1971, 102 och 311-312) säger härtill att det är etiskt irrelevant att den ene har större förtjänster än den andre, om skillnaden beror på att den förre är mer begåvad och arbetsvillig än den senare. Begåvningen, arbetsviljan och följaktligen även förtjänsterna har m.a.o. orsakats av ett s.a.s. genetiskt lotteri.

En synnerligen klar och brutal formulering av lotteritesen finns i svensk litteratur. *Ingmar Persson* (1994, 31) har således gjort gällande »att även skillnader i motivation, ansträngning etc måste avvisas som grunder för rättvis distribution, eftersom de, liksom en individs övriga resurser, är bestämda av faktorer som inte fördelats efter ett rättvist mönster. Att X är mer ambitiös och energisk än Y beror säkerligen på genetiska och miljömässiga faktorer... Differenser med avseende på sådana faktorer kan inte vara rättvisa. I så fall kan... ansträngning och flit inte heller vara en grund för rättvis distribution».

Men gäller »lotteriet» även individens vilja att hjälpa andra? Att uppfatta alla människor som blotta produkter av genetiskt lotteri är i så fall djupt orättvist mot dem som ger allt för andra människors bästa och ändå inte av Rawls får större erkännande än de som inte bryr sig om någonting (jfr Lucas 1980, 190 ff.). Lotteritesen tycks utesluta *all* etik, eftersom den inte beaktar den grundläggande moraliska skillnaden mellan rent naturgivna och kausalbestämda egenskaper å ena sidan och »saker som flit, vilja och ansträngning å den andra» (jfr Nordin 1994, 33).

Fast det är rättvist att den svage skyddas är det också rättvist att den förtjänstfulle belönas. Det behövs en *avvägning* mellan dessa två olika värden.

J KRITIK – MOORES FRÅGA

Rawls' lära är i så motto kognitivistisk, närmare bestämt naturalistisk, att den likställer rättvisa med ett visst faktum, nämligen med det faktum att samhällsskicket skyddar vissa friheter och den sämst ställdas intressen. Läran kan följaktligen kritiseras med användning av Moores »öppna frågans argument». Man kan ställa frågan »visserligen skyddar samhällsskicket dessa värden men är det rättvist?» Eftersom frågan är meningsfull kan rättvisa inte vara exakt detsamma som detta skydd.

Å andra sidan har rättvisa utan tvekan ett visst samband med de i Rawls' principer uttryckta *prima facie*-värdena, såsom opartiskhet, frihet, jämlikhet och omtanke om den sämst ställde. Satsen »samhällsskicket S är rättvist» betyder kanske nästan detsamma som »S uppfyller de krav på frihet och omsorg som skulle ställas av rationella och opartiska individer». Men den sistnämnda satsen är vag. Dess precisering i olika fall förutsätter att man genom olika slags avvägningar fastställer kravens konkreta innebörd. All sådan sammanvägning involverar återigen inte blott moraltänkarens kunskap utan även hans personliga preferenser.

Följaktligen kan Rawls' lära inte uppfylla det »deontologiska» kravet på att det rättvisa samhällsskicket helt bestäms av universella och slutgiltiga normer som bör följas oavsett om deras konsekvenser är goda; jfr avsnitt 5.8.3D nedan. I själva verket har läran både en explicit teoretisk och en implicit praktisk innebörd. Den förra beror på rättvisans samband med de i Rawls' principer uttryckta kännetecknen på samhällets rättvisa organisation – vissa friheter, viss omsorg om den sämst ställda m.m. Den senare återspeglar ett personligt val vid en rättvis avvägning mellan dessa och andra värden.

5.5.4 Robert Nozicks rättviselära

A RÄTTVIS FÖRDELNING ELLER VÄLFÖRVÄRVADE RÄTTIGHETER?

Robert Nozick har kritiserat Rawls' och andras teorier om distributiv rättvisa för att de förbiser att många saker redan från början finns och är anknutna till bestämda personer.

Anta återigen att man lever i ett samhälle som består av tre medlemmar, A, B och C, vilka tillverkar och konsumerar kakor. Man har denna gång att välja mellan två alternativ, I och II, vilka karakteriseras av följande fördelning av kakor.

I. A får 6 kakor. B får 6 kakor. C får 6 kakor.

II. A får 4 kakor. B får 4 kakor. C får 10 kakor.

I detta läge skulle många välja fördelning I, men Nozick är inte säker. Fördelning I framstår som rättvis därför att den motsvarar ett visst fördelningsmönster, närmare bestämt »lika fördelning». Andra tänkbara fördelningsmönster är fördelning efter sådana egenskaper som förtjänst, utfört arbete, behov m.m. Mot sådana rättviseuppfattningar ställer Nozick en syn på rättvisa som bygger på historiskt välförvärvade rättigheter (jfr Nozick 1974, 155 ff.). Fördelning II är följaktligen rättvis om den har

kommit till stånd som ett resultat av frivilliga byten med utgångspunkt i fördelning I.

Nozick antar att människor har vissa rättigheter, t.ex. äganderätt till rättvist förvärvade saker, som är oberoende av den etablerade rätten och samhälleliga moralkonventioner eller andra samhälleliga institutioner. Varje människa har en rättighet till sin egen person och sitt eget arbete. Hon har ingen rättighet till andra personer (jfr Nozick 1974, 174 ff.).

Synsättet påminner om den klassiska naturrättsliga läran om människans egna sfär, ett »*suum*» (jfr avsnitt 2.3.1F och 5.5.1A ovan). Man kan även finna en viss likhet mellan Nozicks lära och den romerska idén om att rättvisa består i att man skiljer det som är ens eget från det som tillhör andra (*suum cuique tribuere*). Den sistnämnda idén är för övrigt nära besläktad med den generella poängen med alla rättvisebedömningar, se avsnitt 5.5.5A nedan.

B RÄTTVIST FÖRVÄRV OCH RÄTTVIS ÖVERLÅTELSE

Närmare bestämt anser Nozick följande. Om världen hade varit helt rättvis skulle följande definition på ett uttömmande sätt täcka frågan om rättvist innehav:

1) En person som förvärvar en nyttighet i överensstämmelse med principen om rättvist förvärv har rätt till denna nyttighet.

2) En person som i överensstämmelse med principen om rättvis överlåtelse förvärvar en nyttighet från någon annan som har rätt till nyttigheten har själv rätt till den.

3) Ingen har någon rätt till en nyttighet förutom genom (upprepade) tillämpningar av 1 och 2 (Nozick 1974, 151).

I detta sammanhang utvecklar Nozick följande tankar, som i stor utsträckning överensstämmer med Lockes teori (Nozick 1974, 174 ff.).

a. Ett ursprungligt förvärv av en sak är rättvist om man »blandar sitt arbete» med saken. Det är rättvist att man tillägnar sig en sak som man bearbetar, inte blott det mervärde som ens arbete skapat, förutsatt att andra inte förlorar på det.

b. En överlåtelse är rättvis om den grundar sig på den berättigades fria vilja.

En historisk utveckling av detta slag – dvs. en fri marknad – skulle ofrånkomligen förstöra varje »mönstrad» fördelning, såsom t.ex. jämn fördelning av pengar, friheter m.m. (Nozick 1974, 160 ff. och 219 ff.).

En perfekt fri marknad skulle främja varje människas lika chans att fritt köpa de nyttigheter hon själv önskar sig. Å andra sidan skulle varje

omfördelningsmekanism leda till att hon får de nyttigheter som makthavarna vill ge henne.

C MINIMALSTATEN

För att tillämpa dessa tankar på förhållandet mellan individer och staten argumenterar Nozick på följande sätt (Nozick 1974, 88 ff.):

1. Ett tänkt naturtillstånd, där anarki råder, är såtillvida rättvist, att ingen organisation begränsar friheten.

2. Man kan tänka sig en övergång från naturtillståndet till ett organiserat samhälle, varvid följande villkor uppfylls:

Övergången skall framtvingas av människornas egennytta.

Vid övergångsprocessen får principerna om rättvist förvärv och rättvis överlåtelse inte kränkas.

Inga andra etiska hänsyn behöver tas.

3. Nozick skisserar följande hypotetiska övergångsprocedur.

Människor konstaterar att det lönar sig att etablera organisationer för att skydda sig mot andras angrepp.

Har de etablerat sådana organisationer konstaterar de vidare att det lönar sig att ge en av dem ett våldsmonopol. På så vis bildas en »ultraminimal» stat. Vissa personer kvarstår då utan skydd.

Makthavarna har följaktligen en etisk skyldighet att försöka utsträcka denna organisation till att gälla för alla personer som bor inom ett visst territorium. Denna skyldighet följs. Ett skattesystem skapas. De som har invändningar köps ut.

4. Resultat av denna egennyttiga och samtidigt rättvisa övergångsprocess skulle bestå i att en liberal och ickeauktoritär *minimalstat* bildas, vilken mer eller mindre motsvarar 1800-talets ideal om »nattväktarstaten». Staten ger alla ett minimalt skydd men bedriver ingen omfördelning av nyttigheter (Nozick 1974, 149 ff.).

5. Slutsatsen är att endast i en minimalstat är förhållandena mellan staten och individerna rättvisa. De nutida välfärdsstaterna skulle alltså vara orättvisa.

D KRITIK – RÄTT TILL EN RÅVARA?

Nozicks lära kan emellertid kritiseras varvid rättvisans beroende av olika slags *avvägningar* belyses.

Visserligen har varje person rätt till eget arbete. Men varför skall en persons arbete ge rätt till hela värdet av det föremål med vilket det blandas? Varför skulle t.ex. den som utvinner en knapp resurs såsom olja

ha rätt till hela värdet av den, inklusive det värdet som oljan redan hade obearbetad under havsbotten, alldeles oberoende av hans arbete? (jfr Simmonds 1988, 63 ff.).

Nozick skulle kunna svara att man vid en rättvisebedömning borde *bortse* från ett marknadsvärde som inte grundar sig på arbete. Naturtillgångar skapas inte av någon och det finns därför inte något skäl till att ta hänsyn till deras ursprungliga marknadsvärde. Följaktligen är det rättvist att man tillägnar sig en naturtillgång som man bearbetar, inte blott det mervärde som ens arbete skapat, förutsatt att andra inte förlorar på det.

Är ett sådant svar acceptabelt? För att bedöma saken måste Nozicks lära om historiskt välförvärvade rättigheter kompletteras med en fristående avvägning mellan olika skäl för och mot att ta hänsyn till obearbetade tillgångars marknadsvärde.

E KRITIK – LÄRANS VAGHET

Anta nu att det är rättvist att tillägna sig en sak, vilken man förädlar genom arbete, om blott ingen annan förlorar på det. Men saker förädlas ofta av komplexa kollektiv, såsom gruvbolag. Nozicks lära kan därför utan vidare lika väl användas för att rättfärdiga kollektivt ägande som individuellt ägande. För att motivera ett val mellan olika egendomsordningar måste läran återigen kompletteras med en fristående avvägning mellan olika skäl.

F KRITIK – SAMHÄLLETS NYA MEDLEMMAR

En besvärlig fråga rör samhällets nya medlemmar, vilka föddes eller invandrade efter det att möjligheterna till ursprungligt förvärv blivit rätt begränsade. Har dessa ingen rätt till nyttigheters omfördelning? (jfr t.ex. Steiner 1977, 151). *Hur omfattande* omfördelning är rättvis? En fristående avvägning mellan olika skäl behövs för att motivera ett svar på denna fråga.

G KRITIK – EN ETISK MAKTUTÖVNING I MINIMALSTATEN?

Nozick påstår att »minimalstaten» måste uppstå om man antar att den historiska utvecklingen från naturtillståndet styrs av en kombination av egennytta och rättvist förvärv. »Minimalstaten» ger *alla* ett minimalt skydd. Härmed skiljer den sig från en »ultraminimal» sådan. Men varför måste man köpa ut dem som inte vill ansluta sig till minimalstaten? Kan man inte lämna dem i fred?

Nozick besvarar denna fråga på följande sätt. Makthavarna följer sin etiska skyldighet att försöka utsträcka statens makt till att gälla för alla personer som bor inom ett visst territorium. För att uppfylla skyldigheten måste de erbjuda statligt skydd till alla. De som har invändningar kan då »sälja» det erbjudna skyddet. M.a.o. får de välja mellan att antingen acceptera anbudet eller kräva en viss ersättning.

Men hur kan Nozick motivera sin uppfattning om innebörden av makthavarnas etiska skyldighet? En fristående avvägning mellan olika skäl behövs för detta ändamål.

Vidare, hur kan Nozick styrka hypotesen att makthavarna faktiskt skulle uppfylla skyldigheten? (jfr Pettit 1980, 98 ff.). Kan han visa att den skisserade historiska utvecklingen skulle leda till minimalstaten, inte till en »ultraminimal» stat? Det är osäkert om hans lära räcker till för att kullkasta hypotesen, att just den sistnämnda skulle komma att utveckla sig ur naturtillståndet.

Nozick vill inte ha ett samhälle, i vilket vissa individer står utanför staten. Han skulle säkert uppfatta ett sådant samhälle som orättvist. Men skälen för denna bedömning har lite att göra med det hypotetiska händelseförloppet från naturtillståndet till minimalstaten. I stället måste man väga samman andra slags etiska skäl och motskäl.

H KRITIK – MOORES FRÅGA

Nozicks lära är i så måtto kognitivistisk, närmare bestämt naturalistisk, att den likställer rättvisa med vissa fakta. Ett rättvist förvärv likställs sålunda med att den ursprungliga innehavaren blandat sitt arbete med den ifrågavarande saken. En rättvis överlåtelse likställs med att innehavaren frivilligt överlåtit denna sak. Ett rättvist statsskick likställs med det faktum att statens uppgifter bestämts genom frivilliga överenskommelser som skyddar så förvärvade innehav. Läran kan följaktligen kritiseras med användning av Moores öppna frågans argument. Man kan ställa sådana frågor som »visserligen har den ifrågavarande sakens förvärv grundats på arbete och frivilliga överlåtelser men är förvärvet rättvist?» och »visserligen har den ifrågavarande statens uppgifter bestämts genom frivilliga överenskommelser men är statsskicket rättvist?» Eftersom frågorna är meningsfulla kan rättvisa inte vara exakt detsamma som dessa fakta.

Å andra sidan har rättvisa utan tvekan ett visst samband med de av Nozick förespråkade vaga *prima facie*-värdena, såsom arbete och avtalsfrihet. Det är rättvist att grunda både ägandet och statens uppgifter på arbete och fria avtal, om inte viktiga etiska skäl talar för att även andra

hänsyn beaktas, t.ex. hänsynen till samhällets nya medlemmar. Men man förfogar inte över någon avvägningsfri metod att exakt fastställa vare sig vilka dessa hänsyn är eller hur stor vikt de skall tillmätas.

Följaktligen kan Nozicks teori lika lite som Rawls' lära uppfylla det »deontologiska» kravet på att det rättvisa samhällsskicket helt bestäms av universella och slutgiltiga normer som bör följas oavsett om deras konsekvenser är goda. I själva verket har läran både en teoretisk och en implicit praktisk innebörd. Den förra beror på rättvisans samband med de av Nozick förespråkade *prima facie*-värdena. Arbetets och de fria avtalens roll i samhällets historiska utveckling utgör onekligen kännetecken på samhällets rättvisa beskaffenhet. Lärans praktiska innebörd återspeglar det faktum att ett personligt val behövs vid en rättvis avvägning mellan olika slags *prima facie*-värden. Avtalsfrihet och arbete är viktiga värden men andra hänsyn kan också göra sig gällande.

5.5.5 *Vissa sammanfattande synpunkter avseende frågan om rättvisa och rättigheter*

A POÄNGEN MED RÄTTVISEBEDÖMNINGAR – IDÉN OM ETT »SUUM»

Poängen med rättvisebedömningar är att skilja mellan olika individers konkurrerande anspråk på att behandlas på ett visst sätt och att inneha vissa saker. Denna poäng är nära besläktad med den romerska idén om att rättvisa består i att man ständigt vill skilja det som är ens eget från det som tillhör andra (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*; Ulpianus, Dig. I.I.10, pr; jfr Tammelo 1971, 95).

B ETT »SUUM» OCH RÄTTIGHETER

Principen *suum cuique tribuere* kan inte överskattas. Flera hundra år senare tog europeiska filosofer och rättslärda vid där romarna hade slutat. Filosoferna gjorde läran om en människas egna sfär, ett *suum*, till naturrättslärans fundament (jfr avsnitt 2.3.1F och 5.5.1A ovan). Vid italienska, franska och tyska universitet omarbetades samtidigt den romerska rätten åter och åter tills tiden kom att använda den som utgångspunkt för olika nationella lagar. Romarnas föreställning om ett *suum* blev därmed privaträttens grundval. Den romerska rättens påverkan präglade hela kontinenten. Inte heller Sverige förblev oberört. Något senare underkastades de på *suum*-tanken uppbyggda naturrättsliga rättigheterna en rättspolitisk omarbetning som resulterade i ett antal internationella och nationella lagverk,

såsom Europakonventionen om mänskliga rättigheter och regeringsformens 2:a kapitel. Samtidigt inkluderades rättigheterna i den nutida läran om en demokratisk rättsstat (jfr avsnitt 1.4.3A och 1.5.3F ovan).

Sådana lagverk ger besked om vilka rättigheter som är rättsligt bindande. Såväl de svenska grundlagarna som Europakonventionen stadgar t.ex. att varje individ har yttrandefrihet. Rättigheternas yttersta grund förblir emellertid tämligen dunkel. *Varför* har man yttrandefrihet? Svaret »därför att lagstiftaren så bestämt» är ihåligt. Lagstiftarens ställningstagande har påverkats av föreställningen att yttrandefriheten *bör* lagfästas. Därför stiftades de ifrågavarande lagarna. Men varför bör denna frihet skyddas? Ett svar på denna fråga måste motiveras genom en avvägning av alla relevanta etiska värden.

C ÖVERGRIPANDE RÄTTVISEPRINCIPER

Medan de mänskliga rättigheterna således visade sig vara ett tacksamt kodifikationsämne har exakta definitioner av rättvisebegreppet knappast någon chans att bli adekvata. Många konkurrerande rättviseuppfattningar är lika rimliga. Det har bl.a. föreslagits att man vid en rättvisebedömning måste beakta följande principer:

1) lika skall behandlas lika, jfr avsnitt 5.5.2 ovan om jämlikhetslärorna;

2) de sämre ställda skall skyddas, jfr avsnitt 5.5.3 ovan om Rawls' differensprincip; och

3) välförvärvade rättigheter skall skyddas, jfr avsnitt 5.5.4 ovan om Nozicks lära.

Enligt många filosofer bestämmer blott en av dem i rättvisefrågor medan de andra egentligen är överflödiga. Men alla »endimensionella» rättviseläror kan kritiseras för sin ensidighet. En närmare analys har visat att rättvisan kräver en *avvägning* mellan dessa principer och andra värden. Att handla rättvist innebär att man optimalt väger alla hänsyn mot varandra (jfr t.ex. Tay 1979, 96). Det vanliga sättet att kritisera orättvisa beslut är ju att påpeka att vissa relevanta hänsyn inte beaktats.

Endast principen »lika skall behandlas lika» har en viss universell relevans för alla rättvisefrågor: Varje rättvisebedömning måste följa av en premissmängd som omfattar åtminstone en universell *prima facie*-princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar som ur en viss synvinkel liknar varandra. Principen »de sämre ställda skall skyddas» har ingen universell relevans för rättvisebedömningar. I många fall har rättvisa inget att göra med denna princip, jfr avsnitt 5.5.3 ovan. Inte heller principen »välförvärvade rättigheter skall skyddas» har en sådan universell

relevans. Visserligen måste varje rättvisebedömning innebära att en individ har rätt till en viss sak eller behandling. Men denna rätt behöver inte vara »välförvärvad» i någon historisk mening, jfr avsnitt 5.5.4 ovan.

Det kan således konstateras att en dom, en annan handling, en samhällsorganisation m.m. är rättvis om den uppfyller en norm, vilken utgör ett resultat av att man i det föreliggande fallet väger samman hänsyn till jämlikhet, skydd av de sämre ställda, välförvärvade rättigheter och andra etiska *prima facie*-värden.

D VISSA MER KONKRETA RÄTTVISEPRINCIPER

Man kan invända att de ovannämnda generella rättviseprinciperna är näst intill intetsägande. Angående t.ex. likhetsprincipen har vi ju sagt att det finns olika konkurrerande likhetsmått (förtjänst, arbete, behov m.m.), vilka måste vägas samman. För att få en vägledning behöver man alltså en mängd mer konkreta rättviseprinciper, vilka skulle besvara bl.a. följande frågor:

- när är det rättvist att fördela värden i proportion till arbete?,
- när är det rättvist att fördela värden i proportion till behov?,
- när är det rättvist att positivt särbehandla den sämst ställda?
- när är det rättvist att en individ behåller genom arbete och fria överlåtelser förvärvade nyttigheter?

Icke desto mindre utgör de mest generella rättviseprinciperna en nyttig »referensram» för konkretare rättviseprinciper. Genom att tillägga de mest generella rättviseprinciperna till de konkretare får man en sammanhängande (»koherent») struktur, dvs. de vaga principerna *stöder* de konkretare. M.a.o. följer de konkretare principerna av de mest generella tillsammans med vissa ytterligare rimliga premisser. Ett sådant sammanhang gör diskussionen om rättvisa rationell och medför även att man lättare finner och accepterar de konkretare rättviseprinciperna.

E EN SLUTGILTIG RÄTTVISEBEDÖMNING

Men inte ens de konkretare rättviseprinciperna är något mer än *prima facie*-etiska normer. Inte ens de kan bestämma slutgiltiga rättvisebedömningar i konkreta fall. Visserligen kan man säga när nyttigheterna *prima facie* bör fördelas efter arbetsinsats: så är t.ex. fallet då man är anställd i ett företag. Men det kan alltid finnas väl motiverade undantag. En person vars arbetsinsats är klart mindre än andra anställdas bör i vissa fall ha samma lön, t.ex. på grund av ett kollektivt avtal. En slutgiltig rättvisebedömning

måste alltid grunda sig på en sammanvägning av *alla* hänsyn som är relevanta i det ifrågavarande konkreta fallet. Ytterst bestäms en sådan avvägning av individens personliga ställningstaganden.

Visserligen är alla etiskt relevanta hänsyn universaliserbara (jfr avsnitt 5.4.1 ovan), dvs. tillämpliga på alla fall av ett visst slag. Varje etiskt relevant hänsyn bestäms följaktligen av en universell princip. De olika principernas *slutgiltiga* sammanvägning är emellertid rättvis endast om den beaktar det ifrågavarande konkreta fallets fullständiga kontext.

En konkret slutsats om att en handling, en samhällsorganisation m.m. slutgiltigt är rättvis kan därför inte följa av en premissmängd som endast omfattar en rättviseprincip och en faktabeskrivning. Å andra sidan följer slutsatsen »x är slutgiltigt rättvist» av en eller flera rättviseprinciper *tillsammans med vissa rimliga tilläggssatser*. En rättviseprincip kan bara *stöda* en slutgiltig och konkret rättvisebedömning, men den kan inte ensam bestämma bedömningen.

5.6 Gemenskapsetiken

5.6.1 Gemenskapsetiken i allmänhet

A INLEDNING

Såväl utilitarismen som rättvise- och rättighetslärorna präglas av individualism. De försöker grunda det etiskt goda på olika *individers* preferenser, olika *individers* behov och arbete, olika *individers* rationella val av en samhällsorganisation m.m. Dessa teorier kan även beskrivas som rent analytiska. De försöker montera ner samhället i dess minsta beståndsdelar – individer.

Detta individualistiska synsätt är emellertid förenat med stora problem.

Preferensutilitarismen har förvisso utvecklat en värdefull insikt i etikens övergripande mål – att följa människors preferenser. Den ger emellertid föga hjälp vid konkreta etiska beslut. Olika individers skilda preferenser kan visa sig vara ojämförliga; en godtagbar kompromiss kan vara omöjlig (jfr avsnitt 5.4.5E ovan).

En liknande kritik gäller rättviselärorna. Olika rättviseprinciper för värdefördelning kolliderar med varandra; ingen klar regel bestämmer det rätta valet mellan dem (jfr avsnitt 5.5.2C). Inte heller Rawls rättviseprinciper har någon säker grund. Det går inte att visa att alla rationella

individer måste följa Rawls strategi; för att göra det behöver de dessutom vara i någon mån avundsjuka och rädda för risktagande (se avsnitt 5.5.3F). Nozicks lära om välförvärvade rättigheter är likaledes omstridd: Saknar samhällets nya medlemmar, vilka föddes eller invandrade »för sent», all rätt till nyttigheters omfördelning? (jfr avsnitt 5.5.4F).

En ensam individ som utan något som helst stöd av traditionen försöker utröna det rättvisa i vårt oändligt komplexa samhälle har alltså inte någon lätt uppgift.

Utilitarismens och rättviselärornas misslyckanden banade vägen för den nyare gemenskapsinriktade (»*communitarian*») moralfilosofin. Liberalindividualistiska moralteorier misslyckades därför att de förbisett att

> »det gemensamma livet (*'(the shared life)'* behöver mer än en naken och defensiv individualism...» (Williams 1985, 104).

Om denna insikt beaktas kan inte

»den universalistiska synvinkeln... bestämma innehållet i en etisk teori för en given grupp... Detta var ursprungligen Hegels problem. Hegel kritiserade föredömligt den 'abstrakta' kantianska moralen och satte den i ett motsatsförhållande gentemot sedlighetsbegreppet, dvs. den konkret bestämda etiska tillvaro som uttryckte sig i lokala sedvänjor, en livsform som hade en särskild mening för de människor som levde i den... Hegels problem är det rätta problemet...» (id.).

Kort sagt kan en individ inte rationellt välja mellan olika etiska ståndpunkter, om han inte stöder sig på sitt samhälles kulturarv.

De individualistiska lärorna i allmänhet och Rawls' rättviseteori i synnerhet har

> »misslyckats med att ta på allvar det faktum att vi tillhör en gemenskap (*'our commonality'*»; Sandel 1982, 174).

Så är fallet eftersom de hävdar

> »att vi betraktar oss själva som oberoende... i den betydelsen, att vår identitet aldrig bestäms av våra förbindelser (*'attachements'*)» (id., 175).

Men

> »vi kan betrakta oss själva som såtillvida oberoende endast på bekostnad av de lojaliteter och övertygelser som har sin etiska styrka... tack vare att det inte går

att skilja ett liv som bygger på dem från vår självförståelse som skilda personer... – som medlemmar av den här familjen eller gemenskapen eller nationaliteten eller folkgruppen, som bärare av den här historien, som söner eller döttrar av den här revolutionen, som medborgare av den här republiken»; Sandel 1982, 179, jfr Sandel 1993, 102.

Under intryck av denna kritik har Rawls (1993, 27 och n 29) förtydligat sin teori: Han anser inte att en människas identitet är oberoende av hennes samhälleliga bakgrund, utan endast att man för vissa ändamål måste bortse från denna.

Rawls' differensprincip, »liksom utilitarismen, är en delandets princip. Som sådan måste den förutsätta något grundläggande moraliskt band mellan dem vilkas tillgångar den tar i anspråk och dem vars ansträngningar den sätter i en gemensam saks tjänst. Annars är den helt enkelt en formel för att använda somliga som medel för andras mål, en formel som liberalismen är förpliktad att förkasta» (Sandel 1993, 101).

Vidare formar samhället de enskilda individernas identitet.

»(I)ngenting som kan betraktas som en *person* skulle kunna existera annat än i en omvärld av andra personer» (Simmonds 1988, 35). Vidare uppfattar en (normal) människa sin identitet (sitt »jag») som delvis bestämd av sitt samhälles etiska kulturarv. »(S)amhället bestämmer inte blott vad... (de enskilda) *har*... utan även vad de *är*, inte någon relation de väljer... utan... deras identitet» (Sandel 1982, 150). En människa väljer inte sin etik, utan hennes personlighet genomsyras av den. En starkare tes utgår från att en människa vill överleva som den person hon är. Varje avsteg från den etablerade etiken hotar i viss mån hennes överlevnad i denna mening (jfr Spector 1993, 178 ff.).

Sådana teorier innehåller en »sund kärna» fast antagandet om jagets egenskaper kan ifrågasättas. Att en människa uppfattar sig själv som ett distinkt »jag» innebär att hon upplever *sin* (fria) vilja, *sina* känslor och *sina* tankar (jfr Descartes' maxim: jag tänker, alltså jag finns till). Hon upplever sig själv som en enhet med vilken viljan, känslorna och tankarna således hänger samman. Förvisso vet en normal människa dessutom att hon är en av flera personer och att hennes psykiska liv på något sätt påverkas av samhället. Men det är tveksamt om viljans, känslornas och tankarnas närmare beskaffenhet, innehåll och samband med samhället är logiskt nödvändigt sammanbundna med begreppet »jag».

Kort sagt, grundvärdena är förankrade i en bestämd gemenskap och de bestäms av kulturarvet. De liberala individualisterna ser inte detta eftersom de utgår från en förenklad teori om människans natur. En människa är för dem enbart en egennyttomaximerare, en egoist som liknar *homo*

oeconomicus. I själva verket är hon emellertid även en social varelse, *homo socialis*.

> »Således är den skisserade tesen om de sociala betingelserna för frihet grundad i föreställningen, för det första, att utvecklad frihet kräver en viss självförståelse, som gör strävan till autonomi och självstyre begriplig; och för det andra, att denna självförståelse inte är något vi kan uppehålla på egen hand, men att vår identitet alltid delvis bestäms i samtal med andra eller genom den gemensamma förståelse som ligger bakom praxis i vårt samhälle» (Taylor 1993, 85). Den fria individen, bäraren av rättigheterna kan uppnå sin identitet endast tack vare att han ingår i en utvecklad liberal civilisation. Det är »en absurditet att placera detta subjekt i ett naturtillstånd där han aldrig skulle kunna forma sin identitet och således aldrig genom kontrakt skapa ett samhälle som respekterade den» (id. 86).

Ur en annan synvinkel kan följande konstateras: den rent analytiska metod som liberalindividualistiska teorier tillämpar är inte tillfredsställande. För att få grepp över etiska problem måste man se samhället som en helhet.

B RÄTTVISA SOM ETT AV FLERA VÄRDEN

Rättvisan kan därför inte vara det högsta värdet, utan är ett av flera värden av högsta dignitet (jfr t.ex. Tammelo 1971, 51 och 57-58; 1980, 35 och 1977, 134-135; Feinberg 1975, 116 och Nowell-Smith 1973, 320 ff.) som måste jämkas samman.

Det rättvisa kan således uppfattas som ett särfall av det etiskt goda. En handling är rättvis, om den

- består av en etiskt god fördelning av vissa värden mellan olika mottagare (*distributiv rättvisa*), eller
- uttrycker tanken på en etiskt god ömsesidighet och balans mellan parterna (*kommutativ rättvisa*).

Det ovan sagda har bl.a. följande konsekvenser. En slutgiltig rättvisebedömning kan således betraktas som ett särfall av en slutgiltig etisk bedömning. Är en konkret handling, H, *slutgiltigt* rättvis är den också slutgiltigt god i etisk mening. Att en konkret handling är slutgiltigt rättvis innebär följaktligen att man har en slutgiltig etisk skyldighet att utföra handlingen. Är handlingen H slutgiltigt orättvis är den också slutgiltigt ond i etisk mening. Är handlingen H *prima facie* orättvis är den inte slutgiltigt god, om det inte är så att övervägande etiska skäl stöder den motsatta uppfattningen. Är orättvisan med handlingen H *prima facie* mycket stor krävs det synnerligen tungt vägande etiska skäl för att ändå kunna uppfatta H som slutgiltigt god. Kanske är vissa *prima facie*-orättvisor så stora, att

inga motskäl kan göra en handling som behäftas med dem slutgiltigt god i etisk mening.

5.6.2 Ett exempel på gemenskapsetik: MacIntyres dygdlära

A EN DUGLIGHETSLÄRA

Den centrala tanken i *Alasdair MacIntyres* teori (1981) är att etisk godhet är detsamma som dygd, dvs. ett slags duglighet. Idén har hämtats från *Aristoteles*.

> »På samma sätt gör hästens 'dygd' (duglighet) att det är en bra häst, att den springer bra, att den bär upp ryttaren bra och håller bra stånd mot fienden. Ifall det förhåller sig på samma sätt med allt annat, så består också människans dygd i den hållning genom vilken hon själv är en god människa och utför sitt verk väl» (Aristoteles NE, bok II 1105 b6, jfr Marc-Wogau 1970, band 1, 217).
>
> Man bör undvika missförstånd angående ordet 'dygd'. Det grekiska orden *arete* betyder både duglighet och dygd. *Arete* har översatts till det latinska *virtus*, det engelska *virtue* och det svenska »dygd». Denna översättning kan uppfattas som för snäv då den kan leda tankarna till religion, gammaldags sexualmoral m.m. Ordet »duglighet» är att föredra. I vissa fall kan det talas om »etisk duglighet».

I enlighet med Aristoteles' läror utgår MacIntyre från antagandet att den begreppsliga relationen mellan »människa» och »god människa» är samma som mellan »schackspelare» och »bra schackspelare». En bra schackspelare är en duktig (duglig) sådan. Han är bra på att spela schack. M.a.o. uppfyller han i hög grad vissa förträfflighetsmått, typiska för schackspelet. Han kan finna svaga punkter i en schackställning. Har han en fördel kan han finna en vinnande spelplan. Han kan räkna ut många varianter. Han gör få fel. Sådana egenskaper utgör schackspelets *interna värden*, vilka endast kan uppstå då man spelar schack. Schackspelet är en *verksamhet* (*practice*).

B OLIKA VERKSAMHETER

Andra verksamheter kan inte definieras så exakt men ändå karakteriseras genom vissa underförstådda ändamål, förträfflighetsmått och interna värden (jfr MacIntyre 1981, 175). När man t.ex. bildar familj inleder man en verksamhet vars komplexa ändamål innefattar att man tar hand om sina barn. Genom att tillträda en offentlig tjänst inleder man en verksamhet

vars interna värden innefattar att man lojalt följer lagar och föreskrifter. På så vis grundar MacIntyre sin lära på en vidareutveckling av idén om att x är gott för ett visst ändamål.

C ETISK DUGLIGHET

Först därefter definierar han begreppet »etisk duglighet». Olika verksamheter påverkar varandra och bildar ett komplicerat system i ständig utveckling. En människas etiska duglighet bestäms av hennes samhälleliga roller (jfr id. 201) och »narrativ historia», dvs. en historisk utveckling av den relation vari hon står i förhållande till familj, stad, nation m.m. (id. 184). En *etiskt duglig* människa är en sådan som harmoniskt kan uppfylla de mål och förträfflighetsmått samt skapa de värden som kännetecknar olika verksamheter. Den etiskt duglige har både förmågan och benägenheten att finna den rätta medelvägen mellan de ibland motstridande krav som olika verksamheter ställer.

Teorin om att dygd gör att man både kan och vill välja den rätta medelvägen utgör en av de centrala tankarna i Aristoteles' filosofi.

Vid denna sammanvägningsverksamhet skapas värden som karakteriserar individens livshistoria i stort. På samma sätt uppstår komplexa värden som präglar den gemenskap (*community*) som den ifrågavarande individen hör till (jfr MacIntyre 1994, 284 och 286 ff.).

Den värdebärande gemenskapen uppfattas av MacIntyre som småskalig och lokal, klart mindre än en nationalstat (jfr id. 302 ff.). Enligt min mening är denna uppfattning alltför enkel, jfr avsnitt 5.8.5B nedan.

D TRADITION

Verksamheterna är förankrade i samhälleliga traditioner. Varje individ är en traditionsbärare. En tradition är ett oumbärligt »argument» som hjälper individen att finna det etiskt goda. Aristoteles' moralfilosofi, Thomas av Aquinos' morallära, den skotska värderelativismen och den moralfilosofiska liberalismen uppfattas av MacIntyre som fyra skilda traditioner.

Jfr MacIntyre 1988 *passim*. Jfr även vissa justeringar i MacIntyre 1990: Liberalismen kännetecknar det moderna projektet, exemplifierat av *Encyclopaedia Britannica*. Värderelativismen exemplifieras genom Nitzsches *Moralens genealogi*. Thomismen uppfattas som en vidareutveckling av Aristoteles' läror.

Varje tradition omfattar vissa grundvärderingar och rationalitetsuppfattningar (jfr t.ex. MacIntyre 1988, 2 och 7) som inom traditionen tas för givna och nästan aldrig kritiseras. Den är förankrad i bestämda samhälleliga och politiska institutioner (id. 349 och 389 ff.). Den uppställer sina egna krav på rationell argumentation och problemlösning (jfr MacIntyre 1994, 292).

En levande tradition är emellertid inte statisk, utan den utvecklas genom ständigt samspel av kontinuitet och konflikter.

Jfr MacIntyre 1981, 206-7. Denna idé utvecklas i detalj i MacIntyre 1988 och MacIntyre 1990.

En tradition kan följaktligen omfatta olika inbördes oförenliga läror. Den liberala traditionen präglas t.ex. av olösliga debatter mellan utilitarister, rättighetsfilosofer, samhällsfördragsteoretiker och kantianer (jfr MacIntyre 1994, 292).

Rationell argumentation sker i regel inom en bestämd tradition. En rationell debatt mellan olika traditioners företrädare försvåras däremot av att dessa är ojämförbara: ord ändrar mening vid övergången från en tradition till en annan.

MacIntyre (1988, 351) medger att vissa rationalitetskrav, t.ex. rent logiska sådana, är gemensamma för olika traditioner men han tror inte att de är tillräckliga för att skapa moralfilosofisk åsiktsgemenskap.

Inre motsättningar kan emellertid leda till en traditions kris. En sådan kris gör ett kritiskt meningsutbyte med främmande traditioner både möjligt och nyttigt, förutsatt att man kan utvidga och berika den egna traditionens språk (jfr MacIntyre 1988, 365). På så sätt berikade t.ex. Cicero latinet för att kunna uttrycka vissa tankar som hittills endast kunde sägas på grekiska (MacIntyre 1994, 297).

I sina senare skrifter ansluter sig MacIntyre till Thomas av Aquinos filosofiska tradition och även till den katolska kyrkans läror. Han antyder att denna tradition besitter intellektuella resurser som på ett överlägset sätt kan förklara varför de konkurrerande traditionerna måste förkastas (jfr id. 298 och MacIntyre 1990, 140).

E FÖRTJÄNST

En duktig schackspelare *förtjänar* att vinna mot en mindre duktig sådan. En duktig tjänsteman förtjänar att ha sin myndighetsställning. En etiskt duglig människa förtjänar beröm.

Genom att påpeka detta skiljer sig MacIntyre fördelaktigt från vissa andra moralfilosofer, vilka helt eliminerar idén om förtjänst, bl.a. under åberopande av att den duktige inte förtjänar någonting eftersom hans duktighet enbart orsakats av »etiskt irrelevanta faktorer», såsom talanger och utbildning (jfr t.ex. Rawls 1971, 102 och 311-2; se MacIntyres kritik: 1981, 232 ff.).

F KRITIK

MacIntyres lära kan visserligen kritiseras men kritiken kan i viss mån bemötas av övervägande argument.

1. Att beskriva en verksamhet är en sak, att fastslå dess mål och interna värden en annan. Kan en *värde*sats följa av en beskrivning? *Se* avsnitt 5.8.9 nedan!

2. Kan man verkligen fastställa de interna värden, mål och förträffighetsmått som karakteriserar så komplexa verksamheter som t.ex. politiken? Är åsikter om olika verksamheters mål och värden inte allt för vaga och omstridda? Vad är t.ex. det politiska livets huvudmål? En liberal skulle kanske säga att politiken bör slå vakt om friheten, en konservativ att den bör skydda äganderätt och främja ordning, en socialist att den bör slå vakt om jämlikheten mellan människor och en nationalist att den bör tjäna de nationella särdragens bevarande. Så är fallet därför att olika ideologier innebär olika preciseringar och olika avvägningar av de *prima facie*-värden som konkurrerar i det politiska livet. Men man kan genom en värderande debatt enas om rätt mycket. Visserligen kan vi inte hoppas på att alla blir eniga om alla detaljer angående dessa värden. Men alla kan bli ense om vissa *vaga* beskrivningar av dem. Det skulle t.ex. vara absurt att påstå att omtanke om medborgarnas bästa överhuvudtaget inte utgör något delmål för det politiska livet. Dessutom kan vissa extrema och helt okontroversiella situationer beskrivas där ett visst politiskt värde väger tyngst. Få svenska medborgare skulle t.ex. numera ifrågasätta den på jämlikhetsidealet baserade tanken att en viss minimal levnadsnivå måste tillförsäkras alla, oavsett de för ändamålet nödvändiga mindre begränsningarna av näringsfriheten. Lika få skulle vara benägna att sträva efter en absolut jämlikhet som utesluter all frihet.

Förvisso är MacIntyres lära vag. I stället för att klart definiera det etiskt goda säger MacIntyre blott att man bör söka det i olika etablerade verksamheter. *Avvägningsfrågorna* befinner sig utan tvekan i lärans centrum. För att finna den rätta medelvägen mellan de konkurrerande interna värden, mål och förträfflighetsmått som karakteriserar olika verksamheter måste den etiskt duglige utföra en rad avvägningar.

3. Kan man verkligen finna den optimala avvägningen mellan olika värden, förträfflighetsmått och ändamål som karakteriserar *olika* verksamheter? Vissa människor sätter t.ex. familjelivet och sällskapslivet i främsta rummet, andra söker framgång i arbetslivet eller politiken. Var ligger den rätta medelvägen mellan familjemänniskans och karriärmänniskans levnadsideal?

Visserligen är det svårt att finna den rätta medelvägen mellan olika verksamheters mål m.m., men man vet vilka *prima facie*-värden som skall beaktas. Dessutom kan man *försöka argumentera för sin avvägning*. Argumentationen kan aldrig bli logiskt tvingande men den kan leda till såväl ökad klarhet som ökad enighet.

Något ligger kanske i följande ord av MacIntyre:

> »Det goda livet för en människa är det liv som ägnas åt att söka det goda livet för en människa, och de dygder som är nödvändiga för sökandet gör det möjligt för oss att förstå vad det goda livet därutöver är» (1981, 204).

MacIntyre gör gällande att satsen »A är en god människa» är liktydig med en komplex sats som förenklat kan uttryckas på följande sätt: »A kan harmoniskt väga samman de mål som karakteriserar olika mänskliga verksamheter».

Den ifrågavarande satsen är som sagt vag. Dess precisering i ett konkret fall förutsätter att man genom olika slags avvägningar fastställer såväl delmålen som dess prioritetsordning. All sådan sammanvägning involverar inte blott moraltänkarens kunskap utan även hans personliga preferenser.

Följaktligen har MacIntyres lära i själva verket både en viss teoretisk och en viss praktisk innebörd. Den förra beror bl.a. på den etiska dugligheten samband med vissa bestämda verksamheter, den senare återspeglar ett personligt val vid preciseringen av verksamheternas mål och deras harmoniska sammanvägning.

5.6.3 Gemenskapsetikens huvudproblem

Gemenskapsetiken kan kritiseras på följande principiella sätt. Förvisso måste etiken byggas på ett konkret samhälles kulturarv, dess sedvänjor. Men »denna teori leder oundvikligen till frågan hur pass lokala dessa sedvänjor får vara (*'can properly remain'*), och om de inte kan kritiseras, rangordnas eller överskridas (*'be transcended'*)» (Williams 1985, 104).

För att korrekt besvara dessa frågor måste man enligt min mening beakta följande.

- Den etiska gemenskapen kan uppfattas som ett system av olika verksamheter och värden med mycket skild geografiska och historiska utsträckning (se avsnitt 5.8.5B nedan).
- Genom en förnuftig avvägning kan man finna den rätta medelvägen mellan de krav som olika verksamheter ställer. Vid denna avvägning skapas nya värden som överskrider kulturarvet (jfr avsnitt 5.9.6 nedan).
- Vissa medfödda funktioner och begrepp som betingar allt tänkande och språk gäller alla människor, oavsett deras kulturtillhörighet (jfr avsnitt 5.8.5D nedan).

Kort sagt: det behövs en syntes varvid olika etiska lärors insikter tas på allvar, men överdrivna synpunkter justeras.

5.7 Praktisk mening

5.7.1 Praktisk mening hos normsatser

A INLEDNING

I fortsättningen kommer följande teori att utvecklas:

En etisk eller juridisk norm- respektive värdesats har *både* en praktisk *och* en teoretisk mening. Den förra innebär att satsen är ägnad att uttrycka vissa personliga *attityder* och utgöra skäl till *handling* samt att den har ett nödvändigt samband med *avvägningar*. Genom att uppfatta ett individuellt, konkret föremål som värdefullt uttrycker man en viss attityd gentemot föremålet. Den nedan utvecklade teorin om praktisk mening har i många avseenden inspirerats av värdenihilismen.

Teoretisk mening av norm- och värdesatser skall behandlas i avsnitt 5.8 och 5.9 nedan.

B ALLMÄNT OM PRAKTISK MENING

En normsats eller en värdesats har först och främst en viss praktisk mening.

En normsats uttrycker ett påbud, ett förbud, en tillåtelse eller en normativ kvalifikation (se avsnitt 2.6.5–2.6.7 ovan).

I en viss mening uttrycker alla normsatser en kvalifikation, den kvalificerar t.ex. vissa handlingar eller förhållanden som förbjudna, påbjudna, tillåtna osv.; och ur en annan synvinkel som normenliga respektive normstridiga. Satsen »Pelle skall inte parkera sin bil här» kvalificerar således Pelles handling, att parkera bilen på viss plats, som förbjuden och normstridig. *Se* avsnitt 2.6.2 ovan och 8.5.2E3 nedan.

Den viktigaste uppgiften för en normsats är att påverka människor dvs. att framkalla vissa slags handlingar och undertrycka andra.

En normsats utgör ett skäl till handling.

Detta är självklart om normsatsen uttrycker en *handlings*regel.

- Låt oss först anta att en *slutgiltig* regel förpliktar Kalle att utföra en viss handling och att Kalle uppriktigt godkänner regeln. Det vore då i ljuset av det etiska språket och den etiska kulturen besynnerligt om han således godkänt påbudet och ändå vägrat att utföra den påbjudna handlingen.
- Låt oss nu anta att en *prima facie*-regel förpliktar Kalle att utföra en viss handling och att Kalle uppriktigt godkänner regeln. Det vore då besynnerligt om han

– vägrat att utföra handlingen och samtidigt
– vägrat att genom en avvägning förvissa sig om det finns några övervägande skäl för att inte utföra denna handling.

Även målnormer måste uppfattas som skäl till handling. Låt oss t.ex. anta att Kalle uppriktigt godkänner en *slutgiltig* norm enligt vilken att angivet mål bör förverkligas. Det vore då besynnerligt om han önskar sig att det godkända målet *inte* förverkligas.

Konstitutiva normer, däribland rättsliga kvalifikationsnormer, måste likaledes kunna sättas i ett samband med vissa handlingsregler och således bidra till att man får exakt besked om vilka handlingar som är påbjudna respektive förbjudna. Möjligheten att fungera i ett sådant sammanhang är poängen med kvalifikationsnormer (jfr avsnitt 2.6.5 ovan).

Att normer således är handlings*skäl* innebär att de är ägnade att rättfärdiga (rationellt motivera) handlingar. Därav följer *inte* det »inter-

nalistiska» antagandet, enligt vilket en person som uttalar en norm måste uppleva den som faktiskt handlingsmotiv.

Förvisso brukar en normal människa i en stor omfattning följa rationella handlingsskäl (jfr avsnitt 5.8.5A nedan). Men det tycks vara logiskt tänkbart att en människa är icke-rationell och saknar benägenhet att utföra de handlingar som hon rationellt sett borde utföra (jfr t.ex. Grice 1978, 168 ff.).

Eftersom den ovan utvecklade teorin inte omfattar det internalistiska antagandet kan den betecknas som »externalistisk». Praktisk mening hos normsatser definieras m.a.o. rent språkligt (»objektivt»), inte psykologiskt. Angående denna distinktion se t.ex. Spector 1993, 113 ff. och 132 ff.

C NORMER OCH VILJA

En viktig fråga rör sammanhanget mellan en norm och *viljan*. Det måste skiljas mellan fyra olika ting:

a) Utfärdandet respektive hävdandet av en normsats *orsakas* av en viss individs vilja. Det kan t.ex. utgöra ett medel som en politiker använder sig av när han vill förverkliga ett mål.

b) Det behöver emellertid inte finnas någon bestämd individ som vill exakt det som en normsats bestämmer. En norm kan skapas av en institution, t.ex. riksdagen, genom ett komplext samarbete mellan flera individer (jfr Olivecrona 1939, 32 ff. och 1971, 18 ff., 1976, 128 ff. osv.).

c) Utfärdandet respektive hävdandet av en normsats *orsakar* att vissa människor tänker på att någons vilja motsvarar normen. Om något är påbjudet, tänker sig många att »man» vill det, om något är förbjudet, tänker de sig att »man» inte vill det.

En norm måste ha skapats av någon, och dess skapare måste ha velat något. Men det är inte alltid klart vilken individs vilja det rör sig om. Inte heller är det klart vilket exakt innehåll viljan hade.

Enligt Harris (1979, 39) är idén att »alla normer utgör meningen hos viljeakter... acceptabel förutsatt att den endast syftar på den logiska kategorin till vilken alla normer hör, inte på några antaganden om faktisk vilja». Det är därför förklarligt att så många tänkare (egentligen felaktigt) uppfattat normsatser som viljeuttryck, jfr t.ex. Kelsen 1960, 4 ff.. Men idén om en norm som en mening hos en viljeakt är *inte* acceptabel, inte ens som en »logisk kategori». Förhållandet mellan normer och viljan är mer komplext: man måste beakta såväl normgivarens som adressater-

nas viljor. Dessutom har normer tillika en teoretisk mening. Den sistnämnda omständigheten medför att normer är mer komplexa än imperativer eller emotiver.

En sats som
- saknar teoretisk mening och
- har en praktisk mening,
- vilken är detsamma som en mening hos en viss individs viljeakt

kan betecknas som ett *imperativ*.

Om ett imperativ riktar sig till en konkret, utpekad person kan den betecknas som en *befallning*.

En sats som
- saknar teoretisk mening och
- har en praktisk mening,
- vilken innebär att denna sats av vissa människor i enlighet med sin mening betraktas på samma sätt som ett imperativ, trots att den befallande personen inte kan identifieras som någon individ kan betecknas som ett *fristående* imperativ (en fristående befallning). Jfr Olivecrona 1939, 42 ff., 1971, 128 ff. och 1976, 118 ff.

En sats som
- saknar teoretisk mening och
- har en praktisk mening,
- vilken är detsamma som en mening hos en viss individs känslouttryck

kan betecknas som ett *emotiv*.

d) Utfärdandet respektive hävdandet av en normsats *orsakar* att vissa människor har en benägenhet att vilja det som normen kräver. En normsats utgör som sagt ett skäl till handling. En handling förutsätter viljan att utföra handlingen. Det är emellertid inte fråga om normgivarens utan om adressatens vilja.

Förvisso upplever normadressaten sin vilja som fri (jfr t.ex. Kant 1785, BA 101). Han kan emellertid erkänna att normen utövar ett visst motivationstryck på hans vilja.

Endast »internalister» anser att normer är logiskt sammanbundna med handlingsmotiven. Men även »externalister» kan godkänna att normer på ett svagare sätt bidrar till motivationsprocessen.

e) En norms själva *mening* är alltså sådan att man inte kan fullt förstå den om man inte tänker på en vilja. Vad som är påbjudet är just det som det finns skäl att vilja. Men för att förstå normen behöver man inte ha någon exakt föreställning om vilka dessa skäl är.

En norms mening inkluderar en komponent som motsvarar det latinska ordet »*ut*» (»låt det bli att»; Opalek 1973, 222 och 1974, 49 ff.; jfr Hare 1952, 17 ff. om »*neustic*»). Denna komponent gör en normsats till ett handlingsskäl i logisk bemärkelse.

5.7.2 Praktisk mening hos värdesatser

En *värdesats* uttrycker ett värdeomdöme; den förmedlar t.ex. en uppfattning om att något är vackert, fult, gott eller ont. Därmed uppmuntrar den till en viss personlig *attityd*, såsom ett gillande eller ogillande av en handling, ett föremål, en person, ett tillstånd m.m. En värdesats kan följaktligen utgöra ett skäl till *handling*.

- Anta att Kalle ges tillfälle att utföra handlingen H och uppriktigt godkänner en *prima facie*-värdesats enligt vilken H är en etiskt god handling. Det vore då i ljuset av det etiska språket och den etiska kulturen besynnerligt om han
- vägrat att utföra handlingen och samtidigt
- vägrat att genom en avvägning förvissa sig om huruvida något annat värde väger tyngre i det ifrågavarande fallet.
- Anta nu att Kalle ges tillfälle att utföra handlingen H och uppriktigt godkänner en *slutgiltig* värdesats enligt vilken H är en etiskt så pass god handling att allt som är oförenligt med H är sämre. Det vore då besynnerligt om han vägrar att utföra handlingen.

Att värdesatser således är handlings*skäl* innebär att de är ägnade att rättfärdiga (rationellt motivera) handlingar. Därav följer visserligen inte något »internalistiskt» antagande att de med logiskt nödvändighet måste utgöra psykologiska handlingsmotiv (jfr avsnitt 5.7.1A ovan). Men normala människor har en viss benägenhet att uppträda rationellt, se återigen avsnitt 5.8.5A nedan.

5.8 Norm- och värdesatsers teoretiska mening – *prima facie*-värden och värdeprinciper

5.8.1 Motiverbarhet och teoretisk mening av etiska och juridiska norm- och värdesatser

A FRÅGAN »VARFÖR?»

Fast etiska och juridiska norm- och värdesatser är ägnade att uttrycka vissa attityder och känslor samt utgöra skäl till handling är de inte *bara* känslouttryck. Man kan ställa sådana frågor som *varför* den och den handlingen är god eller ond och *varför* den och den handlingen bör utföras (jfr t.ex. Alexy 1989, 127; jfr Popper 1966, 384 ff.). En sådan sats ger nämligen vid handen att en viss attityd är berättigad, dvs. kan stödas på skäl. Svar på sådana frågor kan *motiveras* på ett rationellt sätt. Man kan ge skäl som stöder den ifrågavarande satsen. Förmågan att ställa och besvara frågan »varför?» är väsentlig för mänskligt tänkande och tankeutbyte.

Det ovan sagda gäller alla etiska och juridiska värdesatser. Om någon som t.ex. gjort gällande att en bestämd individ är en god människa möter frågan »varför?» kan han ge ett meningsfullt svar, såsom att denna person brukar hjälpa sina medmänniskor. Om någon som hävdat att ett avtalsvillkor är oskäligt tillfrågas »varför?» kan han t.ex. säga att avtalet endast tjänar den starkare partens intressen.

Juridiska och etiska normsatser behöver likaledes en motivering. Om någon förespråkar en bestämd tolkning av en lagbestämmelse måste han givetvis kunna motivera sin uppfattning. Detsamma gäller etiska, bl.a. rättspolitiska normsatser. En sådan sats uttrycker t.ex. ett påbud eller ett förbud, vars förmåga att övertyga människor beror på de skäl som stöder det; t.ex. »straff bör stadgas för narkotikamissbruk». Om någon frågar »varför?» kan man t.ex. säga »... eftersom ett sådant straff skulle minska missbruket». Frågar man då vidare »varför skall narkotikamissbruket minskas?», svarar man t.ex. »... därför att narkotikamissbruket är vanebildande och orsakar mera lidande än lycka».

En individ kan förvisso uttala en *meningsfull* värde- eller normsats utan att vara beredd att motivera den. Men den omotiverade satsen *kan* motiveras, sakligt eller åtminstone genom att vissa skäl anförs som stöder den talandes eller t.ex. grundlagarnas *auktoritet*. Den omotiverade satsen kan t.o.m. *tyst förutsätta* en viss motivering.

Förvisso är följande dialog möjlig: »- Alla medborgare skall efterleva grundlagarna!» »- Varför det?» »- Vilken dum fråga! De *skall* göra det!!»

Skyldigheten att följa grundlagen framstår här som så pass uppenbar att någon motivering inte behövs. Detta är emellertid en illusion. Motiveringen behövs inte i ett juridiskt sammanhang, men den är nödvändig om skyldigheten att lyda lagen ifrågasätts i en filosofisk eller politisk debatt, t.ex. då man behandlar statens legitimitet.

Estetiska värdesatser är också motiverbara, t.ex. »den här tavlan är vacker». Frågar någon »varför?» kan man då säga »... eftersom den är så harmonisk, förmedlar ett intryck av rörelse» m.m.

Förvisso finns det även »rent» praktiska satser som inte behöver motiveras. Dessa är emellertid rena känslouttryck som inte förtjänar namnet »värde-» respektive »normsatser». Exempelvis kan följande dialog tänkas: »- Den här surströmmingen är utsökt!» »- Men den luktar så illa...» »- Det spelar ingen roll hur den luktar; *jag* tycker om den!». Det skulle vara besynnerligt att i detta sammanhang kalla satsen »den här surströmmingen är utsökt» för en värdesats. Ett smakomdöme kan förvisso uttryckas i en estetisk värdesats, t.ex. om det uttalas av en köksmästare. Denne kan emellertid motivera sin uppfattning.

Vissa befallningar kan likaledes ges utan någon motivering; t.ex. »tänd lampan!» »- Varför det?» »Jag sa' tänd lampan!!» Återigen skulle det vara besynnerligt att kalla en sådan befallning för en normsats. Vill man dessutom att befallningen skall åtlydas måste man åtminstone antyda ett svar på varför-frågan. Svaret kan vara sakligt, t.ex. »därför att det är mörkt», eller inte, t.ex. »annars får du stryk», men det sistnämnda är också ett svar.

B OLIKA SÄTT ATT MOTIVERA ETISKA NORM- OCH VÄRDESATSER

Det finns olika sätt att motivera etiska respektive juridiska satser. Låt mig nämna två av dessa, nämligen motivering i anslutning till orsakssammanhanget mellan mål och medel och motivering i anslutning till sammanvägning av olika värden respektive principer.

Motiveringen i anslutning till orsakssambandet mellan mål och medel belyses genom följande exempel. Man *antar* först målet, att minska narkotikamissbruket. Man konstaterar så att endast ett straff för narkotikamissbruk skulle orsaka denna minskning. Man drar härav slutsatsen att ett straff för narkotikamissbruk bör införas. Slutledningen utgör ett särfall av en s.k. teleologisk argumentation. Se avsnitt 4.10.1 ovan.

Motivering i anslutning till sammanvägning av olika principer och värden kommer att behandlas nedan. Sammanvägningen motiveras med ytterligare skäl. Ju bättre skälen samverkar, desto bättre grund har slutsatsen (se bl.a. avsnitt 7.1 och 7.8 nedan). Genom att i ett sådant samman-

hang hävda att en värderande eller normativ slutsats »objektivt» är bättre än en annan avlägsnar sig den ifrågavarande teorin återigen från emotivistens föreställningsvärld.

C BEGREPPET TEORETISK MENING AV NORM- OCH VÄRDESATSER

Motiverbarhet och rationalitet hänger samman med att etiska och juridiska norm- och värdesatser förutom sin praktiska mening även har en bestämd teoretisk mening. Det innebär att vissa »värdegrundande» fakta är *prima facie* kännetecken på att en viss handling skall utföras, att vissa personer, handlingar eller föremål är goda, onda, vackra, fula m.m. (jfr t.ex. Taylor 1978, 55). Sådana kännetecken bestäms dels av språkliga konventioner, dels av en historiskt utvecklad enighet inom vår kulturkrets om vad som är *prima facie* värdegrundande och bör beaktas vid en etisk avvägning.

Sådana kännetecken är sålunda inte beroende av en individs godtyckliga beslut (jfr t.ex. Jareborg 1975, 129 ff., med referens till Philippa Foot o.a.).

Följande en viss filosofisk terminologi kan man kalla teoretisk mening av en norm- respektive värdesats för dess »propositionella innehåll» och uppfatta satsens praktiska mening som en beståndsdel av dess »illokutionära kraft» (se vidare Peczenik och Spector 451 ff.; i anslutning till *J L Austins* väl kända terminologi, jfr Austin 1962, 99 ff.).

Genom att knyta etiska och juridiska norm- och värdesatser till en historiskt utvecklad enighet inom vår kulturkrets beaktar den ifrågavarande teorin *gemenskapsetikens* centrala insikt.

5.8.2 Principer, etiska läror och värden

A PRINCIPER

A1 Begreppet värdeprincip. En stor del av etiken och en icke oväsentlig del av rätten består av *principer* (grundsatser, »riktlinjer»).

Principer har debatterats livligt inom den moderna rättsfilosofin. Debatten försvåras av att ordet »princip» är vagt och måhända t.o.m. mångtydigt. I varje fall finns det olika slags principer (jfr t.ex. Alexy 1985, 71 ff.; Dworkin 1977, 14 ff.; Eckhoff. 1980, 145 ff. med hänvisningar till nordisk litteratur; Ekelöf 1956, 207 ff.; Esser 1964, 39 ff.; Jörgensen 1970, 96 ff.).

Ordet »princip» syftar ofta på viktiga och generella normer. I många juridiskt och etiskt relevanta sammanhang kan begreppet »princip» preciseras som en norm vilken uppställer ett visst ideal. Jag skall behandla endast denna betydelse av ordet. Låt mig kalla sådana principer för *värdeprinciper*. En värdeprincip uppställer ett ideal. Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre.

1 kap. 2 § 1 st. regeringsformen kan tas som ett exempel. Bestämmelsen har följande lydelse: »Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.» Ju större respekten är för jämlikhet, frihet och värdighet, desto bättre är rättstillståndet i ljuset av denna bestämmelse. Bestämmelsen uttrycker egentligen följande *tre* värdeprinciper:

1) Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde.

2) Den offentliga makten skall utövas med respekt för den enskilda människans frihet.

3) Den offentliga makten skall utövas med respekt för den enskilda människans värdighet.

Varje värdeprincip uttrycker ett visst ideal, eller m.a.o. ett visst värde. Den kan t.ex. bestämma att jämlikhet, frihet eller mänsklig värdighet är värdefulla ting. Samma innehåll kan sålunda uttryckas på två sätt: man kan tala om värdeprinciper eller om värden. Det finns bara följande skillnad: medan en värdeprincip utsäger vad som *prima facie* bör göras bestämmer ett värde vad som *prima facie* är det bästa (Alexy 1985, 133).

A2 Principers roll i rättsordningen. Vissa värdeprinciper ingår i rättsordningens etiska värdebas. Varje rättsordning är uppbyggd kring vissa värden, mål och värdeprinciper. I västerländska rättssystem kan man som exempel nämna rättssäkerhetsprincipen och det därmed sammanbundna antagandet om att lagstiftaren är rationell. Marknadsekonomin baserar sig på principen om privat äganderätt. Basvärdena omfattar även olika etiska värdeprinciper vilka återspeglar generella uppfattningar om familjen, barnuppfostran osv. Sådana principer kan ligga till grund för positivrättsliga regler och institutioner. Å andra sidan åberopas de sällan för att motivera individuella avgöranden.

A3 Explicita och implicita principer. Vissa principer uttrycks direkt i lagen. Grundlagar innehåller ofta principer om jämlikhet, grundläggande fri-

och rättigheter såsom yttrandefrihet, föreningsfrihet och annat. Även privaträtten kan innehålla olika explicita principer.

Andra principer ligger till grund för och utgör generaliseringar av rättsregler. Följande exempel belyser deras karaktär. I Finland diskuterade man på 1970-talet frågan huruvida avtalsrätten innehöll en generell jämkningsprincip. Diskussionen ägde rum före tillkomsten av 36 § avtalslagen. Man kan även nämna principen »pacta sunt servanda» och den avtalsrättsliga godtrosprincipen.

A4 Olika slags rättsprinciper. Följande anspråkslösa exempellista belyser olika typer av rättsprinciper.

Principer om offentlig maktutövning. Individens rättigheter gentemot staten. Vissa principer kännetecknar en demokratisk rättsstat, t.ex.

- rättssäkerhetsprincipen; principen om likhet inför lagen; olika maktdelningsprinciper, inte minst om domstolarnas oavhängighet;
- principen om fri åsiktsbildning och medborgarnas fria insyn i rättsreglernas innebörd och rättspraxis; principen om makthavarnas ansvar;
- den demokratiska principen om majoritetens inflytande över valet av politiska befattningshavare och deras beslutspraxis; principen om myndighetsutövningens anpassning till medborgarnas intressen; principen om medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen; samt principen om medborgarnas kontroll över politiska beslut.

Det ovan citerade grundlagsstadgandet kan likaledes åberopas i detta sammanhang: »Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.»

Vissa grundläggande fri- och rättigheter kan också nämnas här, t.ex. principerna om yttrandefriheten, föreningsfriheten och många andra friheter, rätten till den kroppsliga integriteten och vissa andra trygghetsformer samt rätten till opartisk och rättvis rättegång.

De flesta av de ovan angivna principerna uttrycker olika slags individuella värden som ofta motsvarar individens rättigheter. Vissa principer uttrycker emellertid gemensamma och odelbara grundvärden som genomsyrar statsskicket, t.ex. principerna om maktdelning och makthavarnas ansvar.

Privaträttsliga principer. Privaträttsliga principer omfattar bl.a.

- principen om privat äganderätt;
- principen om publicitet kring sakrättsliga förhållanden; rangordningsprincipen i sakrätten;
- principen om partsautonomi i avtalsrätten; principen om avtalsfrihet; principen *pacta sunt servanda*; principen om skydd för god tro i avtalsrätten; principer som bestämmer när ett avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende som oskäligt;
- principen om löntagarnas skydd i arbetsrätten;
- olika familjerättsliga principer, t.ex. att vårdnadshavare bör se till att barnets behov blir tillgodosedda; att makar bör visa varandra trohet och hänsyn m.m.

Processrättsliga principer. Processrätten bygger på principen att båda parter måste höras; även andra processrättsliga principer är betydelsefulla, såsom principen om instansprövning, muntlighet, koncentration, kontradiktoriskt förfarande, oskyldighetspresumtion i brottmål, principen att i omstridda fall beslut bör fattas som gynnar den tilltalade (*in dubio pro reo*, *in dubio mitius*) m.m.

Straffrättsliga principer. Den straffrättsliga legalitetsprincipen och det därmed sammanbundna analogiförbudet har utan tvekan en stor betydelse. Man kan även nämna straffmätningsprinciperna, t.ex. att straff bör bestämmas med beaktande av den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, den grad av hänsynslöshet som den tilltalade visat m.m. Man kan dessutom erinra om principer som anger straffets ändamål (att avskräcka, att bättra, att vedergälla osv.).

Skatterättsliga principer. I skatterätten kan man bl.a. nämna principen om beskattning efter skatteförmågan och principen att i omstridda fall beslut bör fattas som gynnar den skattskyldige och inte staten: *in dubio contra* fiscum.

Olika rättskälle-, lagtolknings- och rättsfallstolkningsprinciper. Vissa principer gäller olika rättskälle- och tolkningsfrågor, t.ex. principerna om att
- lagen bör tolkas i ljuset av prejudikat och förarbeten;
- lagen bör tolkas med hänsyn till dess ändamål;
- bestämmelser vilka ålägger en person straff, skatt eller andra bördor inte får tolkas extensivt;
- analogier mellan olika rättsfall bör beaktas vid tolkning av dispositiva regler i privaträtten;

- den relativa tyngden av olika slags prejudikat bör beaktas, t.ex. att de högsta instansernas domar har en högre dignitet än de lägre instansernas, att stadgad praxis har en större betydelse än enstaka prejudikat osv.

A5 Principers prima facie-karaktär. Varje värdeprincip är ett *prima facie*-skäl till handling. I vissa fall kan emellertid principer kollidera på så sätt att t.ex. en ökad respekt för alla människors lika värde kan leda till en minskning av den enskildes frihet. Omvänt kan en ökning av den enskildes frihet föra med sig en minskad jämlikhet. Man behöver ytterligare skäl för att i ett konkret fall välja mellan de kolliderande principerna. Man har följaktligen en blott provisorisk (*prima facie*) skyldighet att strikt följa en värdeprincip.

Skillnaden mellan en värdeprincip och en *regel* är följande. Om man befinner sig i en situation som normeras av en regel, finns endast två möjligheter: antingen följer man regeln eller inte. Regeln uppställer således en gräns – klar eller vag – mellan det påbjudna och icke påbjudna, det förbjudna och det icke förbjudna. Om en handling respektive ett tillstånd befinner sig på gränsens rätta sida, så är det ifrågavarande påbudet eller förbudet åtlytt. Det spelar ingen roll hur nära gränsen handlingen eller tillståndet kan sägas ligga. Vägtrafikkungörelsens 64:e § stadgar att fordons hastighet inom tättbebyggt område ej får överskrida 50 kilometer i timmen. I ljuset av denna regel spelar det ingen roll om man kör 49 km i timmen eller 20 km i timmen. I båda fallen kör man lagligt. En regel kvalificerar vissa handlingar som regelstridiga eller regelenliga. Det finns endast dessa två möjligheter. En värdeprincip kvalificerar däremot en handling, en person osv. som mer eller mindre bra. Kvalifikationen är möjlig att gradera.

B ENIGHETEN OM KÄNNETECKEN PÅ DET ETISKT GODA

B1 Huvudtesen Det finns en stor enighet bland olika människor – åtminstone inom den västerländska kulturkretsen – om att vissa *fakta* är preliminära kännetecken på

- att en handling är etiskt god respektive ond, att en individ är en etiskt god respektive ond människa, m.m.; och
- att man etiskt sett *bör* (respektive får m.m.) handla på ett visst sätt.

Olika etiska värdesatser och värdeprinciper kan således stödas på denna enighet.

B2 Hur uttrycker sig enigheten om etiska värden och värdeprinciper? Enigheten om etiska *prima facie* värden och värdeprinciper uttrycker sig dels i det etablerade etiska språkbruket, dels i motiverbara värdeomdömen. Vissa värden är således *etablerade* i vår kultur, i synnerhet i vår *praxis att motivera* etiska slutsatser. Närmare bestämt har alla normala människor som tillhör vår kulturkrets en benägenhet att bete sig som om de hade uppfattat det som besynnerligt att

- ignorera de flesta sådana värden vid en avvägning som fastställer vad som är (slutgiltigt) gott eller obligatoriskt; och ändå
- hävda att avvägningen har motiverats på bästa möjliga sätt.

Värdena bestäms av *hypotetisk och rationell enighet inom kulturen*, inte av faktisk och tillfällig enighet. Rationell enighet skulle uppstå om alla normala människor som tillhör den ifrågavarande kulturkretsen hade motiverat sina värdeomdömen på bästa möjliga sätt.

Se närmare avsnitt 5.8.5A nedan.

B3 Enighetsuppvisande fakta och värdegrundande fakta. Följande förtydliganden preciserar det ovan sagda.

- Olika slags fakta stöder hypotesen att en sådan rationell enighet om värden är möjlig. Varje människa deltar nämligen i olika, traditionellt etablerade verksamheter (jfr avsnitt 5.6.2B ovan om MacIntyres lära). Inom varje verksamhet uppträder deltagarna vid många tillfällen som om de hade goda skäl att acceptera vissa ändamål och värden. Vissa värden gör sig gällande i flera verksamheter. Olika människor uppträder t.ex. vid skilda tillfällen som om de hade goda skäl att anse att det är etiskt bra att hjälpa andra, tala sanning osv. Detta uppträdande är ett faktum som bekräftar enighetshypotesen. Det kan kallas för ett enighetsuppvisande faktum.
- De ifrågavarande personerna uppträder m.a.o. som om de betraktat vissa fakta som värdegrundande. Att Kalle har hjälpt Pelle är ett etiskt *värdegrundande faktum*. Att Kalle har talat sanning är ett annat sådant faktum. Värdegrundande fakta är verkliga och konkreta.

Att ett faktum är värdegrundande innebär att det kan korrekt åberopas för att stöda vissa etiska värde- och normsatser.

B4 Värdebegreppet. Hjälpsamhet, benägenhet att tala sanning, mod m.m. är etiska *värden*, närmare bestämt kännetecken på det etiskt goda. Alla

värden är således tänkta och uttryckta abstrakt. Det gäller *all* hjälpsamhet, *all* mod, m.m. Ett *värde* kan definieras som ett visst *ideal*, m.a.o. en *måttstock för värdering*. Ett värde bestämmer t.ex. att hjälp, lycka, frihet, välstånd eller miljö är värdefulla ting.

Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre (jfr Alexy 1985, 130 ff.).

Varje generell värdesats uttrycker ett visst värde.

C GENERELLA LÄROR OM ETISK GODHET

Värdeprinciper och värdesatser kan *motiveras* och *kritiseras*. En tänkbar motivering består av att de jämförs med någon generell etisk lära.

Flera generella läror om etisk godhet har föreslagits i den filosofiska litteraturen. Följande exempel kan anges.

Utilitaristiska läror. Om en handling är etiskt god, så ökar den samhällsnyttan.

Om en handling är etiskt god, så ökar den människors lycka.

Om en handling är etiskt god, så är den väl anpassad till människors preferenser.

Dessa formuleringar är försiktiga. En radikalare (och därför mindre rimlig) version skulle t.ex. göra gällande att

- om en handling ökar samhällsnyttan så är den god, eller t.o.m. att
- om och endast om en handling ökar samhällsnyttan så är den god; osv.

Rättviseläror. Om en handling är etiskt god (eller rätt), så bidrar den till att lika behandlas lika.

Om en handling är etiskt god (eller rätt), så bidrar den till att de sämre ställda skyddas.

Om en handling är etiskt god (eller rätt), så bidrar den till att välförvärvade rättigheter skyddas.

Om en handling är etiskt god (eller rätt), så bidrar den till att människors talanger förverkligas.

Gemenskapsetiken. Om en handling är etisk god, så är den välanpassad till de mål och förträfflighetsmått som karakteriserar sådana mänskliga verksamheter som familjelivet, näringslivet och det politiska livet. Det är således etiskt sett gott att en far tar hand om sina barn och att en ämbetsman lojalt följer lagar och föreskrifter.

Det finns en stor enighet inom den västerländska kulturkretsen om att lyckan, uppfyllelse av preferenser, utveckling av mänskliga talanger m.m. i princip innebär något gott, m.a.o. är värden.

D ETIKENS OSTRIDIGA MÅL – HÄNSYN TILL ANDRA MÄNNISKOR

Olika etiska läror kan anses vara skilda preciseringsförslag av etikens ostridiga ändamål. Etiskt goda handlingar har nämligen utan tvekan något att göra med att man visar hänsyn till och respekt för andra människor.

Att i detta samband tala om »människor» är givetvis förenat med vissa problem. Det inställer sig t.ex. följande frågor: Är ett foster en människa? Tar etiken hänsyn till djur? *Se* avsnitt 5.4.5A ovan.

Uttrycket »visar hänsyn till och respekt för andra människor» är emellertid vagt. Hänsyn till andra kan uttryckas olika, t.ex. som hänsyn till andras lycka respektive deras önskemål (vilja, preferenser), till förverkligande av deras talanger, till deras möjlighet att spela sina samhälleliga roller m.m. Därför finns det olika etiska läror.

E PREFERENSUTILITARISMENS SÄRSTÄLLNING

E1 Preferensutilitarismens huvudidé. Bland dessa läror tycks *preferensutilitarismen* ha en särställning. Det kan således anses att etikens mål består av att handla i enlighet med en preferensordning, uppbyggd genom sammanjämkning av såväl det ifrågavarande handlingssubjektets som alla andra människors preferenser (jfr avsnitt 5.4.3 ovan). Inriktningen på preferenser (i stället för t.ex. lyckan) hänger samman med att en människa är en aktiv varelse med en egen vilja. Det går sålunda knappast att visa hänsyn till henne om man konsekvent ignorerar hennes preferenser. Preferensutilitaristerna har följaktligen rätt i att etikens yttersta mål, dess mening och poäng måste ha något att göra med att den enskilde vid sina handlingar beaktar även andras preferenser.

E2 Preferensutilitaristism, rättigheter och rättvisa. En rimlig tolkning av preferensutilitarismen kan vidare beakta rättigheternas etiska särställning: Dessa kan nämligen anses återspegla synnerligen starka eller synnerligen vanliga preferenser. Detsamma gäller olika rättviseföreställningar: En preferensavvägning kan t.ex. besvara frågan

- vid vilka förhållanden det är rättvist att respektera en individs frihet att bestämma över de genom arbete och fria överlåtelser förvärvade nyttigheterna; och

- vid vilka förhållanden det i stället är rättvist att (om)fördela värden i proportion till sådana sinsemellan konkurrerande grunder som förtjänst och behov; att positivt särbehandla den sämst ställda; osv.

En rimlig tolkning av preferensutilitarismen kan vidare tona ner vissa »lägre» preferenser. Dessa kan nämligen uppfattas som relativt svaga och mindre vanliga (jfr avsnitt 5.4.5D ovan).

Preferenser spelar en viktig roll i filosofiska system som vanligen inte uppfattas som utilitaristiska. Jfr t.ex. Thomas av Aquinos berömda maxim: *bonum est quod omnia appetunt* (det goda är det som alla eftersträvar; ST fråga 94, a2; jfr Aristoteles' abstraktare formulering i NE bok I 1094 a1: det goda är det som allt eftersträvar).

Samtidigt som den preferensutilitaristiska uppfattningen således kan förklara och motivera de grundläggande mänskliga rättigheterna är den fri från olika – enligt min mening ohållbara – »deontologiska» krav på att det etiskt rätta helt bestäms av universella och slutgiltiga normer som bör följas oavsett deras konsekvenser.

E3 En idealteori om etikens mål. En människas preferenser ändras emellertid ständigt och uppvisar ett antal motsägelser. Etikens poäng är därför inte att endast beakta de faktiska preferenserna utan att beakta en människas hypotetiska, fulländade, m.a.o. helt rationella preferenssystem.

Ett sådant system hade konstruerats av den ifrågavarande människan om hon hade haft;

- obegränsad tid till förfogande;
- obegränsad kunskap om sina levnadsomständigheter och attityder, såväl nutida som framtida;
- obegränsad intelligens; och
- ständig vilja att beakta sina framtida preferenser på så lång sikt som möjligt.

Olika människors preferenser kan dessutom kollidera. Därför måste preferenserna vägas mot varandra. Etikens yttersta mål och poäng måste sålunda vara att anpassa våra handlingar till en fulländad preferensordning uppbyggd genom sammanjämkning av alla människors hypotetiska och fulländade preferenssystem.

Uttrycken »fulländad preferensordning» och »hypotetiska antaganden om fullt förnuftiga preferenser» syftar på de preferenser som de berörda hade haft om de tänkt på lång sikt, under beaktande av fullständig kunskap osv.

E4 Medvetna preferenser och omedvetna livsnödvändigheter. Förnuftiga preferenser behöver inte vara medvetna. Begreppet omfattar även sådana livsnödvändiga men ofta omedvetna ting som människors behov, förmåga och disposition att utföra avsiktliga handlingar och delta i en språklig kommunikation (jfr avsnitt 5.4.5C ovan).

E5 Preferenser och gemenskapsetiken. Vidare påverkar olika människors preferenser varandra. Olika individer bildar ett samhälle. Olika samhälleliga verksamheter kan anses återspegla samhällsmedlemmarnas preferenser; jfr avsnitt 5.6 ovan.

En individ kan förvisso välja sina mål och värden, men inte helt fritt utan inom ramen av det som hans kulturarv tillåter (jfr t.ex. Spector 1993, 169 ff.).

Märk väl att ramen är flexibel: den består inte av samhällets konkreta och tillfälliga beskaffenhet vid en viss tidpunkt utan av vissa i samhällets historia förankrade generella värden och principer.

E6 Ett preferensutilitaristiskt antagande om etikens mål. Följande antagande om etikens yttersta mål är sålunda rimligt.

Om en handling är etiskt god och sådan att den etiskt sett bör utföras, så är den väl anpassad till en fulländad preferensordning uppbyggd genom sammanjämkning av

- alla människors medvetna preferenser, däribland de särskilt starka preferenser som motsvarar olika rättighets- och rättviseläror;
- hypotetiska preferenser uttryckta i olika slags samhälleliga verksamheter och
- hypotetiska antaganden om alla människors fullt förnuftiga preferenser.

E7 Begreppet »etiskt gott»? I samma anda kan man försöka *definiera begreppen* »(*prima facie*) etiskt gott» och »(*prima facie*) etiskt böra». Förvisso är olika definitioner tänkbara, eftersom dessa begrepp är ofrånkomligt omstridda (*essentially contestable*). Följande definition kan övervägas, låt vara utan anspråk på analytisk perfektion.

Att en handling är *prima facie* etiskt god och sådan att den etiskt sett *prima facie* bör utföras innebär detsamma som att

1) det är i ljuset av det etiska språket och den etiska kulturen besynnerligt om någon ges tillfälle att utföra handlingen, uppriktigt hävdar

att denna handling är *prima facie*-etiskt god respektive bör utföras, och ändå utan motivering vägrar att utföra handlingen

och

2) handlingen är väl anpassad till en fulländad preferensordning uppbyggd genom sammanjämkning av

- alla människors medvetna preferenser, däribland de särskilt starka preferenser som motsvarar olika rättighets- och rättviseläror;
- hypotetiska preferenser uttryckta i olika slags samhälleliga verksamheter och
- hypotetiska antaganden om alla människors fullt förnuftiga preferenser.

Denna definition skiljer sig från en värdenaturalistisk teori som t.ex. gör gällande att uttrycket »etiskt gott» betyder detsamma som »skulle föredras av var och en som är opartisk och har fullständiga kunskaper om de rent faktiska egenskaperna hos handlingen dessutom har maximal förmåga till inlevelse i och identifikation med andra personer» (jfr Bergström 1990, 45 ff.). Definitionen utnyttjar nämligen komplexa begrepp såsom »i ljuset av det etiska språket och den etiska kulturen besynnerligt» (jfr avsnitt 5.7.1 och 5.7.2 ovan) och »fulländad preferensordning». Förvisso kan så pass komplexa begrepp kritiseras, t.ex. för att de inte är värderingsfria. Men utan deras användning är begreppet »etiskt gott» nästan omöjligt att klargöra; jfr t.ex. *Judith Jarvis Thomsons* (1992, 96 ff.) ytterst skickliga men ändå misslyckade försök att utarbeta en sådan definition.

E8 Idealteori och praktiskt användbara kännetecken. Det ovan sagda är emellertid inget mer än en idealteori, en förståelsemodell. Förvisso ökar den vår förståelse för etikens mål. Vissa relativt avgränsade områden – såsom nationalekonomi – kan domineras av sådana modeller. Men »utilitaristiska och liknande principer» täcker knappast hela basen för vanligt etiskt tänkande (jfr Mackie 1977, 37). I synnerhet ger de oss inga effektiva (»operationella») metoder som kan användas för att finna det etiskt goda.

Sådana metoder kan inte heller utvinnas genom en exaktare analys. Olika människors skilda preferenser kan visa sig vara ojämförliga. Vidare är det tveksamt om preferensavvägningens resultat kan bestå av generella normer eller generella värdesatser. Eftersom det finns oändligt många personer måste man leta efter en godtagbar kompromiss mellan olika faktiska synvinklar (jfr avsnitt 5.4.5E ovan).

Därför måste etikens yttersta mål kompletteras med vissa praktiskt användbara kännetecken på att andras preferenser och behov beaktats tillräckligt. Olika etiska läror, värden och principer ger oss möjliga ut-

gångspunkter för en rationell argumentation som syftar på att utarbeta sådana kännetecken. För att fastställa och väga samman dessa principer och värden måste man i viss mån lita till kulturarvet (traditionen). M.a.o. måste även gemenskapsetikens insikter beaktas.

Kulturarvet måste studeras *empiriskt* men sådana studier kommer inte att genomföras inom det förevarande projektet som har en rättsfilosofisk, inte rättssociologisk karaktär.

F OLIKA SLAGS VÄRDEN

Det finns många värden, däribland många etiska värden. Det etiskt goda kan inte reduceras till ett enda värde (jfr t.ex. von Wright 1963 *passim*).

F1 Individuella värden. Många värdesatser uttrycker olika slags individuella värden:

Vissa individuella värden är handlingsideal. Vid i övrigt oförändrade omständigheter är det en god handling att hjälpa sin medmänniska, att tala sanning, att hålla avgivet löfte m.m. Sålunda bör man hjälpa sina medmänniskor, tala sanning, hålla sina löften osv.

Vidare återspeglar vissa individuella värden starka preferenser som delas av de flesta: Nästan alla vill leva, ha sin frihet och undgå att bli utsatta för skador, vare sig dessa riktar sig mot kropp, hälsa, heder eller förmögenhet. Uppfyllelse av sådana preferenser kan anses vara ett villkor för att en individ skall leva ett lyckligt liv. Livet, hälsan, friheten, integriteten, den mänskliga värdigheten och ägandet är därför etiska värden.

Även rättvisan är ett individuellt värde, såvida den avser individers handlingar. Det är således en god handling att behandla en annan rättvist, varmed menas att lika behandlas lika, de sämre ställda skyddas, välförvärvade rättigheter respekteras, människors talanger befrämjas m.m.

Andra individuella värden gäller en individs generellare benägenheter och egenskaper, som kan uttrycka sig i varierande handlingar. Det är således värdefullt att en individ älskar sin nästa, är pålitlig och modig etc. Följaktligen bör man utföra olika slags handlingar som vittnar om människokärlek, pålitlighet och mod.

F2 Kollektiva värden m.m. Det finns även kollektiva värden, som är gemensamma och odelbara, t.ex. en god miljö, effektiviteten hos domstols- respektive förvaltningsförfarandet och upprätthållen ordning överhuvudtaget.

Det oklara ordet »samhällsnytta» kan också anses syfta på olika slags gemensamma värden.

Enligt *Vilhelm Lundstedt* var samhällsnyttan lagstiftningens och rättstillämpningens högsta mål. I enlighet med sin rättsrealistiska uppfattning betraktade Lundstedt samhällsnyttan som ett konstaterbart faktum (jfr t ex 1956, 174 ff.). Ändå hävdade han att det som bestämde samhällsnyttan inte var olika individers värderingar utan lagstiftarens övertygelse om det som måste anses vara ett samhällsintresse (id. 179).

En speciell kategori utgör de så kallade *produktvärdena* (inom tysk filosofi talas här om *Werkwerte*, jfr Radbruch 1950, 147 ff.). Man har då för ögonen sådana kulturprodukter som kunskap, konst och teknologi. Självfallet hör även staten och rätten hit.

Framsteg kan också uppfattas som ett värde. Framsteg är detsamma som värdeökning, och en värdeökning måste vara ett värde i sig.

> »Den framtidsorienterade framstegstanken baserar sig på utvidgning och systematisk stegring av dimensioner som redan är med i spelet i en försvagad form» (Rapp 1992, 95).

Ännu en värdekategori syftar på olika mänskliga verksamheter, däribland familjelivet, näringslivet och det offentliga livet. Verksamheterna är i en viss mening kollektiva fast varje sådan verksamhet genererar vissa förträfflighetsmått för individuella handlingar (»dygder», jfr MacIntyre 1981, 169 ff.). Det är följaktligen värdefullt att en fader tar hand om sina barn och att en ämbetsman lojalt följer lagar och föreskrifter.

Andra värden uttrycks eller skyddas av olika slags rättsprinciper (jfr punkt A4 ovan) som kräver att samhället, staten, rätten osv. besitter vissa för de enskilda förmånliga egenskaper. Följande värden kan tjäna som exempel. Rättssäkerhet, likhet inför lagen, den avtalsrättsliga partsautonomin och avtalsfrihet skyddar individens behov att tryggt kunna planera sitt liv. Maktdelning, fri åsiktsbildning, makthavarnas ansvar, den demokratiska majoritetsprincipen m.m. skyddar medborgarens behov att påverka politiken. Vissa straff- och skatterättsliga principer skyddar den tilltalade respektive den skattskyldige mot myndigheternas godtycke.

G VISSA KOMMENTARER OM OLIKA VÄRDEN

Olika värden uttrycks i språket mer eller mindre exakt; t.ex. har orden »liv», »hälsa» och »sanning» en relativt väl definierad mening, i motsats till

»värdighet», »samhällsnytta» och »framsteg». Komplexiteten och abstraktionsnivån skiftar likaledes. Sålunda är t.ex. »ordning», »rättssäkerhet» och »miljö» mer komplexa företeelser än »liv» och »hälsa».

Värdena har utvecklats genom att ett stort antal människor under en lång tid tagit ställning till otaliga etiska problem. Ett slags naturligt urval skedde. Nyttiga värderingar blev allt mer etablerade medan andra kom ur bruk. Hypotesen, att värdena kom att stämma överens med en fulländad sammanjämkning av alla människors preferens- och behovssystem är följaktligen rimlig. Eftersom värdena är kända medan det fulländade preferenssystemet endast är ett abstrakt ideal måste den tillämpade etiken beakta historien, inte endast en utilitaristisk spekulation.

5.8.3 *Prima facie*-karaktären hos etiska principer, värden och läror

A KORT OM SLUTGILTIGA NORM- OCH VÄRDESATSER

En norm- eller värdesats kan vara slutgiltig. Den är då m.a.o. så pass väl motiverad att inga tänkbara motskäl väger tyngre. Om alla tänkbara motskäl väger mindre tungt är en sådan sats dessutom slutgiltigt handlingsrättfärdigande. Det vore t.ex. besynnerligt att uppriktigt uttala en sådan normsats och ändå vägra utföra den handling som den kräver. Se närmare avsnitt 5.7.1B ovan.

B PRIMA FACIE-NORM- OCH VÄRDESATSER

En norm- eller värdesats kan också vara en *prima facie*-sats. Begreppet »*prima facie*» kan användas på ett *objektivt* sätt.

Sambandet mellan den talandes subjektiva intentioner och satsens objektiva innebörd analyseras inte i detta arbete.

Att en etisk norm- eller värdesats har en (objektiv) *prima facie*-karaktär innebär följande.

1) Satsens objektiva mening, dess innebörd, är sådan att denna sats utgör ett skäl som inom en bestämd kulturkrets skall beaktas vid en etisk avvägning som avgör frågan om en bestämd handling skall utföras. Ingen person som tillhör denna kulturkrets kan nämligen på en och samma gång helt förkasta ett betydande antal av sådana norm- och värdesatser och ändå uppfattas som en normal samhällsmedlem.

2) Satsen anger att en handling av en bestämd typ skall utföras *vid i övrigt oförändrade förhållanden* (jfr Searle 1978, 88 ff.).

3) Satsen bestämmer emellertid inte slutgiltigt att en sådan handling skall utföras. Närmare bestämt måste en avvägning utföras för att bestämma om alla tänkbara motskäl väger mindre tungt i det ifrågavarande fallet. Då och endast då är det orimligt att vägra utföra den handling som satsen kräver (jfr avsnitt 2.4.1C ovan och 5.9 nedan).

Angående begreppet *prima facie* se Ross, W D, 19 ff. Den förevarande framställningen är emellertid helt självständig gentemot Ross' teori.

Ross har föreslagit uttrycket »*prima facie* skyldighet» eller »villkorlig skyldighet» i motsats till en egentlig skyldighet. Det skulle nämligen föreligga en egentlig skyldighet att utföra en handling av ett visst slag om det inte samtidigt funnits en annan handlingstyp som är etiskt relevant. Huruvida en handling egentligen skall utföras, beror på alla etiskt relevanta typer den tillhör.

En *prima facie* skyldighet är m.a.o. enligt Ross en kandidat för att vara ens slutgiltiga skyldighet. Den förvandlas till den slutgiltiga skyldigheten, om inte vissa motskäl väger tyngre. Förvisso har Ross inte lyckats med att förklara varför en blott *prima facie* skyldighet – som slutligen sätts ur spel av vissa motskäl – är mer än en skenbar skyldighet (jfr Williams 1985, 176 och Thomson 1989, 8 n. 11). Det går emellertid att skaffa sig en viss uppfattning om vilket slags begrepp det är som han försökt klargöra (Thomson, id.).

Att A har en *prima facie* skyldighet att göra H innebär som sagt detsamma som att det finns ett skäl för A att göra H och att detta skäl skall beaktas vid en etisk avvägning. Skälet är inte blott skenbart, eftersom det aldrig sätts ur spel för all framtid. Även om det måste vika för motskäl som i det ifrågavarande fallet väger tyngre kvarstår det som ett skäl att beakta vid avvägning i framtida fall.

C KONKURRENS MELLAN OLIKA PRINCIPER, VÄRDESATSER OCH LÄROR

De generella etiska principerna, värdesatserna och lärorna har en provisorisk (*prima facie*) karaktär. Ingen av dem bestämmer slutgiltigt att en handling, en person osv är etiskt god. Inte heller bestämmer de slutgiltigt hur man skall handla. De är blott etiska skäl. Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl (jfr Günther 1988, 94).

Argumentationen för att så är fallet kan presenteras i tre steg.

Steg 1 består av en beskrivning av välkända fakta. Olika kännetecken på etisk godhet tävlar med varandra.

En individ kan på en och samma gång godkänna olika sinsemellan konkurrerande principer och värden. En läkare t.ex. anser att patienter

måste få hjälp, och att man bör vara sanningsenlig mot dem. Men läkarens benägenhet att tala sanning kan i vissa fall skada patienten. Då måste läkaren välja mellan sanning och effektiv hjälp.

Vidare föreligger det en väl känd skillnad mellan etiska »koder» i olika samhällen och olika tider. Det finns även olikheter mellan etiska uppfattningar hos olika grupper inom ett komplext samhälle (Mackie 1977, 36).

Olika etiska läror tävlar likaledes med varandra. Värdenihilismen konkurrerar med värdekognitivismen. Olika läror om individens okränkbara rättigheter tävlar med många utilitaristers uppfattning, att en handling kan kränka den enskilde och ändå vara etiskt god om dess konsekvenser gynnar de flesta. Universella läror om mänsklig natur tävlar med nationella och historiska läror om etikens förankring i ett konkret samhälle. Alla sådana läror kan inte endast motiveras utan även kritiseras.

D HYPOTESEN OM AVVÄGNINGARS BETYDELSE

Steg 2 består av följande hypotes. Ett rationellt val mellan etiska principer, värdesatser och läror baserar sig ofta på avvägning.

Hypotesen om avvägningars betydelse för etiken gäller vid första anblick inte vissa särskilt väl etablerade generella principer, värdesatser och läror. Dessa uppfattas av vissa moralfilosofer som en tillräcklig grund för *slutgiltiga* skyldigheter. Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser om individuella handlingar anses sålunda följa logiskt av motsvarande generella värdesatser. Därmed förvandlas de sistnämnda egentligen till slutgiltiga regler. Det antas m.a.o. ofta att *inga* konkurrerande hänsyn kan väga så pass mycket tyngre i något konkret fall, att de motiverar ett avsteg från den generella regeln. Regeln anses uttrycka »det rätta» som går före »det goda» (jfr avsnitt 5.5.1A ovan och Kant 1793 A 212).

Det görs t.ex. gällande att man *aldrig* får döda en oskyldig människa, vare sig för att förverkliga några andra värden, t.ex. förhindra många människors lidande, eller ens för att förverkliga samma värde, t.ex. rädda tusentals andra oskyldiga. Att döda är en ond handling i sig, oavsett dess konsekvenser.

En sådan uppfattning kan kallas för *deontologisk* i en stark bemärkelse, i motsats till *teleologisk*.

Den deontologiska uppfattningen är typisk för många icke-utilitaristiska rättighets- och rättviseläror. Den måste emellertid försvagas:

- Visserligen kan några individuella handlingar vara *prima facie* goda, onda, påbjudna eller förbjudna i sig, oavsett konsekvenserna. Nästan inga individuella handlingar är emellertid *slutgiltigt* goda osv. oavsett sina konsekvenser.
- Likaledes kan individuella handlingar vara *prima facie* goda, påbjudna osv. tack vare att de följer av generella värdesatser respektive normer. Inga individuella handlingar är emellertid *slutgiltigt* goda, onda, påbjudna eller förbjudna tack vare att de följer av generella värdesatser respektive normer.

Jfr *Klaus Günthers* polemik mot Kant (jfr 1988, 17 ff., 26 ff., 46 ff osv.).

Närmare bestämt beror individuella handlingars egenskaper att vara slutgiltigt goda, onda, påbjudna och förbjudna på en avvägning mot andra värden. I själva verket har de flesta deontologiska anspråken ingen annan grund än övertygelsen att den utvalda generella principen respektive värdesatsen är *prima facie* viktigare än de andra. *Viktighetsbedömningen förutsätter en avvägning.*

Är det t.ex. alltid ont att döda en oskyldig? »Syndabocken» får kanske offras om miljoner människor därmed undslipper svårt lidande. Får inte ett försvarskrig föras mot en hitlerliknande tyrann som vill förslava mänskligheten? Är inte detta krig berättigat trots att det hotar civilbefolkningens liv? Varje oskyldiga individs liv väger sålunda så pass tungt att man inte får döda en oskyldig människa, om inte dödandet medför att *extremt stora värden förverkligas*, sådana som otaliga människors grundläggande trygghet och frihet.

Generella etiska läror framställs visserligen ofta med överdrivna anspråk. En sådan lära uppträder i regel med anspråk på att täcka alla etiskt goda handlingar. Den kan dessutom uppträda med ett monopolanspråk. Vissa utilitarister hävdar t.ex. att man i alla tänkbara situationer ovillkorligen skall anpassa sina handlingar till människors övervägande preferenser, utan att överhuvudtaget beakta andra etiska läror. Man kan även tänka sig en perfektionist som kräver att man alltid och ovillkorligen skall främja förverkligande av mänskliga talanger; osv.

Monopolanspråken kan emellertid kritiseras. Det är relativt lätt att finna exempel på att något anses vara etiskt gott eller obligatoriskt utan att för den skull stämma överens med den utvalda generella värdesatsen respektive normen. Om de flesta t.ex. har en stark preferens för att mörda en viss folkgrupp bör preferensen ignoreras trots att motsatsen till synes

följer av utilitarismen. En lära kan givetvis modifieras för att undvika vissa motexempel. Utilitarismen t.ex. kan utgå från ett fullständigt preferenssystem, i stället för empiriskt fastställbara faktiska preferenser. Men då brukar nya problem dyka upp. Det utilitaristiska idealet t.ex. belyser visserligen etikens yttersta mål, men den hjälper föga vid lösning av konkreta etiska problem.

Vidare förutsätter monopolanspråket inte endast att den utvalda läran är såväl logiskt konsistent som väl anpassad till våra etiska omdömen, utan även att ingen annan lära är det. Visserligen kan det ibland hävdas att de konkurrerande lärorna är självmotsägande eller förbiser några exempel på det etiskt goda. Lärorna kan emellertid ofta modifieras och således anpassas till såväl logiken som exemplen. Bildligt talat kan konkurrenterna tvingas till att rationalisera men de kan knappast slås ut.

Jag bortser här från den invecklade frågan om olika sinsemellan konkurrerande läror på sikt kan förfinas så pass mycket att de kommer att leda till lika bedömningar av konkreta handlingar. I vilket fall som helst har en sådan samstämmighet ännu inte uppnåtts.

E PRIMA FACIE KARAKTÄR AV GENERELLA ETISKA PRINCIPER, VÄRDESATSER OCH LÄROR

Steg 3 består av en annan hypotes: *Alla* generella etiska principer, värdesatser och läror har bara *prima facie* karaktär, eftersom konkurrerande hänsyn kan väga tyngre i konkreta fall.

Se dock återigen avsnitt 5.8.2E ovan om preferensutilitarismens begränsade särställning!

Detta förhållande kan även uttryckas så här. Olika hänsyn väger olika tungt beroende på den utvalda synvinkeln, dvs. på det sammanhang i vilket avvägningen äger rum. Ur en synvinkel (dvs. i ett sammanhang) har exempelvis en läkare en etisk *prima facie* skyldighet att sanningsenligt informera patienten om dennes tillstånd, ur en annan synvinkel har han en sådan skyldighet att dölja informationen.

Då man uttalar en generell norm- eller värdesats, t.ex. »en oskyldig person får inte dödas» menar man kanske (»subjektivt») att den är slutgiltig. Den kan emellertid inte motiveras så pass väl att inga tänkbara motskäl väger tyngre i något tänkbart fall. Vid en fullständig analys måste följaktligen satsen kompletteras med tillägget »om inte vissa motskäl väger tyngre»; t.ex. »en oskyldig person får inte dödas, om inte vissa motskäl väger tyngre».

En generell etisk skyldighet är följaktligen en *prima facie*-skyldighet, och denna är *villkorlig*.

En *prima facie*-skyldighet att inte döda innebär närmare bestämt att mänskligt liv besitter ett värde. Den innebär dessutom att man vid varje tillfälle då det kommer i fråga om någon får dödas

- skall genomföra en avvägning mellan livets värde och de eventuella skäl som i det ifrågavarande fallet talar för att beröva någon livet; och
- skall avhålla sig från dödandet om livets värde väger tyngre.

Den etiska sats som etablerar en generell etisk skyldighet är följaktligen en »avvägningsnorm». Närmare bestämt är den en säreget uttryckt värdesats förenad med en anvisning om att man skall ta hänsyn till det ifrågavarande värdet. Värdet skall inte kränkas, om inte motskälen väger tyngre.

Redan Aristoteles har uttalat en liknande tanke. »Den aristoteliska angreppsvinkeln utgår från att praktisk filosofi avser handlingsprinciper och att den värld i vilken vi handlar är en värld av 'ting som kunde ha varit annorlunda än de är' {NE 1140 a31 och annanstans}. I denna kaotiska värld av det tillfälliga och oförutsedda kan man inte ha någon universell kunskap. 'Att leta efter säkra slutsatser i praktiskt sammanhang är ett lika vulgärt misstag som att godta något mindre än säkra slutsatser i matematik' {NE 1094 b26}» (Nowell-Smith 1973, 316).

F EN KONSEKVENS ANGÅENDE LOGIKEN

Vid första påseende kan en sedvanlig logik inte tillämpas på etiska *prima facie* satser men logiken blir fullt tillämplig då frågeställningarna preciseras. Logiskt oförenliga handlingar kan visserligen på en och samma gång vara *prima facie* goda. Detta konstaterande innebär emellertid enbart att logiken inte ställer några hinder för att samtidigt hävda att H är bra ur en synvinkel och att icke-H är bra ur en *annan* synvinkel. Man kan även vara på en och samma gång *prima facie* skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar, men detta innebär inget mer än att man bör göra H i en viss situation och icke-H i en *annan* situation. *Se* närmare avsnitt 8.5.2B nedan.

G EN KONSEKVENS ANGÅENDE LÄRORNAS SANNINGSVÄRDE

Antag nu att de etiska lärorna har anspråk på att uttala etiska sanningar (se närmare avsnitt 8.4.5 nedan). Antag vidare att en lära formuleras alltför kategoriskt, utan hänsyn till att det ifrågavarande värdet har en *prima facie*-karaktär. En perfektionist hävdar t.ex. att en etiskt god handling är

detsamma som en handling som bidrar den till att människors talanger förverkligas. Om en sådan lära inte kan stödjas av tillräckligt starka skäl går det kanske att motivera en försvagad lära, t.ex. »*om* en handling bidrar till att människors talanger förverkligas *så* är handlingen *prima facie* god». Lärans ursprungliga formulering skulle då vara falsk, men dess försvagade vidareutveckling sann.

Enligt min mening gäller denna iakttagelse de flesta etiska läror. De har en »sund kärna» men brukar formuleras alltför kategoriskt. Följaktligen är de falska men kan förvandlas till svagare och sanna läror.

5.8.4 Det etiska språket. Möjliga etiska prima facie-satser

Om det etiska språket inte gör det besynnerligt att beakta en *prima facie*-norm- eller värdesats vid en etisk avvägning, så är satsen *möjlig*, m.a.o. *meningsfull.*

Det etiska språket gör det således inte besynnerligt att beakta de värden som utpekas av etablerade etiska principer och generella läror.

Exempelvis är den följande satsen möjlig: »Om en handling är väl anpassad till människors preferenser, så är den *prima facie* god och bör utföras». Det är då inte språkligt sett besynnerligt att säga att handlingen är god och bör utföras. Detsamma gäller t.ex. följande sats. »Om en individ brukar hjälpa andra så är denna individ en *prima facie* etiskt god människa». Det är följaktligen inte språkligt sett besynnerligt att säga att individen i fråga är en etiskt god människa.

Vissa »etiska» satser är å andra sidan språkligt sett otänkbara eller meningslösa, i varje fall om man utgår från normala förhållanden. Om någon t.ex. hade uttalat satsen »handlingen H är etiskt god ty den ökar antalet vita stenar i Skåne» skulle man misstänka att han skämtar, inte behärskar det svenska språket eller är mentalt skadad. En sådan uppfattning skulle bli meningsfull endast om man hade tillagt en besynnerlig teori, t.ex. att vita stenar har en odödlig själ.

Man kan m.a.o. objektivt, dvs. fritt från känslomässiga ställningstaganden, besvara frågan vilka fakta som på ett språkligt korrekt sätt kan beaktas vid en etisk avvägning. Det etablerade etiska språket bestämmer svaret på denna fråga. Om en handling t.ex. är väl anpassad till människors preferenser kan detta förhållande åberopas vid en etisk avvägning.

Ett etablerat språkbruk begränsar sålunda godtycket i etisk argumentation.

5.8.5 Den etiska kulturen. Primär relevans

A BEGREPPET »PRIMÄR ETISK RELEVANS»

Den språkliga ram som sätter gränser för etisk argumentation är emellertid synnerligen flexibel. Etiska begrepp är notoriskt vaga och omstridda. Inom den språkliga ramen finns det emellertid en annan, något fastare ram, nämligen kulturarvet (traditionen).

Genom att således betona kulturarvets betydelse utnyttjar den ovan utvecklade teorin gemenskapsetikens insikt: grundvärdena är förankrade i en bestämd gemenskap och de bestäms av kulturarvet; vidare, för att få grepp över etiska problem måste man se samhället som en helhet (se avsnitt 5.6 ovan).

En *prima facie* norm- respektive värdesats har *etisk relevans* i vår kultur om den ingår i en mängd satser som är etiskt *rimliga* i denna kultur.

Definitionen är stipulativ. I det vardagliga språkbruket är »relevant» något annat, nämligen detsamma som »betydelsefullt för saken». Det vardagliga relevansbegreppet är härmed ett relationsbegrepp: relevans beror på vad »saken» är.

Ordet »betydelsefullt» är dessutom vagt. En tänkbar precisering av det allmänna relevansbegreppet är följande. X är relevant i sammanhang S om X bör beaktas i detta sammanhang.

Ett argument är relevant i etisk argumentation om det bör beaktas i argumentationen.

Kulturen bestämmer i viss mån (inte alltid entydigt!) vad som i det ifrågavarande sammanhanget bör beaktas och vad ordet »bör» i detta sammanhang betyder. Den etiska kulturen bestämmer först och främst att man vid en etisk bedömning bör beakta de i samhället *etablerade* etiska värdena.

Närmare bestämt har en *prima facie* norm- respektive värdesats *primär* etisk relevans om den ingår i en mängd satser som *förutsätts*, tas för givna, och sålunda framstår som *säkra* i följande mening:

1) Alla normala människor som tillhör vår kulturkrets har en benägenhet att följa en regel som kräver att åtminstone de flesta sådana *prima facie* norm- eller värdesatser bör beaktas vid en etisk avvägning i samtliga fall på vilka de kan tillämpas.

2) Alla normala människor som tillhör vår kulturkrets har en benägenhet att uppfatta det som besynnerligt att

- ignorera de flesta sådana satser vid en avvägning som fastställer om handlingen H *slutgiltigt* är god eller obligatorisk; och ändå

– hävda att avvägningen har motiverats på bästa möjliga sätt.

Benägenheten kan vara medveten eller hypotetisk. Den senare föreligger om en till en hög grad sammanhängande och objektiv motivering stöder hypotesen att alla normala människor som tillhör vår kulturkrets beter sig så *som om de hade* följd denna regel och delat denna uppfattning.

Se vidare 5.9.6 nedan om *sekundär* etisk relevans.

Förvisso kan varje (eller nästan varje) etiskt relevant *prima facie* normsats och värdesats ifrågasättas. Men om en individ på en och samma gång ifrågasätter alla eller nästan alla sådana norm- respektive värdesatser kan det förmodas att han inte är fullt normal, inte fullt psykiskt frisk. Vår etiska kultur tvingar oss till att beakta etiskt relevanta *prima facie* norm- och värdesatser vid en etisk avvägning.

B KULTURBEGREPPET

Ingen definition av begreppet »kultur» är allmänt godkänd. Olika definitioner (jfr Kroeger och Kluckhohn 1952; Blegvad 1990) kan emellertid sammanföras på ett sammanhängande sätt.

En kultur är ett historiskt utvecklat system eller ett komplex av sammanhängande komponenter, vissa fysiska och psykiska, andra begreppsliga.

Jfr en liknande teori om gällande rätt, avsnitt 2.5.2 ovan.

Systemet omfattar:
- olika verksamheter, färdigheter, benägenheter, handlingar och psykiska upplevelser;
- vissa explicita och implicita idéer, mål, värden och normer; tillsammans med
- olika medel att främja skilda mål; däribland
- materiella produkter såsom redskap, vapen, kläder, hus, maskiner m.m.

Ur en annan synvinkel omfattar kulturen språk; kunskap, teknologi; konst; etik, rätt och statsskick; allt i ömsesidigt beroende.

Kulturen bestämmer vårt gemensamma levnads- och handlingssätt. Återigen utnyttjas här gemenskapsetikens insikt: värdena är en beståndsdel av kulturarvet.

Denna teori leder förvisso oundvikligen till frågan vad som bildar en och samma kultur. Hur pass lokal får en kultur vara? Är »vårt» kulturarv svenskt, nordiskt, europeiskt, västerländskt eller globalt? Är detta kultur-

arv liberalt, kristet eller förankrat i den antika grekiska filosofin? »Varken den indiska, den kinesiska, den europeiska, den afrikanska eller den latinamerikanska kulturen är en renodlad kultur. Varje... försök att undersöka en kultur... som en sluten och väl avgränsad bild (*geschlossenes Bild im Sinne einer Monade*) slår fel» (Mall 1993, 1). Vidare »finns de flesta olikheterna mellan människor inom grupperna, inte i mellan dessa» (Holenstein 1994, 10 med referens till biologen *Stephen Jay Gould*).

> »Varje kultur kan indelas i en rad av delkulturer (»subkulturer») efter... allmänmänskliga faktorer, såsom ålder, kön, yrke, status, skikt, region... Man väntar sig följaktligen, att de som tillhör samma samhällsskikt... uppvisar gemensamma egenskaper som överskrider gränser mellan respektive kulturer, samtidigt som de inte delar dessa egenskaper med andra skikt inom eget språk och eget kultur. En bondekvinna i de japanska alperna kan hysa världs- och värdeföreställningar, som en kvinnlig jordbrukare i schweiziska bergstrakter är benägen att dela med henne, i motsats till en kommunalanställd i Tokyo» (Holenstein 1993, 129).
>
> Men är inte *nationalstaten* särskilt ägnad att bilda en kulturenhet? »Ändå är den politiska gemenskapen antagligen det närmaste vi kan komma en värld av gemensamma innebörder. Här möts språk, historia och kultur (och kommer varandra närmare än någon annanstans) för att åstadkomma ett kollektivt medvetande. Betraktad som en bestämd och bestående mentalitet är en nationalkaraktär uppenbarligen en myt; men gemensamma förnimmelser och stämningar bland medlemmarna i en historisk gemenskap är ett faktum» (Walzer 1989, 185; jfr Walzer 1983, 28). Förvisso behöver Walzer (id.) en sådan politisk gemenskap som en »referensram» och »rätt sammanhang» för sin »strikt procedurella» teori om politisk rättvisa. Vi har nämligen »enligt Walzer anledning att godta som rättvis all fördelning av nyttigheter i ett samhälle där demokrati råder inom den politiska sfären» (Hermansson 1989, 148). Men vi har enligt min mening ingen anledning att uppfatta nationalstaten som en *generell* referensram för all debatt om kulturarvets betydelse för etiken och juridiken.
>
> »Medan historiskt sett Europa har präglats snarare av skillnader än likheter har det jämväl kännetecknats av en samlevnad där skilda regioners invånare förenats av olika kulturförbindelser... Vi kan rimligen betrakta oss... som medlemmar... av en bredare kultur som genomgått trehundra år av kritik och uppbyggnad av religiös tolerans, maktbegränsning och demokrati. Som denna bredare gemenskap ser 'vi' bakåt på tvåtusen års kritik och ifrågasättande av kunskap, sanning, det goda, individens plats i gemenskapen, och så vidare» (Ingram 1993, 22).

Å andra sidan är »det kristet-västerländska värdesystemet *långt mindre universellt* än vi ofta gör gällande... Tecken på ökad antagonism mellan den västerländska, den islamiska och den konfutionistiska kulturkretsen uppträder allt oftare. Våra frihetligt-demokratiska värden låter sig inte påtvingas andra kulturer... De är emellertid tillräckligt starka för att väcka intellektuellt ferment i hela världen, såvida vi är redo att debattera med främlingarna, utan att på förhand betrakta vår egen värdeskala som allena saliggörande» (ledare i *Neue Zürcher Zeitung* 29/30 maj 1994).

»Vårt» kulturarv är sålunda snarare en blandning av olika fragment med mycket skild geografiska och historiska utsträckning. Det omfattar ett antal globala och »moderna» föreställningar om vetenskap och teknologi. Det omfattar tillika de i västerlandet utvecklade idéerna med anspråk på universell giltighet, såsom tolerans, jämlikhet, grundläggande mänskliga rättigheter m.m., samt en (europeisk?) benägenhet att då och då självständigt ifrågasätta det egna samhällets etablerade sanningar. Ett nordiskt ordningssinne och svenskt trygghetsbehov finns där bredvid en skånsk sävlighet och lundensisk humor. Kort sagt kan kulturarvet inte uppfattas som en historiskt, geografiskt eller etniskt avgränsad enhet. Ändå är det en påtaglig del av verkligheten. Att leva utan något kulturarv är lika omöjligt som att leva utanför samhället.

C BEGREPPET »NORMAL»

Kravet på att vara fullt normal (jfr avsnitt A ovan) kan preciseras i anslutning till medicin, psykiatri och antropologi. Ur den sistnämnda synvinkeln kan följande konstateras. Kulturen är gemensam för samhällsmedlemmar (Young 1934) och obligatorisk, dvs. sådan att en individ måste »ha» den för att erkännas som en fullvärdig medlem i ett samhälle (Collin 1987). Självfallet behöver inte en fullvärdig medlem förfoga över *hela* kulturen av sitt samhälle. Det räcker med en väsentlig del. Han måste t.ex. delta i tillräckligt många verksamheter, uppvisa tillräckligt många benägenheter, efterleva tillräckligt många normer och använda tillräckligt många redskap.

Uppfyller en individ inte detta minimum, är han som sagt inte normal. Men även den som är onormal måste *till viss del* ta del i kulturen.

D GEMENSAMMA PUNKTER AV ALLA KULTURER? MEDFÖDD KUNSKAP?

Vissa grundläggande rationalitetskrav, framför allt rent logiska sådana, gäller emellertid *alla* människor, oavsett deras kulturtillhörighet.

De står i samband med vissa medfödda funktioner som lär betinga all inlärning (Popper 1972, 71; Lorenz 1973 kap IV), abstrakt tänkande, kultur (Lorenz 1973 kap V och VII) och språk (jfr Chomsky 1970 och 1967, 87 ff.). Men sådana åsikter är omstridda. »Det som måste vara 'medfött' är... inlärningsstrategier», inte grammatiken; Putnam 1967, 100. Jfr Goodman 1967, 107 och Katz 1966, 269.

Den filosofiska tradition som bygger på *Kant* tjänar som inspirationskälla i detta sammanhang. Det går inte att empiriskt visa att tiden och rummet existerar, eftersom all sådan bevisföring redan bygger på tid och rum (Kant 1781, A 22 ff., B 37 ff., A 30 ff., B 46 ff.; jfr Kemp 1968, 16 ff.). Fast matematiska teorier om tid och rum förändras (jfr t.ex. Popper 1972, 135) måste de alltid förutsätta att tingen finns i *något* slags rum och tid (jfr Patzig 1976, 32 ff. och Trigg 1973, 164-165). Vi iakttar olika ting men det är inte givet att det ena är ett bord och det andra en hund; för att veta det måste vårt förstånd ha skapat begreppen »bord» och »hund» (Kemp 1968, 24). Förståndet använder då »kategorier» (dvs. logiska former och tankemönster, jfr Kant 1781, A 80, B 106) för att aktivt ordna sinnesdata och så kan vi iaktta olika ting. Kant har utarbetat en lista av kategorier, däribland enhet, substans och orsakssammanhang. Enligt Kants kausalitetsprincip sker således alla ändringar i enlighet med lagen om orsak och verkan (A 189, B 232; jfr Burks 1967, 608 ff.). Visserligen är listan av kategorier omstridd (jfr t.ex. Strawson 1966, 79 och 266 ff.). Avancerad filosofi och fysik kan dessutom modifiera t.ex. kausalitetsbegreppet men resultatet måste möjliggöra samma distinktioner som görs i samband med orsaksbegreppet i vanlig mening. Det är naturligt att anse att sådana kategorier är medfödda. Inte ens Wittgenstein uteslöt medfödd kunskap, jfr Kenny 1975, 184.

Kants kategoriska imperativ som bildar grund för all moral (handla endast efter den maxim om vilken du kan vilja att den också skall vara en allmän lag) kan likaledes anses ha en kulturöverskridande karaktär. Imperativet måste emellertid tolkas restriktivt, nämligen som ett »formellt» krav på att etiska plikter måste stödjas på logiskt sett universella normer; *se* avsnitt 7.6.1C nedan.

Måhända gäller detta även vissa grundvärden. Har det någonsin funnits ett samhälle vars medlemmar utan någon som helst anledning helt oförhindrat fick döda varandra? Bl.a. gemenskapsetikens kritik av alltför abstrakta moralteorier (se avsnitt 5.6 ovan) motiverar emellertid en stor försiktighet vid uppställandet av universella moralvärden.

Moralnormernas *innebörd* är visserligen sådan att de kan tillämpas på alla människor, oberoende av hemvist, medborgarskap, etniskt ursprung m.m. Innebördens universalitet är emellertid fullt förenlig med tesen att moralnormernas yttersta motivering måste bygga på en viss gemenskaps

tradition och språk (jfr även MacIntyre 1994, 295). Se vidare avsnitt 8.4.5A3 nedan.

5.8.6 Fundamentism och koherentism

Vad är det som inom vår kultur är så pass säkert att vi sålunda tvingas att anta det? Finns det några säkra åsikter, ståndpunkter eller inställningar? Finns det någon säker kunskap?

A FUNDAMENTISM

De kunskapsteoretiska *fundamentisterna* (jfr Bergström 1990, 95 ff.; det engelska ordet är »*foundationalists*») anser ändå att all kunskap ytterst baserar sig på vissa säkra satser (respektive åsikter, uppfattningar, omdömen), uppenbara var för sig. Dessa fundamentala satser är välgrundade i sig själva. De behöver inte bevisas. Alla icke-fundamentala satser måste på något vis härledas från fundamentala satser för att själva vara välgrundade.

Rationalism och empirism kan uppfattas som två olika varianter av fundamentism. Enligt rationalismen finns det vissa fundamentala åsikter, vilkas riktighet vi inser enbart med hjälp av förnuftet, oberoende av erfarenhet. Enligt empirismen baserar sig all kunskap på observationsdata, och ytterst på våra »sinnesdata»; t.ex. »det här förefaller vara (*'appears'*) vit» (jfr t.ex. Chisholm 1957 och 1966, 30 ff.; jfr även kritiska anmärkningar av Dancy 1985, 53 ff.).

Vissa extrema fundamentister menar att fundamentala satser inte kan vara felaktiga. En moderat fundamentist antar emellertid inte att fundamentala satser är immuna för modifikationer. Han antar endast att dessa satser har en viss särställning, eftersom de *prima facie*, vid argumentationens *utgångsläge*, är säkrare än andra satser. Argumentationens slutgiltiga *resultat* kan mycket väl bli att de ursprungligen antagna satserna modifieras eller t.o.m. elimineras.

> »*Föregående* (*antecedent*) *säkerhet* är den säkerhet som en åsikt (*belief*) innehar, som är föregående gentemot... frågan hur väl den hänger samman med andra sådana... *Efterföljande* (*subsequent*) *säkerhet* är den säkerhet som en åsikt erhåller till följd av dess bidrag till det inre sammanhanget av den ifrågavarande mängden (åsikter). Alla motiverade (*justified*) åsikter har, tack vare sammanhanget, en grad av efterföljande säkerhet» (Dancy 1985, 122).

Det är emellertid *inte* uppenbart att de »uppenbara» satserna, vare sig de beskriver observations- eller »sinnes»-data, är *prima facie* säkrare än

många andra satser (jfr Bradley 1914, 209 ff.; Dancy 1985, 123 ff.), såsom olika slags teorisatser eller olika antaganden om vetenskapens metod.

B SAMMANHANGSTEORI (KOHERENTISM)

De flesta säkra satser, etiska, empiriska och kanske t.o.m. analytiska, tas för givna därför att de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas, om tillräckligt starka skäl motiverar det. Men det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem, och ändå göra anspråk på att veta något.

Man kan således tvivla på p_1 om man förutsätter p_2 och p_3 och tvivla på p_3 om man förutsätter p_1 och p_2. Men man kan inte på en och samma gång tvivla på p_1, p_2, och p_3.

De kunskapsteoretiska *koherentisterna* (sammanhangsteoretikerna) gör gällande att man inte kan skilja mellan fundamentala och icke-fundamentala satser. Inte ens observationsdata är *prima facie* säkrare än många teorisatser (jfr Dancy 1985, 123 ff.; Bradley 1914, 209 ff.). Självfallet hävdar koherentisterna dessutom (i likhet med vissa moderata fundamentister, se strax ovan), att *varje* enskild sats kan ifrågasättas. Det säkra ligger i stället i många satsers inbördes sammanhang (koherens; jfr Kekes 1979, 407; Quine 1953, 1960 och 1969, 69 ff; Sellars 1963, Lehrer 1974, Rescher 1973, 1977 och 1979, Winch 1958 m.fl.).

Fundamentisterna svarar på detta att även falska påståenden kan hänga samman; hur kan då en koherentist välja mellan konkurrerande system av satser? (jfr Kekes 1979, 406).

Det finns även olika kompromissförsök mellan dessa två skolor (jfr Kekes 1979, 405 ff.). »Detta tycks... peka på att distinktionen mellan koherentism och moderat fundamentism är flytande» (Bergström 1990, 102).

Jag delar emellertid inte Bergströms åsikt att distinktionen kan uppfattas som »t.o.m. obegriplig» (id.).

C TVÅ FORMER AV JURIDISK FUNDAMENTISM: POSITIVISM OCH NATURRÄTTSLÄRA

Fundamentismen uttrycker sig i juridiken på två olika sätt:

- Vissa rättspositivister hävdar att *grundlagen* är den juridiska argumentationens säkra fundament. *Kelsens* grundnormsteori (se avsnitt 2.2.2E ovan och 6.1.7 nedan) kan sättas i detta sammanhang. Juristerna antar nämligen grundnormen som kräver att författningen skall efterlevas. Denna grundnorm kan uppfattas som den juridiska argumentationens yttersta fundament.

Visserligen anser Kelsen att detta antagande blott är en hypotes, eller t.o.m. en fiktion. Dess fundamentala karaktär är m.a.o. inte allmängiltig utan relativ till en bestämd disciplin – juridiken. Men *inom* denna disciplin bildar grundnormen argumentationens fundament.

- Vissa förespråkare för naturrättsläran gör gällande att *naturrätten* bildar ett sådant säkert fundament. Ett tacksamt studieobjekt är *Grotius'* grundsats om att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda)* i förening med läran om individens naturliga disposition över sin kropp, produkter av sitt arbete m.m. (s.k. *suum*, jfr avsnitt 2.3.1F ovan). Listor av säkra grundvärden förekommer även i modern naturrätt (jfr t.ex. Finnis 1980, 59 ff. och 81 ff.).

D EN JURIDISK SAMMANHANGSTEORI

Begreppen »sammanhängande motivering» (»koherent motivering»), »koherens» m.m. är likaledes kända i rättsteori, se avsnitt 7.2 nedan, bl.a. om *MacCormick* och *Dworkin*.

5.8.7 Säkerhet och livsformen

A SATSER SOM ÄR SÄKRA VAR FÖR SIG

En berömd syntes har skisserats av *Ludwig Wittgenstein*.

Förvisso har han uttalat fundamentistiska åsikter. Man kan inte tvivla på allt (jfr Wittgenstein 1979 § 115 och 1 ff.), eftersom allt tvivel förutsätter vissa säkra grunder (jfr 1979 § 122 och 217; Aarnio 1977, 100 ff.). Om du inte är säker på något faktum kan du inte heller vara säker på vad dina ord betyder (jfr 1979 § 114; jfr § 231 och 1953 § 481). Tvivel förutsätter sålunda säkerhet (1979 § 115, jfr §§ 124 och 253). I

vårt kunskapssystem står vissa ting orubbligt fast medan andra är mer eller mindre skiftande (1979 § 144, jfr § 136). Dessa »fasta» ting är säkrare än de grunder som kan tänkas stöda dem (1979 § 307). Ingenting kan gälla som motskäl. Det kan ifrågasättas om tvivel har någon mening i detta samband (1979 § 2, jfr § 154).

Vissa säkra satser tas för givna var för sig, t.ex. »det här är min hand» och »jorden fanns för hundra år sedan» (jfr t.ex. Wittgenstein 1979, §§ 1, 412 ff. och 84 ff. – i anslutning till Moores exempel). Ingen normal människa ifrågasätter t.ex. att jorden fanns för hundra år sedan.

B LIVSFORMEN

Dessa säkerheter bestäms av livsformen.

Wittgensteins begrepp »livsform» infördes i rättsteorin av *Aulis Aarnio*.

Ordet »livsform» användes även av bl.a. Spranger (jfr t.ex. 1950), men i en annan bemärkelse och i ett annat sammanhang.

Livsformen kan inte definieras på något exakt sätt (jfr Black 1978, 330; Black 1980 *passim*), men följande kan ändå sägas.

- Begreppen »livsform» och »kultur» uppvisar en långtgående likhet. Den huvudsakliga skillnaden är att det förra oftast används i ett filosofiskt, det senare i ett samhällsvetenskapligt sammanhang.
- Vår livsform är vår världsbild uttryckt i vardagliga *handlingar* (jfr Aarnio 1979b, 34) och vissa grundläggande *begrepp*.
- Livsformen avgör vilka satser (respektive åsikter, uppfattningar, omdömen) som är »säkra».
- Olika människor kan förstå och komma överens med varandra endast om de tillhör samma livsform. Men »vår» livsform är ingen geografiskt och historiskt avgränsad enhet utan en blandning av olika fragment med mycket skilda geografiska och historiska utsträckning (jfr Alexy 1979, 121 ff). Jag kan t.ex. förstå en indisk kollega då han talar om mänskliga rättigheter men kanske inte då han lyfter fram meditationens roll i hans liv.
- Kunskapen påverkas följaktligen av våra handlingar och vårt språk.

Vårt språk påverkas givetvis av erfarenhet. Å andra sidan kan inte vår erfarenhet undgå att påverkas av språket. Anta att ögat registrerar en flod av färger och gestalter och örat noterar ett ljud. Så erfar jag ett observationsdatum: en vit svan flyger förbi. Men för att känna igen den vita svanen måste jag förfoga över ett

språk som omfattar begreppen »vit» och »svan». Observationen är mer än att passivt erfara färger och ljud; den består av att medvetet iaktta färger och ljud av ett visst *slag* (Hanson 1958, 24) som bestäms av ett begrepp. En sats såsom »den här svanen är vit» baserar sig visserligen på erfarenhet. Men då ett föremål kallas för en »svan» förutsätts att det har egenskaper som går utöver observation (Popper 1959, 423). Begreppet »svan» omfattar dessutom *alla* svanar, även de som ingen någonsin sett.

Språket och erfarenheten anpassas ständigt till varandra. Språket bestämmer inte några absoluta gränser för vår erfarenhet (Castañeda 1980, 36). Människor har fler begrepp (dvs. »*distinctive cognitive capacities*») än ord att uttrycka dem i (Black 1962, 249). Små barn och djur har en viss kunskap men inget språk, jfr Churchland 1979, 137. Nya iakttagelser kan därför leda till att språket förfinas. Samtidigt möjliggör det förfinade språket att man skaffar sig ännu fler iakttagelser.

- Samtidigt påverkas språket av handlingarna. »Att tala ett språk är en del av en verksamhet (*Tätigkeit*, *activity*), eller av en livsform» (Wittgenstein 1953 § 23). »Motiveringen... kommer till sitt slut; – slutet är emellertid inte att vissa satser omedelbart framstår för oss som sanna, alltså ett slags seende, utan vårt *handlande* (*Handeln*, *acting*), som ligger till grund för språkspelet» (Wittgenstein 1979 § 204. Jfr § 344).

  Ett språkspel är »det hela: språket och verksamheterna» (Wittgenstein 1953 § 7).

  »Det finns en mångfald språkspel...: att befalla..., att beskriva..., att berätta..., att spekulera om en händelse..., att uppställa och testa en hypotes..., att spela teater..., att skämta..., att be, tacka, svära, hälsa, bedja» (a.a. § 23; jfr även §§ 19, 241 och s. 174 och 226; jfr Wittgenstein 1979 § 204).

  Språkspelen är besläktade med varandra (Wittgenstein 1953 § 65), de bildar en familj (a.a. § 67) och uppvisar »ett komplicerat nät av likheter» (a.a. § 66).

  Ett språkspel baserar sig på en förkunskap, ett fragment av en världsbild (jfr Aarnio 1979b, 34 och 1977, 126 ff). Se även von Wright 1972, avsnitt 4-6. Denna förkunskap är som sagt påverkad av vårt handlande.

Begreppen skulle inte kunna uppfattas utan någon kunskap om motsvarande handlingar. »Vårt talande erhåller sin mening från våra övriga handlingar» (Wittgenstein 1979 § 229. Jfr § 476). Om man t.ex. inte visste någonting om vare sig lagstiftnings- eller domstolspraxis skulle man inte kunna uppfatta begreppet »gällande rätt». Handlingarna bildar således grunden för all kunskap. »I början var en handling» (»*Im Anfang war die Tat*», Wittgenstein 1979 § 402, cit fr Goethe, Faust I).

C GRUNDLÄGGANDE BEGREPP

Å andra sidan skulle många av våra handlingar vara obegripliga, om man inte hade haft åtminstone någon elementär föreställning om motsvarande begrepp.

Vissa av dem betecknar vardagliga handlingar. Wittgensteins exempel kan återges i detta samband: att befalla..., att beskriva..., att berätta..., att spela teater..., att skämta... m fl.

Vidare; vissa sådana begrepp betecknar vardagliga ting, däribland »bord» och »stol», olika sorters mat, t.ex. »bröd» och »kött», olika kroppsdelar, exempelvis »hand» och »huvud», vissa delar av vår miljö, såsom »skog», »hav», »gräs» m.m. och olika djurarter, såsom »katt» och »hund».

D WITTGENSTEIN OM SAMMANHANG

Endast ett fåtal satser är emellertid säkra var för sig. Det är ovisst om de kan bilda fundament för all kunskap.

Det har t.o.m. ifrågasatts om de överhuvudtaget har någon funktion i vårt system av påståenden, jfr Wolgast 1992, 251 ff, särskilt 269 ff.

Wittgenstein har emellertid även gjort vissa sammanhangsteoretiska iakttagelser. »Vår kunskap bildar ett stort system. Och endast i detta system har en enskild beståndsdel det värde som vi tillskriver den» (Wittgenstein 1979 § 410. Jfr §§ 144, 152 och 225). »Inte enskilda axiom framstår för mig som uppenbara utan ett system i vilket slutsatser och premisser stöder *varandra*» (a.a. § 142). Varje enskilt faktum kan ifrågasättas men det går inte att på en och samma gång förkasta alla av dem (a.a. § 232. Jfr Aarnio 1979b, 29 ff.). Världsbilden är som en strand av en flod. Floden består av våra erfarenheter som ständigt förändras. »Och flodens strand består delvis av en hård klippa som undergår ingen eller en omärklig förändring, och delvis av sand som här och var snart spolas bort» (Wittgenstein 1979 § 99. Jfr § 256).

E VISSA SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER OM SÄKRA SATSER OCH LIVSFORMEN

Wittgensteins iakttagelser är både väsentliga och i huvudsak riktiga men enligt min mening något ensidiga. Inte endast vardagliga begrepp utan även abstraktare sådana spelar en grundläggande roll i vårt liv, t.ex. »tid», »rum», »sanning», »orsak», »skäl», »substans», »enhet» och »mångfald».

Dessa begrepp är visserligen inte »vardagliga» på samma sätt som »bröd» och »gräs», men de står i ett intimt samband med det vardagliga. Ett grässtrå finns t.ex. till på en yta. Hur kan en person uppfatta ett »grässtrå» utan att kunna föreställa sig en yta, alltså utan att ha föreställning om »rummet»?

Sammanfattningsvis kan följande konstateras. Endast ett fåtal satser är så pass säkra var för sig, att det egentligen inte går att ifrågasätta dem, t.ex. »det här är min hand» och »jorden fanns för hundra år sedan». Ett större antal satser är *prima facie* säkra var för sig: goda skäl krävs för att ifrågasätta dem. Som exempel kan man ange både satser som beskriver observations- eller »sinnes»-data. Även vissa uppenbara insikter i naturen är förankrade i vår livsform. Ingen normal människa ifrågasätter att man kan resa till Amerika, att det snabbaste sättet att ta sig dit är att sätta sig på ett flygplan och att planet verkligen kan flyga. Olika slags teorisatser eller olika antaganden om vetenskapens metod kan likaledes uppfattas som säkra i denna betydelse, t.ex. antagandet att experiment är en bättre kunskapskälla än drömmar.

Sådana uppenbara insikter, sammanbundna med vardagliga handlingar och grundläggande begrepp, bildar olika utgångspunkter och slutpunkter för argumentering. Begreppet »livsform» kan uppfattas som ett abstrakt namn på alla dessa utgångs- och slutpunkter.

Sådana trossatser och begrepp påverkar hela vår världsbild. *Om man på en och samma gång skulle ändra på* flera av dem skulle man vara tvungen att genomföra en radikal, oacceptabel, praktiskt omöjlig och nästan oföreställbar ändring av det vardagliga livet. Man skulle tvingas till handlingar som man inte alls är beredd att utföra. Kanske skulle man tvingas till passivitet och tystnad.

Ingen människa som tillhör vår kulturkrets kan sålunda på en och samma gång förkasta många av dessa satser och begrepp utan att behöva ersätta dem med andra som möjliggör liknande distinktioner och liknande handlingar.

F PRIMA FACIE-NORM- OCH VÄRDESATSER SOM EN BESTÅNDSDEL AV VÅR LIVSFORM

När det gäller värdefrågor har sålunda alla normala människor som tillhör en bestämd kulturkrets vissa gemensamma insikter, desto fler ju snävare kulturkretsen bestäms. Nästan alla människor utgår t.ex. från att man inte utan någon anledning får döda folk. Nästan alla människor som tillhör den västerländska kulturkretsen utgår från allas rätt att fritt förfoga över ett

visst minimum av personliga ägodelar; osv. Återigen: *prima facie*-grundvärden bestäms av kulturarvet (traditionen), m.a.o. av livsformen.

G PRIMA FACIE-RÄTTEN SOM EN BESTÅNDSDEL AV VÅR LIVSFORM

Det ovan sagda gäller även vissa rättsnormer, juridiska uppfattningar och begrepp.

- De viktigaste handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem beaktas nästan alltid av enskilda vid sådana vardagliga handlingar som att köpa, låna, gifta sig osv. Ett stort antal av systemets övriga handlingsnormer beaktas i de flesta fall av dem som de är tillämpliga på (jfr avsnitt 2.8.3B ovan).
- Förvisso ändras rättsnormerna ständigt. Om ändringarna är ytliga inverkar de inte på livsformen. Djupgående och genomgripande rättsändringar medför emellertid att även livsformen modifieras. Så har skett t.ex. i Östeuropa efter kommunismens sönderfall. Livsformen bestämmer även gränser för rättsförändringar. Gränserna är visserligen flexibla men ändå kännbara. Man kan t.ex. knappast föreställa sig ett samhälle i vilket lagen effektivt avskaffat all egendom, allt familjeliv och allt skydd för mänskligt liv. I ett sådant samhälle skulle man dessutom tvingas till handlingar som man inte alls är beredd att utföra. Kanske skulle man tvingas till passivitet och tystnad. Inte heller kan man helt konsekvent ignorera lagen och ersätta den med t.ex. en religiös meditation.
- Lika lite kan man föreställa sig ett någorlunda modernt samhälle i vilket grundläggande juridiska begrepp upplöstes till den grad att det inte längre skulle vara möjligt att meningsfullt tala om »rätt» och »orätt», »mitt» och »ditt», »köp» och »pengar», »skuld» och »straff» m.m. (Kanske därför hade Pol Pot ingen chans i Kambodja). Ingen människa som tillhör vår kulturkrets kan sålunda förkasta dessa begrepp utan att behöva ersätta dem med andra som möjliggör liknande distinktioner och liknande handlingar.
- Det således i livsformen förankrade och därmed säkra värde-, begrepps- och normsystemet omfattar olika slags komponenter. Vissa uttrycker konkreta värdeomdömen, t.ex. »Pol Pot borde straffas». Andra uttrycker generella värden; t.ex. »människolivet är värdefullt». Det finns även säkra norm- och värdesatser enligt vilka vissa procedurer är värdefulla, t.ex. vissa juridiska lagtolkningsmetoder (såsom ändamålstolkning, analogislut m.m).

- Men endast ett fåtal av dessa *prima facie* rättsliga värden, normer och begrepp är säkra var för sig. De flesta är säkra endast på det sättet att man inte på en och samma gång kan ifrågasätta alla eller nästan alla av dem. Om man hade gjort det skulle man ställa sig utanför samhället.

Det ovan sagda lär vara i stor utsträckning förenligt med *Jürgen Habermas'* teori om att rätten bildar en beståndsdel av »livsvärld» (jfr 1992, 108 osv.).

I likhet med Husserls fenomenologiska livsvärldsanalyser och Wittgensteins livsformsanalyser syftar Habermas' teori på bestående strukturer som bestämmer olika partikulära livsformer och livsvärldar (1981 band 2, 182). Livsvärlden omfattar bl.a. bestämda självklarheter som bildar den allmänt accepterade med ändå »problematiserbara» kunskapen (id. 189, se vidare id. 182-228). Den uttrycker sig i vardagspraxis, i en bred, orubblig och djupgående enighet avseende tolkningsmönster, lojaliteter och färdigheter (1992, 38). En individ accepterar sin livsvärld utan att ställa några frågor (*fraglos*, 1981 band 2, 198). Livsvärlden är immun mot total revision. Dess gränser är ogenomträngliga (id 201).

5.8.8 Relevans och det språkligt möjliga

A STEGET FRÅN RELEVANS TILL DET SPRÅKLIGT MÖJLIGA

Varje *relevant* etisk *prima facie* sats är även en språkligt *möjlig* etisk *prima facie*-sats. Med andra ord: Om vår etiska kultur tvingar oss att beakta en viss norm- eller värdesats vid en etisk avvägning, så är det inte språkligt besynnerligt att således beakta denna sats. Man kan knappast tänka sig att det är språkligt besynnerligt att beakta en viss norm- eller värdesats, och att alla normala människor som tillhör vår kulturkrets ändå beter sig som om de hade tagit för givet att denna sats inte får ignoreras vid en etisk bedömning.

B STEGET FRÅN DET SPRÅKLIGT MÖJLIGA TILL RELEVANS

Det omvända förhållandet är mer komplext. Om det inte är språkligt besynnerligt att beakta en viss norm- eller värdesats vid en etisk avvägning, så är det rimligt att vi av vår etiska kultur tvingas att *åtminstone i vissa sammanhang* således beakta denna sats.

Visserligen anser många normala människor att några språkligt möjliga norm- eller värdesatser får ignoreras vid många, t.o.m. de flesta etiska bedömningar. Man får t.ex. ignorera nazistiska moralläror då man debatterar demokratifrågor.

Samtidigt är sådana språkligt möjliga etiska uppfattningar som nazistiska moralläror inte relevanta då man bedömer en människas tillhörighet till vår gemensamma kultur eller livsform. »Normala» *prima facie* grundvärden bestäms av kulturarvet, m.a.o. av livsformen. Om en etisk bedömare hade på en och samma gång förkastat flera av dem skulle han ställa sig utanför samhället. Däremot går det utmärkt att konsekvent ignorera Hitlers »rashygieniska» föreställningar; dessa hör inte till vårt kulturarv.

Å andra sidan är det rimligt att *argumentera* för åsikten att dessa (språkligt möjliga) norm- och värdesatser inte är värdiga att beaktas i bestämda sammanhang. En sådan argumentation innebär att dessa satser i själva verket beaktas i ett annat sammanhang, nämligen vid en avvägning som sker på en högre nivå och besvarar frågan *varför* de får ignoreras. Det skulle vara orimligt, ja en smula fanatiskt, att utan någon som helst avvägning bestämma att några språkligt möjliga etiska uppfattningar aldrig får beaktas.

Det är följaktligen rimligt att varje språkligt möjlig etisk *prima facie*-sats är etiskt relevant *i denna speciella mening*.

5.8.9 Steget från teoretiska satser till etiska prima facie slutsatser

Kan en etisk *prima facie* norm- eller värdesats följa av en premissmängd som *endast* består av teoretiska satser? Låt mig till en början hävda att följande antaganden är *rimliga*.

Om en handling ökar människors lycka så är den *prima facie* god och bör *prima facie* utföras.

Om en handling är väl anpassad till människors preferenser så är den *prima facie* god och bör *prima facie* utföras.

Om en handling ökar förverkligandet av människors talanger så är den *prima facie* god och bör *prima facie* utföras.... osv.

Vidare, om en individ brukar utföra sådana handlingar så han en *prima facie* god människa.

Generellt uttryckt:

Det faktum att en handling uppfyller krav uppställda av minst en etablerad etisk princip eller lära utgör följaktligen ett tillräckligt villkor för att det är *rimligt* att den ifrågavarande handlingen är *prima facie* god eller *prima facie* bör utföras eller att individen i fråga är etiskt god.

Det är sålunda rimligt att säga att den omständigheten att en handling är *prima facie* god eller *prima facie* bör utföras – respektive att en individ är *prima facie* etiskt god – utgör ett nödvändigt villkor för att handlingen uppfyller krav uppställda av minst en etablerad etisk princip eller lära.

Moores öppna frågans argument biter inte på det ovan sagda. Sådana frågor som

- »visserligen ökar handlingen H människors lycka, men är det rimligt att den är *prima facie* god?»; eller
- »visserligen är handlingen H välanpassad till människors preferenser, men är det rimligt att den bör *prima facie* utföras?»

är *inte* öppna. I ljuset av vårt kulturarv *måste* de besvaras med »ja». Vår kultur tvingar oss bl.a. till att anta följande:

- om en handling ökar människors lycka så är det rimligt att den är *prima facie*-god och bör *prima facie* utföras;
- om en handling är väl anpassad till människors preferenser så är det rimligt att den är *prima facie* god och bör *prima facie* utföras... osv.

Moores argument är däremot fullt användbart på *slutgiltiga* etiska satser. Sådana frågor som

- »visserligen ökar handlingen H människors lycka, men är det rimligt att den är *slutgiltig* god och bör utföras?»

är öppna, eftersom övervägande motskäl kan tänkas som gör det orimligt att handlingen är god respektive sådan att den bör utföras. Det är t.ex. i många fall orimligt att hävda att man bör göra en person lycklig genom att ge honom narkotika.

Man kan ställa frågan om de ifrågavarande antagandena inte blott är rimliga utan t.o.m. *analytiskt sanna*.

Frågan om analytisk sanning är svår att besvara men följande måste beaktas.

1. Många filosofer skulle säga att en praktisk sats aldrig kan härledas från de teoretiska satser som beskriver handlingarna. En korrekt slutsats kan nämligen inte ha en rikare innebörd än den premissmängd varav den följer. Etiska *prima facie* norm- och värdesatser har ur en viss synvinkel en mer omfattande innebörd än teoretiska satser. De förra har nämligen inte endast teoretisk mening utan även praktisk mening: de är direkta skäl för avvägningsakter. T ex innebär satsen »man bör *prima facie* göra det som ökar medmänniskornas lycka» att hänsyn till lyckan måste beaktas vid (alla eller åtminstone vissa) etiska avvägningar. Rena faktapåståenden, t.ex. om att en handling ökar människors lycka, kan däremot uppfattas som teoretiska, »värderingsfria». Relationen »om... så» i sådana teser som »om en handling ökar människors lycka så är den *prima facie* god» kan närmare bestämt

uppfattas som inte helt bestämd av de ifrågavarande *begreppens* innebörd. Den kan anses vara beroende på den ifrågavarande *kulturen* som helhet, inte blott på dess språk. Om så är fallet kan sådana antaganden inte vara analytiska.

Sambandet mellan teoretiska satser och normativa respektive värderande *prima facie* slutsatser kan sålunda uppfattas som en fråga om *rimlighet*, inte enbart logik och begreppsanalys. »I samband med etisk debatt finns det vissa steg vilka inte motiveras av semantiska regler utan snarare av den rimlighetsuppfattning som genomsyrar debatten» (Peczenik och Spector 1987, 473).

2. Praktisk mening av etiska *prima facie* norm- och värdesatser är emellertid *svag* i följande bemärkelse. Förvisso är sådana satser direkta skäl för avvägningsakter. Men avvägningsakterna är särpräglade handlingar. Ett beslut att genomföra en avvägningsakt framtvingas av den ifrågavarande kulturen: så snart en individ vill motivera en etisk ståndpunkt måste han göra en avvägning. Vid denna avvägning får han inte ignorera kulturens *prima facie* värden. Avvägningsbeslutet är m.a.o. mindre fritt än andra handlingsbeslut.

Judith Jarvis Thomson (1989, 12 ff) betraktar sådana satser som »Vid i övrigt oförändrade förhållanden skall man inte tillfoga andra smärta» som nödvändiga sanningar, fast de inte är triviala och följaktligen enligt hennes uppfattning inte heller analytiska. Ur hennes synvinkel kan detsamma sägas om *prima facie* etiska satser såsom »Om en handling innebär att en individ tillfogar en annan smärta så är denna handling *prima facie* ond och bör *prima facie* inte utföras». Dessa satser kan även betecknas som *a priori* (id 13 n 14), dvs. sanna i kraft av förnuft, oberoende av empiriska iakttagelser. Den sedan Kant berömda frågan om det finns icke-analytiska (m.a.o. syntetiska) satser *a priori* kan inte behandlas i denna framställning.

3. Det språk som man till vardags använder för att beskriva olika handlingar består inte blott av teoretiska termer utan inkluderar därjämte en rad värdeuttryck. Det finns följaktligen även filosofer som påstår att man överhuvudtaget inte *kan* beskriva samhället utan att använda värdebemängda ord. Om redan en beskrivning av handlingar inkluderar värdeuttryck, kan man i princip från en sådan värdebemängd beskrivning mycket väl härleda värdesatser.

5.8.10 Åter till osäkerhetsproblematiken

Den ovan utvecklade teorin om de etiska värdenas förankring i kulturen är avsedd att vara en del av argumentationen för (den materiella) rättssäkerhetsnormen (jfr avsnitt 1.6.2B ovan): beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara så pass förutsebara med stöd av lagen som är förenligt med ett rimligt hänsynstagande till andra etiska värden.

Kravet på att myndighetsutövningen bör vara förutsebar måste sålunda vägas samman med andra etiska värden. Därför måste en viktig invänd-

ning bemötas, nämligen att etiska värden är så pass obestämda att rättens legitimitet hotas. Jfr återigen Jareborgs tes att »varje påstående om materiell rättssäkerhet... saknar... precision» (Jareborg 1992, 90).

Ett delsvar på denna invändning innebär att *prima facie* värden är kulturbestämda, således *inte* subjektiva. Men kan man verkligen fastställa värdenas exakta innebörd?

Svein Eng har således kritiserat denna teori för att den inte är »intersubjektivt begrunnbar» (1992, 500), inte anger några »operationaliserbara kriterier» (1991, 284) och saknar »empirisk grund». Om dessa ord uppfattas i enlighet med naturvetenskapens och den kvantitativa sociologins tradition har Eng självfallet rätt. Men den förevarande teorins syfte är att bilda en förståelsemodell för etik, juridik och argumentation, inte att utgöra något bidrag till empirisk sociologi. Därför behöver teorins empiriska grund (i motsats till Engs uppfattning, jfr 1992, 498) inte bestå av antropologiska, sociologiska och psykologiska rön. Det räcker med att lita på en vardaglig erfarenhet.

Engs synsätt på vetenskap och filosofi tycks vara behäftad med logiska positivisters verklighetsfrämmande förväntningar, jfr t.ex. avsnitt 2.1.3 ovan om likadana illusioner uttryckta i Ross' skrifter. Därtill kommer hans utpräglad ovilja mot generella teorier, jfr t.ex. det avslöjande uttrycket »for generelle og dermed for löse» (id.).

En distinktion måste dessutom göras mellan rättsfilosofins och den juridiska argumentationens uppgifter.

- Rättsfilosofins uppgift är inte att bearbeta samhällsvetenskaplig detaljkunskap, utan att bidra till förståelse av det vi alla egentligen vet. Förvisso måste rättsfilosofiska teorier vara intersubjektivt motiverbara, men motiveringen är tillräcklig om dess beståndsdelar sätts i ett omfattande *sammanhang* med varandra; jfr kapitel 7 nedan *passim*. Dessa beståndsdelar behöver inte bestå av konkreta observationssatser. Det räcker med mer eller mindre abstrakta filosofiska teser. Huvudfrågan är därvid om det är *möjligt* att betrakta vissa värden som kulturbestämda. Frågan *vilka* dessa värden är lämnas utanför undersökningen.
- Den juridiska argumentationens uppgift är att utveckla mer konkreta teser om *vilka* värden som således är förankrade i en viss bestämd rättskultur. En sådan undersökning görs inte i detta arbete, men av det ovan sagda framgår att den *kan* göras. Så snart en jurist möter ett svårt fall som måste lösas tvingas han att mer eller mindre explicit undersöka

lösningens värdebas. Värdena bildar ofta avgörandets underförstådda bas. Rättsvetenskapens uppgift består då att formulera denna bas explicit och så klart som möjligt.

Rättssäkerhetstes 6. De i språket och kulturarvet förankrade *prima facie* etiska värdena kan beskrivas så pass exakt, att deras inverkan på den juridiska argumentationen är förenligt med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

5.9 Mer om teoretisk mening av norm- och värdesatser. Slutgiltiga norm- och värdesatser

5.9.1 Slutgiltig skyldighet i motsats till skyldighet prima facie. Kritisk etik

Låt oss nu behandla slutgiltig skyldighet i motsats till skyldighet *prima facie*. Presentationsordningen är följande. Huvudtesen formuleras först. Sedan definieras vissa begrepp. Slutligen anges vissa skäl som stöder huvudtesen.

A HUVUDTESEN

Vid bedömning av varje etisk fråga har man en slutgiltig, definitiv skyldighet att följa den bästa *avvägningen* mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt. En sådan avvägning bestämmer även vad som är slutgiltigt gott i etisk mening.

B SLUTGILTIGA NORM- OCH VÄRDESATSER

B1 Inledning

Om någon uttalar en norm- eller värdesats, t.ex. säger att en viss handling eller person är god kan han därmed mena att omdömet är slutgiltigt. Den talande är m.a.o. inte längre beredd att undersöka om några motskäl väger tyngre i det ifrågavarande fallet. Den uttalade satsen är *subjektivt slutgiltig*.

Det slutgiltiga omdömet är i många fall en produkt av en avvägning. Man *har* undersökt olika skäl och motskäl. Nu är undersökningen avslutad.

Den subjektiva meningen av ordet »slutgiltig» kommer emellertid *inte* att användas i den förevarande framställningen. I stället används en *objektiv* mening av ordet.

En norm- eller värdesats är objektivt slutgiltig om den *kan motiveras genom en slutgiltig avvägning*. Begreppet »objektivt slutgiltig» har två tolkningar, en svagare – avvägningsmässig – och en starkare – handlingsmässig.

B2 Avvägningsmässigt slutgiltiga norm- och värdesatser. En norm- eller värdesats är (objektivt) *avvägningsmässigt* slutgiltig om den kan motiveras så pass väl att *inga* tänkbara motskäl väger *tyngre* i det ifrågavarande fallet.

Att en norm- eller värdesats är avvägningsmässigt slutgiltig behöver emellertid inte utgöra ett tvingande skäl att handla i enlighet med den. Tänkbara motskäl kan väga *lika tungt*. Motskälens vikt kan även vara *omöjlig att bestämma*. I sådana jämvikts- eller osäkerhetsfall är det inte orimligt att vägra följa den ifrågavarande normen eller att vägra göra det som värdesatsen betecknar som det goda.

Logiskt oförenliga norm- respektive värdesatser kan på en och samma gång vara *avvägningsmässigt* slutgiltiga. Ur den synvinkeln liknar de *prima facie* satser; se avsnitt 5.8.3F ovan.

Följande sats är t.ex. inte logiskt motsägelsefull:

»det finns skäl för att A skall göra H;
och
inga motskäl väger tyngre än dessa skäl;
och
det finns ett skäl för att A inte skall göra H;
och
inga motskäl heller väger tyngre än dessa skäl.

Så är nämligen fallet då skälen och motskälen väger lika tungt eller då de inte kan jämföras.

B3 Slutgiltigt handlingsrättfärdigande norm- och värdesatser. Vissa norm- eller värdesatser kan även motiveras så pass väl att *alla* tänkbara motskäl väger *mindre tungt* i det ifrågavarande fallet. Det finns m.a.o. ingen plats för jämvikt eller osäkerhet.

Satsen är då *slutgiltigt handlingsrättfärdigande*, m.a.o. handlingsmässigt slutgiltig. Närmare bestämt är det orimligt att inte betrakta den som ett handlingsskäl.

Det vore t.ex. besynnerligt om en person i det ifrågavarande fallet uppriktigt hävdat att ett till honom riktat påbud kan motiveras så pass väl att alla tänkbara motskäl väger mindre tungt och ändå vägrat att utföra den påbjudna handlingen. Det vore likaledes besynnerligt att uppriktigt

hävda att en bestämd handling som man kan utföra är etiskt så pass god att allt som är oförenligt med den är sämre, och ändå vägra utföra handlingen.

Logiskt oförenliga norm- respektive värdesatser kan *inte* på en och samma gång vara slutgiltigt handlingsrättfärdigande. Det kan t.ex. inte sägas motsägelsefritt: »Kalle skall (slutgiltigt) betala Pelle 100 kronor eftersom alla tänkbara motskäl väger mindre tungt än betalningsskyldigheten. Ändå skall Kalle (slutgiltigt) inte betala Pelle 100 kronor eftersom alla tänkbara motskäl väger mindre tungt än hans skäl att inte betala». Det skulle innebära att betalningsskälen väger tyngre än ickebetalningsskälen, samtidigt som de sistnämnda väger tyngre än de förstnämnda. Dessutom kan man inte på en och samma gång vara slutgiltigt skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar.

C INTERN SYNVINKEL OCH KRITISK ETIK

Den slutgiltiga etiska skyldigheten kan behandlas ur två olika synvinklar, den externa och den interna.

Den externa synvinkeln innebär en beskrivning av en viss samhälleligt etablerad etik: det fastställs vilka skyldigheter som inom vissa samhälleliga grupper uppfattas som slutgiltiga.

I fortsättningen kommer jag emellertid att behandla den *interna* synvinkeln. Den innebär att man utvecklar en egen »kritisk etik». M.a.o. intar man själv en etisk ståndpunkt som är så väl motiverad som möjligt.

5.9.2 Avvägningars betydelse i etisk argumentation

A AVVÄGNING MELLAN PRINCIPER RESPEKTIVE VÄRDEN – INLEDNING

För att rättfärdiga en definitiv etisk norm- eller värdesats måste man utföra en avvägning mellan olika skäl och motskäl. Närmare bestämt måste man sträva efter att finna den bästa avvägningen mellan de *prima facie* satser som stöder slutsatsen och de som stöder dess motsats.

Man kan t.ex. sträva efter att finna den bästa avvägningen mellan frihet och jämlikhet, så att t.ex. en ringa jämlikhetsökning inte »betalas» med en alltför stor frihetsbegränsning; inte heller får en obetydlig ökning av friheten betalas med ett alltför stort mått av ojämlikhet. Ju mindre en viss handling uppfyller den ena av de konkurrerande principerna, desto viktigare är det att den uppfyller den andra; ju mer begränsad friheten är, desto större jämlikhetsökning behövs för att kompensera en ytterligare frihetsbegränsning.

Det kan antas att principer är *detsamma* som *avvägningspåbud* (Alexy 1985, 71 ff.). En princip är sålunda en *norm* som bestämmer vad som skall vägas samman. Normen skiljer sig från påbuds*regler* genom sitt särskilda innehåll: den påbjuder en avvägning medan reglerna påbjuder andra handlingar.

Avvägning spelar en viktig roll i alla etiska, politiska och juridiska sammanhang. I avsnitt 5.4–5.6 ovan analyserades vissa exempel på avvägningars roll i olika etiska läror. I avsnitt 1.5 berördes avvägning mellan olika demokratikriterier. I avsnitt 1.6 utarbetades det materiella rättssäkerhetsbegreppet som förutsätter avvägning mellan förutsebarhetskravet och andra etiska värden.

B ÄNDAMÅLET: EN IDEALTEORI OM DEN BÄST MOTIVERADE ETISKA STÅNDPUNKTEN

Denna framställning avser inte att beskriva faktiskt förekommande etisk argumentation utan endast att klargöra vad det innebär att en etisk ståndpunkt som en person intar är så väl motiverad som möjligt.

En sådan motivering innebär att en person *försöker* finna ett rätt svar på varje etisk fråga han möter, och detta alldeles oavsett hur svår frågan är.

Å andra sidan kan han ha stora problem med att verkligen finna svaret. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 8.3 nedan.

C KRAVET PÅ EN FULLSTÄNDIG MOTIVERING

Vår kultur utgår från att den slutgiltigt handlingsrättfärdigande etiska skyldigheten uppkommer först efter att den etiska argumentationen är fullständigt utförd.

Man har en sådan skyldighet att utföra handlingen H endast om denna skyldighet följer av en *så god argumentation som möjligt, grundad på så många uppgifter om etiskt relevanta ting som möjligt.* Detsamma gäller den etiska godheten, såvida den utgör ett handlingsskäl. Även den följer av bästa möjliga argumentation baserad på alla tillgängliga data.

D KRAVET PÅ EN FULLSTÄNDIG AVVÄGNING

Jag har redan konstaterat att den etiska argumentationen måste inkludera en avvägning mellan olika *prima facie* skäl och motskäl.

Den bästa argumentationen i etiska frågor måste sålunda vara detsamma som den bästa avvägningen.

Den bästa avvägningen innebär att alla relevanta *prima facie* hänsyn har beaktats. Motiveringen är uttömmande och inga fler rimliga skäl kan anföras.

Det följer att man har en slutgiltig, definitiv skyldighet att i varje etisk bedömning följa den bästa avvägningen mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt.

En slutgiltigt handlingsrättfärdigande skyldighet är följaktligen en skyldighet sedan alla relevanta omständigheter beaktats. Den är m.a.o. grundad på avvägning mellan »alla relevanta ting».

Det engelska uttrycket »*an all-things-considered duty*» (se vidare Peczenik 1989, 76-77) är tyvärr omöjligt att översätta. Inom parentes är detta uttryck inte helt korrekt. Det borde sägas »*an all-relevant-things-considered duty*».

En *prima facie* skyldighet kan ur denna synvinkel betecknas som en skyldighet grundad på »ett relevant ting» (»*a one-thing-considered duty*»).

En avvägning som beaktar »alla relevanta ting» kan betecknas som *optimal.* Ekonomisk begreppsbildning, såsom »Paretooptimalitet» och »indifferenskurvor» kan användas som ett mönster för vissa problemlösningar avseende juridisk och etisk avvägning (jfr Alexy 1985, 100 ff. och 145 ff.). Den ekonomiska avvägningsmodellens tillämpning i juridik och etik är emellertid problematisk, eftersom det inte finns några entydiga måttstockar för vare sig etiska värden eller rättsliga hänsyn (jfr Habermas 1992, 316 n. 33).

Jag är enig med Habermas (id. 317) att den juridiska avvägningens uppgift består i att finna vilka av de *prima facie* användbara normerna som »bäst passar till användningssituationen». Denna situation måste beskrivas »ur alla relevanta synvinklar» och »på ett så uttömmande sätt som möjligt» varvid »regelsystemets koherens som helhet» måste beaktas. Jag har emellertid svårt att förstå Habermas' slutsats att en sådan avvägning är något helt annat än »optimering» av konkurrerande värden. Habermas lär skilja mellan en subjektiv, etisk värdeavvägning (»för oss») och en objektiv, juridisk avvägning (»för alla»). Denna distinktion är emellertid föga övertygande. Såväl etiken som juridiken bygger på objektiva grunder, nämligen på historiskt förankrade värden och etablerade rättskällor. Såväl etiken som juridiken förutsätter en avvägning av dessa. I båda fall är avvägningen ytterst sett beroende av personliga preferenser. I båda fall åsyftar man ändå en så riktig avvägning som möjligt.

5.9.3 Avvägning mellan principer och värden – ett exempel

NJA 1984 s. 693. En tyskregistrerad bil, tillhörande en utlänning med en beaktansvärd anknytning till både Sverige och Förbundsrepubliken Tyskland, befann sig i Tyskland. Ägaren belånade bilen hos ett tyskt kreditinstitut i form av säkerhetsöverlåtelse enligt västtysk rätt. Sedan lånade han ut bilen för en resa till Sverige. Meningen var att bilen inom kort skulle återföras till Tyskland. Sedan bilen förts till Sverige utmättes den emellertid av kronofogdemyndigheten för uttagande av innehavarens obetalda skatter. Tvisten gällde frågan huruvida den tyska säkerhetsöverlåtelsen hindrade utmätning i Sverige.

HD uttalade följande: »Mot att i ett fall som det förevarande tillerkänna en säkerhetsöverlåtelse enligt utländsk lag verkan mot överlåtarens borgenärer här i Sverige talar främst kravet på ordning och enkelhet i systemet och svårigheterna för borgenärerna i Sverige att bedöma kreditriskerna annat än efter svenska rättsregler...

Mot intresset för borgenärerna i Sverige av att kunna bedöma sina kreditrisker enligt svensk rätt står den utländske förvärvarens/borgenärens intresse av att inte riskera att göra en rättsförlust genom att egendomen utan hans medverkan förflyttats till Sverige...

Vid den avvägning som skall göras mellan de anförda skälen måste beaktas den internationella handelns utveckling och den allt livligare handelspolitiska samarbetet mellan olika länder.»

HD upphävde utmätningen med hänsynstagande till bl.a. det anförda.

Fallets utgång bestämdes av en avvägning mellan bl.a. följande principer:

Princip 1. En i utlandet förvärvad rättighet till egendom, som utan den utländske förvärvarens/borgenärens medverkan förflyttats till Sverige, bör inte gälla i Sverige om dess giltighet skulle medföra en relativt stor komplexitetsökning i det svenska rättssystemet.

Princip 2. En i utlandet förvärvad rättighet till egendom, som utan den utländske förvärvarens/borgenärens medverkan förflyttats till Sverige, bör gälla i Sverige om dess giltighet skulle medföra en relativt betydande ökning av den utländske förvärvarens/borgenärens rättssäkerhet.

En analytiskt begåvad läsare kan invända att 1 och 2 egentligen inte är några principer utan blott slutsatser av mer generella principer. Distinktionen saknar emellertid relevans för den förevarande framställningen.

I det föreliggande fallet har domstolen vägt dessa principer mot varandra. Avvägningen stöder slutsatsen att den tyska säkerhetsöverlåtelsen skall

erkännas i Sverige, eftersom erkännandet medför en relativt betydande ökning av den utländske förvärvarens/borgenärens rättssäkerhet och en relativt liten komplexitetsökning avseende det svenska rättssystemet. Ett av skälen för denna avvägning består av tesen att den tyska säkerhetsöverlåtelsens giltighet i Sverige skulle främja den internationella handelns utveckling och det handelspolitiska samarbetet mellan olika länder.

Handelspolitiska hänsyn är emellertid inte de enda som bör styra den svenska rättens behandling av i utlandet förvärvade rättigheter. Så snart man påstår att en viss princip väger tyngre än en annan utsätter man sig för frågan »varför?». Svaret kan stöda sig på ytterligare skäl, som måhända består av ännu fler värden och principer, vilka bl.a. tillgodoser utlänningens rättvisekrav, det främmande landets krav på ömsesidighet m.m. Hänsyn måste dessutom tas till samtliga svenska lagar, andra rättskällor och juridiska argument som är relevanta för bedömningen. Alla dessa principer, värden och andra argument har olika vikt i det föreliggande sammanhanget. Det behövs en avvägning. Denna avvägning mellan de två ursprungliga värdena, systemets enkelhet och utlänningens rättssäkerhet, påverkas således av alla andra relevanta hänsyn.

5.9.4 Rationalitet

En slutgiltigt handlingsrättfärdigande etisk sats bör så mycket som möjligt uppfylla olika krav på *rationalitet.*

Sedan 1970-talet har både filosoferna och juristerna visat ökat intresse för rationalitetsfrågan. Rationalitetsbegreppet tillämpas på olika områden. Man talar t.ex. om systemrationalitet, vetenskaplig rationalitet, juridisk rationalitet, rationella handlingar, rationell argumentation m.m. Här skall endast rationell argumentation behandlas, med särskild hänsyn till praktisk argumentation, av vilken den juridiska är ett särfall.

Genom att betona den juridiska och etiska argumentationens rationalitet ansluter sig den ovan utvecklade teorin till vissa insikter som utvecklats i *såväl utilitaristiska läror som rättvise- och rättighetsläror*, och ofta oriktigt tonats ner av gemenskapsetiken.

Svaret på frågan »varför» kan uppfylla följande rationalitetskrav.

A LOGISK RATIONALITET

En värde- eller normsats kan framställas som en logiskt korrekt slutsats av vissa satser – premisser (»L-rationalitet»; jfr Aarnio 1987, 189; jfr även Hellner 1994, 50 ff.).

Logiken behandlar slutledningar vars sanning bestäms av meningen hos logiska begrepp, såsom »om... så», »icke», »alla», »vissa» m.m. Exempel: »Om alla människor är dödliga och Adolf är en människa, så är Adolf dödlig». Logikens område utvidgas här i enlighet med von Wrights råd (1963, 167): alla sådana slutledningar är logiska, även om premisserna är praktiska satser som saknar sanningsvärdet. Se avsnitt 8.5.2 nedan.

Man kan också undersöka om premisserna är (a) språkligt korrekta och (b) logiskt motsägelsefria.

Den »formella rationalitet» som krävs av rättsstaten utgör ett specialfall: rättsliga beslut följer logiskt av en premissmängd som innefattar klara rättsregler.

B SAMMANHANGSRATIONALITET

Värde- och normsatser kan även motiveras på ett mer eller mindre sammanhängande sätt (»S-rationalitet»). De stöds på skäl och ju bättre skälen samverkar, desto bättre grund har slutsatsen. Detta kan ske så att en eller flera kedjor av skäl stöder samma slutsats. Skäl med större räckvidd är att föredra framför skäl som är knutna mer till det föreliggande fallet och fler allmänna skäl ger en säkrare grund. Således kan man med fog hävda att argumentation i värde- och normfrågor strävar och bör sträva mot att infoga skälen för den enskilda slutsatsen i ett större sammanhang (se avsnitt 7.1–7.9 nedan; jfr Hellner 1994, 55 ff. om saklig rationalitet).

C DEBATTRATIONALITET

Man kan slutligen föra en saklig debatt om norm- och värderingsfrågor. En saklig debatt är uppriktig, öppen, opartisk och fri från inslag av tvång (se avsnitt 7.10 nedan; jfr Aarnio 1987, 190 om »D-rationalitet»; jfr även Hellner 1994, 59 ff. om intellektuell rationalitet).

D FÖRHÅLLANDET MELLAN OLIKA RATIONALITETSKRAV

Ett *riktigt* norm- eller värdesystem måste vara logiskt motsägelsefritt. Sammanhangsrationalitet omfattar både logisk rationalitet och vissa ytterligare krav. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det riktiga som har den mest sammanhängande motivering-

en. Debattrationalitet omfattar sammanhangsrationalitet och ännu fler krav. Om olika konkurrerande norm- eller värdesystem är lika väl sammanhängande är det system det riktiga som bäst följer reglerna om en saklig debatt.

Rationalitetskraven begränsar godtycke i praktisk argumentation.

E MER OM FÖRHÅLLANDET MELLAN LOGISK RATIONALITET OCH ANDRA RATIONALITETSKRAV

E1 Huvudteser. Logisk rationalitet är som sagt ett rationalitetsminimum som måste kompletteras med andra rationalitetskrav. Detta förhållande kan preciseras med hjälp av begreppen »språng», »stöd», »rimligt språng» och »rimligt stöd». Medan de två förstnämnda begreppen kan definieras rent logiskt förutsätter rimlighetsbegreppet sammanhangsrationalitet.

Om slutsatsen följer av flera premisser tillsammans men inte av var och en för sig kan man alltså säga följande.

- Varje premiss för sig stöder slutsatsen.
- Om premissmängden inte endast består av säkra, förutsatta eller härav följande premisser utgör steget från varje enskild premiss till slutsatsen ett språng.
- Språnget är rimligt om samtliga premisser är rimliga.
- Steget från hela premissmängden till slutsatsen innebär däremot inget språng.

E2 Språng inom den etiska argumentationen. Etisk argumentation består ofta av ett slags dialog där olika skäl och motskäl vägs mot varandra. Argumentationens *slutresultat* kan emellertid framställas som en logisk följd av de skäl som väger tyngre än respektive motskäl. För att uppnå detta resultat måste man ofta komplettera slutledningen med ett antal tilläggssatser.

En etisk bedömare kan t.ex. utföra följande resonemang:

Premiss 1	Kalle brukar hjälpa andra människor
Premiss 2	Om någon brukar hjälpa andra, så är han en *prima facie* god människa
– – –

För det första är slutsatsen *inte logiskt korrekt*. Närmare bestämt innehåller den en lucka.

För det andra kan man *tillägga* en vissa satser (nämligen premisser 3 och 4) och erhålla följande logiskt korrekta slutledning.

Premiss 1	Kalle brukar hjälpa andra människor
Premiss 2	Om någon brukar hjälpa andra, så är han en *prima facie* god människa
Premiss 3 (avvägnings-sats)	Kalles hjälpsamhet väger tyngre än alla skäl som talar mot att han är en god människa
Premiss 4	Om någon brukar hjälpa andra och om hans hjälpsamhet väger tyngre än alla skäl som talar mot att han är en god människa så är han en slutgiltigt god människa
Slutsats	Kalle är en slutgiltigt god människa

För det tredje är inte alla tilläggssatser, som förvandlar det ifrågavarande resonemanget till en logiskt korrekt slutledning, vare sig *säkra*, *förutsatta* inom vår etiska kultur eller *logiskt härledda* av sådana säkra och förutsatta satser. Denna karakteristik gäller t.ex. premiss 3 ovan. Den etiska bedömare som godtar premiss 3 värderar således hjälpsamheten högre än Kalles etiskt sett mindre fördelaktiga karaktärsdrag. Han skulle t.ex. uppfatta Kalle som en god människa även om denne hade varit feg och lat.

Det ovan sagda förutsätter följande definition.

Ett språng från en mängd satser S till en slutsats q föreligger om och endast om

1) q inte utgör någon logiskt korrekt slutsats av S;

2) man inte genom att bygga ut S kan skapa någon ny mängd satser, S1, vilken uppfyller följande villkor:

a) slutsatsen q följer logiskt av S1, och

b) S1 omfattar endast

- säkra satser,
- satser som förutsätts (tas för givna) inom den ifrågavarande kulturkretsen och
- satser som logiskt följer av sådana säkra och förutsatta satser.

E3 Rimligt språng. Ett etiskt språng från en premissmängd till en slutsats är *rimligt* om man kan förvandla språnget till en logiskt korrekt slutledning genom att tillägga vissa rimliga premisser.

Om den tillagda premissen inte är rimlig är inte heller språnget rimligt.

Om den tillagda premissen inte är rimlig kan vilken tankegång som helst förvandlas till en logiskt korrekt slutledning. Beakta t.ex. följande sats: »eftersom det regnar så är jag kinesisk kejsare». Slutsatsen »jag är kinesisk kejsare» följer givetvis inte av premissen »det regnar». Likväl blir slutledningen logiskt korrekt om den kompletteras med den *orimliga* premissen »om det regnar så är jag kinesisk kejsare».

E4 Begreppet »rimligt stöd». I detta sammanhang kan man införa begreppet »rimligt stöd». Begreppet definieras som ett logiskt förhållande mellan premisserna och slutsatsen. Det räcker inte med det psykologiska faktum att vissa personer uppfattar p som stöd för q. En epidemi uppfattades således under medeltiden som stöd för slutsatsen att det fanns häxor, men i själva verket saknade denna slutsats något stöd.

Satsen p ger rimligt stöd åt satsen q om, och endast om, p tillhör en mängd av rimliga satser, av vilken q logiskt följer.

E5 Begreppet »rimlig sats». En rimlig sats är en sats som inte är vederlagd och inte heller godtycklig. Närmare bestämt är en sats rimlig endast om följande villkor är uppfyllda:

1. Den är inte vederlagd.
2. Det är inte klart osannolikt att den logiskt följer av ett antal inbördes förenliga och väl sammanhängande satser som i ljuset av vår kultur är primärt relevanta, dvs. bör (eller får) beaktas i det ifrågavarande sammanhanget.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering av påståenden, normer och värderingar rimligare ju mer sammanhängande den är.

Ju fler försök att vederlägga dessa påståenden (1 och 2) som misslyckas, desto rimligare är den ifrågavarande satsen.

Uttrycket »klart osannolikt» innebär att den tillgängliga kunskapen motiverar hypotesen att den ifrågavarande sannolikheten är mycket låg. Jag bortser från olika tekniska problem förenade med en sådan användning av sannolikhetsbegreppet. Det är möjligt att man måste följa Popper (se avsnitt 4.5.3 ovan) och i stället tala om att en hypotes kan vara mer eller mindre *bekräftad*. Villkoret 2 skulle då erhålla följande lydelse:

Den tillgängliga kunskapen bekräftar inte i hög grad hypotesen att den ifrågavarande satsen inte logiskt följer av ett antal inbördes förenliga och väl sammanhängande satser som i ljuset av vår kultur är primärt relevanta, dvs. bör (eller får) beaktas i det ifrågavarande sammanhanget.

Begreppet »väl sammanhängande» kommer att behandlas längre fram (i kapitel 7). Men redan nu måste det sägas att en *avvägning* är nödvändig för att bestämma om de ifrågavarande satserna är tillräckligt *väl* sammanhängande.

E6 Rimliga slutgiltiga etiska satser. Detta rimlighetsbegrepp kan tillämpas på *slutgiltiga etiska* satser. En sådan sats är rimlig endast om
- den inte är bevisligen omöjlig i ljuset av det etiska språket (avsnitt 5.8.4 ovan); och
- det inte är klart osannolikt att den *i det föreliggande fallet* väger tyngre än motskälen och således slutgiltigt avgör den etiska avvägningen.

Närmare bestämt är det inte klart osannolikt att den logiskt följer av
- en mängd inbördes förenliga och väl sammanhängande satser som vår kultur direkt tvingar oss att beakta vid en etisk avvägning (m.a.o. primärt relevanta etiska *prima facie* satser, jfr avsnitt 5.8.5A ovan)

  tillsammans med
- en slutgiltig avvägningssats.

En *avvägning* är nödvändig för att bestämma om de slutgiltiga etiska satsernas rimlighet. Märk väl att avvägning ytterst sett vilar på betraktarens personliga och intuitiva preferenser (*se* avsnitt 5.9.8B, 8.3.2 och 8.3.3 nedan).

E7 Rimliga etiska prima facie-satser. Motsvarande kan sägas om etiska *prima facie*-satser. En etisk *prima facie*-sats är rimlig om
- den inte bevisligen är omöjlig i ljuset av det etiska språket och
- det inte är klart osannolikt
- att alla normala människor som tillhör vår kulturkrets har en benägenhet att medvetet uppfatta denna sats som etiskt relevant; eller åtminstone
- att en till en hög grad sammanhängande och objektiv motivering stöder hypotesen att de beter sig så *som om de hade* delat denna uppfattning.

Se avsnitt 5.8.5A ovan om primär etisk relevans och avsnitt 5.9.6 nedan om sekundär etisk relevans.

En generell etisk lära kan vara rimlig i denna bemärkelse. En till en hög grad sammanhängande och objektiv motivering stöder då hypotesen att alla normala människor som tillhör vår kulturkrets har en benägenhet att

bete sig så *som om de hade ansett* att läran bör beaktas vid en etisk avvägning.

Det går således att exempelvis motivera hypotesen att alla normala människor i vår kultur brukar uppträda så som om de hade ansett att man vid en etisk avvägning inte får ignorera det utilitaristiska hänsynstagandet till andras preferenser.

Å andra sidan utesluter denna rimlighetsteori många exempel på politiskt missbruk. Det går t.ex. inte att finna någon sammanhängande motivering av den nazistiska »rasetiken». Närmare bestämt går det inte att på något sammanhängande sätt motivera hypotesen att alla normala människor tillhörande europeisk, germansk eller tysk kulturkrets brukar uppträda så som om de hade ansett att man vid etiska avvägningar bör ta hänsyn till den ariska rasens bästa.

Förvisso kan man finna stöd för satsen att många vita människor har en större benägenhet att ta hänsyn till vitas intressen än till svartas. Detta betyder emellertid inte att det är etiskt riktigt att handla så. För det första är det inte sant att *alla normala* vita människor har denna benägenhet. För det andra kan man ha en sådan benägenhet utan att för den skull anse att den *bör* bestämma *etiska* avvägningar.

5.9.5 Ändring av värden

A ÄKTA OCH OÄKTA ÄNDRING

Det etiska språket medger att listan på värden ständigt ändras. Den etiska kulturen tvingar oss att beakta förändringarna. Etiska *prima facie*-värden borde egentligen betecknas som »etiska *prima facie* värden här och nu, vid oförändrade förhållanden» (*rebus sic stantibus*).

En värdeändring kan vara äkta eller oäkta.

En äkta ändring innebär att kulturen ändras. Människor ändrar nämligen ständigt såväl sitt beteende som sina bedömningar. På så sätt har t.ex. jämställdhet mellan män och kvinnor blivit etiskt värdefull medan en ogift kvinnas kyskhet upphört vara det.

En oäkta ändring innebär att man upptäcker ett nytt sätt att tolka det gamla beteendet. Socialhjälp uppfattas t.ex. inte längre som ett uttryck för kristen hjälpsamhet utan som en social rättighet.

- En äkta värdeändring innebär i vissa fall att helt nya värden skapas. Oftare innebär den emellertid en ny avvägning av gamla värden.

- En äkta värdeändring innebär ytterst en *spontan attitydändring*. Det gäller inte endast då helt nya värden skapas utan även då »nya» värden motiveras i anslutning till en ny avvägning mellan olika gamla värden. Den nya avvägningen baserar sig ytterst på nya preferenser, som inte kan stödjas på något ännu mer fundamentalt.

B MER OM OÄKTA ÄNDRING

Följande hypotes är inte vederlagd: Om man hade haft
- mer information om det etiska språkbruket;
- bättre kunskap om hur andra människor etiskt bedömer olika faktiska och hypotetiska fall;
- klarare insikt om hur man själv skulle bedöma sådana fall; och
- mer information om det logiska sammanhanget mellan ens egen bedömning av olika etiska frågor;

så skulle denna information kunna bilda en i hög grad sammanhängande motivering av en *utökad lista som upptar vissa »nya» etiska läror och kännetecken på det etiskt goda*. En etablerad lära kan t.ex. *generaliseras*, dvs. utsträckas till nya, hittills inte beaktade fall. Den kan även *fördjupas*, genom att man upptäcker nya argument för den. Fördjupning kan medföra en *förändring* då de nya argumenten bättre passar till en modifierad version av läran. Fördjupningen kan även ge läran nya *grundvalar*. På så sätt kan en helt *ny lära* utarbetas och *nya värden* upptäckas eller skapas. Alla former av *sammanhängande motivering* och alla *vetenskapliga metoder* kan användas vid ett sådant etiskt nyskapande.

Den »nya» värdena stöder sig således på de etablerade.

5.9.6 Sekundär etisk relevans

A BEGREPPET »SEKUNDÄR RELEVANS»

Det ovan sagda gör det möjligt att tala om sekundär etisk relevans.

Det har redan konstaterats följande.
- En etisk *prima facie* norm- eller värdesats är etiskt *relevant* om vår etiska kultur tvingar oss till att beakta den vid en etisk avvägning.
- Den etiska kulturen tvingar oss först och främst att beakta de värden som utpekas av *etablerade* etiska principer och generella läror.

Kulturen tvingar oss *dessutom* att beakta vissa »nya» *prima facie* norm- och värdesatser som inte är således etablerade men *kan stödjas på en samman-*

hängande beskrivning av de etablerade (se ovan om »oäkta värdeändring»). Dessa har sekundär etisk relevans.

Begreppen primär och sekundär relevans uppvisar såväl likheter som skillnader. Följande likhet förtjänar särskild uppmärksamhet. Kunskap om alla värden, såväl primärt som sekundärt relevanta, är teoribemängd. Inget värde kan iakttas passivt, utan någon tankeverksamhet. För att slå fast vilka värden som uttrycker sig i samhällelig praxis måste man använda vetenskapliga metoder, genom att bilda och testa hypoteser, utveckla analytiska redskap m.m. De viktigaste skillnaderna är följande. För det första bygger sekundär relevans på den primära, och utgör dess utvidgning. För det andra: medan en perfekt rationell vetenskaplig debatt om vad som är primärt relevant alltid skulle avslutas med ett enda rätt svar utgör teorier om det sekundärt relevanta endast möjliga uppfattningar som visserligen är förnuftiga men kan ifrågasättas. Olika och oförenliga uppfattningar av detta slag kan vara lika rimliga (jfr avsnitt 8.3 nedan!). En teoretiker måste välja mellan dem.

Trots att sekundär relevans är relativ i denna mening kan den inte ignoreras vid en etisk avvägning.

B SEKUNDÄR RELEVANS OCH AVVÄGNING

B1 Frågeställningen. Sekundär etisk relevans aktualiserar *den principiella frågan om gränsdragningen mellan relevans och avvägning.*

Svein Eng (1991, 283) har således uttalat följande invändning. »For at sondringen mellom relevans- og vekt(avveinings)spørsmål skall ha... betydning ... i forhold til spørsmålet om verdier kan forankres i språk og kultur..., må vi ... *forutsette* at de forskjellige argumentasjonsvalg i etisk argumentasjon lar sig kategorisere enten som svar på relevansspørsmål eller som svar på vekt(avveinings)spørsmål, dvs. vi må *absoluttere* sondringen... En slik kategorisering er imidlertid høyst *relativ*». För att finna vad som är relevant måste man enligt Eng förutsätta en avvägning.

B2 Huvudtesen. Svar på relevansfrågor bestäms av kulturarvet, svar på avvägningsfrågor beror ytterst på bedömarens personliga preferenser. Eng har rätt att distinktionen mellan relevans- och avvägningsfrågor är svår att precisera, omstridd, föränderlig och därmed relativ. Men den *måste* göras, om man vill förstå etikens rationalitet. I själva verket spelar avvägning en viss roll vid fastställelsen av *sekundär* etisk relevans, men avvägningens utgångspunkt består då alltid av vissa »gamla», redan etablerade värden som fastställs avvägningsfritt, i ljuset av kulturarvet; jfr avsnitt 5.8.5A

ovan. Sådana värden är *prima facie* säkra i den ovan i avsnitt 5.8.7E utvecklade bemärkelsen, dvs. så pass bestämda av vår livsform, att om man på en och samma gång skulle ändra på flera av dem skulle man vara tvungen att genomföra en radikal ändring av det vardagliga livet.

B3 Valet av argumentationens utgångspunkt. När en individ väljer ut den del av det etablerade värdesystemet som han ifrågasätter, kan valet förvisso påverkas av en viss avvägning. Men denna avvägning är inte helt fri. Individens kulturarv sätter vissa gränser för avvägningsfriheten. Närmare bestämt kan följande konstateras.

- Den etiska bedömaren kan välja ut vissa etablerade värden och använda dem som grund för att kritisera andra sådana. Helt visst kan han uppfatta sitt val och sin avvägning som fria.
- Men i det argumentationsteoretiska rättfärdigandesammanhanget (*context of justification*) måste han ändå vara beredd att motivera valet. Hade det inte varit möjligt att motivera det ifrågavarande valet skulle det höra till det psykologiska »upptäcktssammanhanget» (*context of discovery*), inte till rättfärdigandesammanhanget. Därmed skulle det kunna ignoreras i den förevarande framställningen som i sin helhet inriktas på rättfärdigandesammanhanget.
- En sådan motivering innebär ofta en avvägning. Men det som då vägs samman kan inte hänga i luften utan avvägningen måste avse vissa i kulturarvet (traditionen) förankrade norm- respektive värdesatser som vid detta tillfälle tas för givna. Sådana värden som livet, hälsan, friheten, integriteten, den mänskliga värdigheten, ägandet, rättvisan, god miljö, ordning, kunskap, konst, teknologi, framsteg m.m. är således förankrade i vårt kulturarv, jfr avsnitt 5.8.2F ovan. Hade argumentationen gjorts fullständigt oberoende av kulturarvet, skulle den förlora sin poäng, ty ingen hade kunnat övertygas av den. Bedömarens val- och avvägningsfrihet är alltså inte fullständig utan den begränsas av hans kulturarv. Kulturarvet bestämmer således vilka norm- och värdesatser som är ägnade för att bli den etiska argumentationens utgångspunkt. Vissa norm- och värdesatser är det var för sig, t.ex. »man skall *prima facie* inte döda en oskyldig människa». Andra är ägnade för att bli den etiska avvägningens utgångspunkt därför att de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas. Men det går inte att på en och samma gång ifrågasätta alla eller nästan alla av dem. Under

intryck av sina personliga upplevelser väljer bedömaren några av dessa norm- och värdesatser som avvägningens utgångspunkt.

- Inom kulturarvets ram är emellertid valet av argumentationens utgångspunkter fritt. En etisk bedömare kan ifrågasätta en del av dessa normer och värden. Han måste då genomföra ett val, nämligen bestämma vilka värden som han vill ifrågasätta och vilka som han betraktar som säkra. Han kan då genomföra en avvägning för att välja ut de delar av kulturarvet som han vid det aktuella tillfället ifrågasätter. Ytterst sett måste detta val påverkas av individens personliga (intuitiva) preferenser. Det kan m.a.o. inte motiveras. Argumentationens utgångspunkt måste tas för given. Om den utvalda »utgångspunkten» hade motiverats, skulle den egentligen inte kunna utgöra argumentationens *utgångspunkt*. Den påstådda utgångspunkten skulle nämligen motiveras i anslutning till en annan – »tidigare» utgångspunkt.
- Förvisso kan kunskap om kulturens *prima facie*-värden bero på möjligheten att konstruera en väl sammanhängande teori om dessa. En teori är väl sammanhängande i ljuset av en avvägning mellan olika kännetecken på sammanhang (m.a.o. olika koherenskriterier). Men en sådan avvägningsakt är mindre fri än etiska avvägningar; se avsnitt 7.8 nedan. Den är inte i samma mån beroende på individens personliga preferenser.

B4 Kollision mellan värden. De nya värdena kan kollidera med vissa gamla sådana. Kollisionens lösning är beroende av avvägning. Följande måste konstateras i detta sammanhang.

Kollisionen innebär *inte alltid* att de gamla värdena elimineras. Ofta skall de gamla behållas *och* de nya tillfogas. *Alla* dessa värden har nämligen blott en *prima facie*-karaktär. Kollisioner måste självfallet lösas, men *inte* vid en generell fastställelse av vad som är relevant, utan först vid bedömning av konkreta fall.

I *vissa fall* bildar de nya värdena en tillräcklig grund för att eliminera vissa gamla värden. En avvägning kan således motivera slutsatsen att ett *prima facie*-etiskt värde respektive en *prima facie*-etisk princip förlorar sin etiska relevans. Endast *mycket stor* övervikt av etiska motskäl motiverar en sådan relevansförlust.

I ljuset av det ovan sagda har generella etiska hänsyn, dvs. värden och principer, en *prima facie*-karaktär i *dubbel* mening:

- Utgången av ett konkret fall följer inte logiskt av en sådan hänsyn jämte konkret faktabeskrivning, utan först av en utvidgad premissmängd som bestäms av avvägning mellan denna hänsyn och andra värden respektive principer.
- I extrema fall kan avvägningen medföra att ett generellt värde eller en generell princip förlorar sin etiska relevans.

B5 Avvägning och en äkta värdeändring. Finns det ett samband mellan en avvägning och en *äkta* värdeändring?

I vissa fall kan en etisk avvägning bestämma att ett tidigare inte relevant värde *vinner* etisk relevans. På så sätt har t.ex. jämställdhet mellan könen och likaberättigande av olika folkslag vunnit insteg i den europeiska etiken. En etisk eller juridisk avvägning i ett konkret fall resulterar således ofta i nyskapande av generella *prima facie*-normer och värden (jfr Alexy 1993, 163 och avsnitt 5.9.7E nedan).

De nya värdena var hittills irrelevanta eftersom en avvägning kunde vara riktig trots att de ignorerades. Men ändå var de redan *implicit* förankrade i vår kultur, fast »dolda» bakom andra värden som *alltid* gick före dem. Såväl jämställdhet mellan könen som likaberättigande av olika folkslag följer av det »gamla» jämlikhetsvärdet. *Alla* människor är *prima facie* lika mycket värda och bör *prima facie* behandlas lika. Olikabehandling måste motiveras med stöd av andra, övervägande värden. Detta grundvärde genomsyrar vår kultur och vårt språk och kan således fastställas avvägningsfritt. Om *alla* är *prima facie* lika, följer det dessutom logiskt att likheten även gäller mellan olika kön och folkslag.

> »Även i naturvetenskaperna kan radikala innovationer förlita sig på en ännu outvecklad mottaglighet. Den moderna fysikens helt matematiska referensram var inte tillfredsställande för tidigare generationer, som letade efter förklaringar genom matematiska modeller. För att segra måste moderna fysiker utbilda sin publik i att använda nya intellektuella måttstockar. Men från början antog den moderna fysikens pionjärer att den nya mottagligheten fanns latent hos deras forskarkollegor och skulle kunna komma att utvecklas i dem som svar på möjligheterna i det djupare och sannare perspektiv som åberopade den nya mottagligheten» (Polanyi 1962, 302; översättning av Rolf 1991, 89-90).

Att jämställdhet mellan könen och likaberättigande av folkslag uppfattas som »nya» värden innebär blott att dessa särskilda värden nyligen tillerkänts en större vikt än vissa andra, såsom kvinnans särskilda roll i familjen eller vissa nationers särskilda bidrag till vår kultur. Denna relativa viktökning är delvis spontan, delvis bekräftad av en argumentation som

beror på en ny *avvägning* mellan sådana värden som jämlikhet, valfrihet, välstånd, trygghet m.m. Det går att t.ex. argumentera för att det trygghetsbehov som tidigare tillfredsställdes av husmoderns omsorg om familjen numera kan tillfredsställas genom skolan, åldringsvård m.m. Följaktligen blev kvinnans traditionella roll i hemmet relativt mindre viktig än hennes deltagande i yrkeslivet, politik och annat. En således genom avvägning motiverad viktförskjutning innebär en *oäkta* värdeändring. En *äkta* värdeändring återspeglar däremot en *spontan attitydsändring*. »Spontan» innebär utan motivering, avvägningsfri.

C SEKUNDÄR RELEVANS OCH AVVÄGNING I JURIDIKEN

Detsamma gäller *rättslig* relevans. Lagtolkaren är bunden av rättens *tradition* (se närmare avsnitt 7.9.1 nedan). En levande tradition är emellertid inte statisk, utan den utvecklas ständigt (jfr avsnitt 5.6.2D ovan), bl.a. genom nya avvägningar. Lagtolkningen ändras i tiden, varvid samma frågor finner nya svar som ger upphov till nya frågor.

Lagtolkaren lär sig rättsreglerna av lagstiftaren, men även denne skulle kunna lära sig något av lagtolkaren (Habermas 1981, band 2, 193 och Dworkin 1986, 420). Därför är t.ex. Gadamers traditionshermeneutik (jfr t.ex. 1960, 278 ff.) ensidig (Habermas id.), eftersom den förvandlar lagtolkaren till traditionens slav. Och därför måste vi tala om hermeneutisk spiral, inte om hermeneutisk cirkel, jfr avsnitt 7.9.4 nedan.

- En avvägning kan i vissa fall motivera slutsatsen att en *prima facie rättsligt* gällande föreskrift är så pass oetisk att den *förlorar* sin rättsliga relevans. Hypotesen att den oetiska föreskriften är rättsligt relevant uppställs då avvägningsfritt, på grund av föreskriftens ursprung i korrekt lagstiftningsprocess. Sedan förkastas hypotesen genom avvägning som visar en *mycket stor* övervikt av etiska motskäl.
- I andra fall kan en etisk avvägning bestämma att vissa tidigare inte relevanta hänsyn *vinner* juridisk relevans. På så sätt kan man etablera juridisk relevans av olika ting såsom

– nya tolkningar av gällande föreskrifter,
– nya rättsprinciper,
– nya juridiska arbetsmetoder och
– nya rättskälletyper (man har således etablerat juridisk relevans av lagens förarbeten i vissa rättssystem).

- Men de av språket och kulturen bestämda värden möjliggör en *väl sammanhängande motivering* av denna avvägning. Motiveringen innebär en avvägning men dess yttersta utgångspunkt är avvägningsfri.

  Relevansen av dessa ytterst bestämmande värden är nämligen *inte* beroende av någon ytterligare avvägning. Det går t.ex. att avvägningsfritt fastställa att vårt kulturarv omfattar principen om att rättsligt påtvingade frihetsbegränsningar *prima facie* borde vara förutsebara. En sådan förutsebarhet är en av grundvalarna i vår kultur, som är uppbyggd kring individens autonomi.

Förvisso kan en individ genomföra en avvägning för att välja bort denna princip. Men en sådan avvägning måste börja med att principen vid första anblick betraktas som så pass relevant, att den ifrågavarande individen måste förklara varför den väljs bort. Hade det inte varit möjligt att ställa denna »varför»-fråga, skulle avvägningen höra till det psykologiska »upptäcktssammanhanget» och därmed sakna betydelse för den förevarande framställningen som i sin helhet inriktas på rättfärdigandesammanhanget.

Avvägning behövs däremot för att bestämma om beaktande av förarbetena så pass ökar maktutövningens förutsebarhet, att denna fördel väger tyngre än vissa likaledes kulturbestämda värden knutna till en praxis som endast beaktar bindande lag och lämnar förarbetena utanför det juridiskt relevanta. Till följd av den juridiska argumentationens anknytning till bindande lagar inställer sig dessutom vissa särpräglade frågor. En jurist kan förvisso göra avvägningar för att modifiera de kulturbestämda värdenas tillämpningsområde. Dessutom måste han emellertid avvägningsvis besvara olika frågor om *lagändringars* betydelse i olika sammanhang.

> »Låt oss anta att vi kan konstatera att en viss regel har mycket gamla anor. Bör vi då känna särskild respekt för regeln därför att den under så lång tid visat sig duglig att lösa juridiska problem i samhället? Eller bör vi i stället inta en skeptisk hållning, därför att en gammal regel kanske uttrycker föråldrade värderingar?
>
> En annan fråga är hur vi skall förhålla oss till den allra senaste lagstiftningen. Är de nya reglerna en osäker chanstagning inför framtiden som vi bör förhålla oss avvaktande till? Eller är det tvärtom så att vi alltid bör bedöma värdet av gamla rättsregler med de allra senaste som måttstock?
>
> ... Det är svårt att göra några mer allmängiltiga uttalanden i de frågor rörande det historiska perspektivets betydelse som nu har berörts. Dessa frågor måste besvaras olika beroende bland annat på vilket rättsområde det gäller,

vilken typ av regel som är i fråga och vilka värderingar som uppbär regeln» (Lehrberg 1992, 130).

D SLUTSATSER ANGÅENDE GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN RELEVANS OCH AVVÄGNING

Fast avvägning spelar en viss roll vid fastställelsen av *sekundär* etiskt relevanta *prima facie* värden, måste denna avvägning kunna motiveras med åtminstone en i kulturarvet förankrad norm- respektive värdesats som vid detta tillfälle tas för given. Denna omständighet bekräftar den ovan (i avsnitt 5.8.10) utvecklade tesen om att värdenas inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med rättssäkerheten.

5.9.7 Den slutgiltiga avvägningens egenskaper

En slutgiltig avvägning kan följaktligen karakteriseras på följande sätt.

A NÖDVÄNDIGHET

En avvägning är nödvändig. För att motivera en *slutgiltig* norm- eller värdesats, såväl etisk som juridisk, behövs det alltid en avvägning.

B KONKRET SAMMANHANG

En slutgiltig avvägning sker i ett konkret sammanhang, t.ex. för att fastställa om en konkret handling är etiskt god.

C SAMMANHANGETS BETYDELSE

Avvägningen är dessutom *kontextuell* och således betingad av det konkreta fallets fullständiga kontext, dvs. dess sammanhang med alla för detta fall relevanta etiska och juridiska hänsyn.

Den konkreta kontextens betydelse för etiska och juridiska omdömen har uppmärksammas av *Klaus Günther* (1988, 94, 257, 271, 298). Jfr även bl.a. Rentto 1988, 69 ff. och Høilund 1992, 170 ff..

Enligt Günther föreligger det därför en grundläggande skillnad mellan en motivering (ett rättfärdigande) och en användning av normer. Den förra bestämmer generella (etiska och rättsliga) normers giltighet, den senare normernas rimliga tillämpning på konkreta fall. Den förra bygger på helt annan argumentationsmetod (»diskurs») än den senare. Günther har förvisso rätt, att generella normer endast är *prima facie*-skäl som måste vägas samman i konkreta fall. Han har emellertid förbisett att såväl en etisk bedömare som en jurist ständigt försöker anpassa normernas generella innebörd och deras användning i konkreta fall till varandra (jfr avsnitt 7.9.4 nedan om s.k. övertänkt jämviktsläge eller »reflektivt

ekvilibrium»). Tillämpningen av etiska normer omfattar inte endast konkreta avgöranden utan även ett ständigt nyskapande av generella *prima facie*-regler. *Rätts*tillämpningen är visserligen förankrad i de konkreta avgörandenas unika historia men den kan ändå resultera i generella normer som innebär en förändring och vidareutveckling av rättsordningen (jfr Alexy 1993, 163 ff). Se vidare punkt E nedan.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en slutgiltig avvägning bättre ju fler relevanta *prima facie*-hänsyn som beaktas (se avsnitt 5.9.2D ovan).

Vår kulturtradition bestämmer vilka dessa hänsyn är. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är den slutgiltiga avvägning den bästa som beaktar

(1) alla etiskt relevanta hänsyn, såsom
- etiska principer;
- etiska rättigheter och skyldigheter;
- förträfflighetsmått (»dygder») som karakteriserar etablerade olika verksamheter;
- hänsyn till rättvisa;
- hänsyn till människors preferenser, nytta, lycka m.m.;
- rättsliga hänsyn till lagen och andra rättskällor m.m.; och

(2) alla krav på sammanhängande motivering (jfr avsnitt 7.3.2 nedan).

En sådan avvägning skulle kunna genomföras om man hade fullständig kunskap
- om det etiska språkbruket;
- om hur andra människor etiskt bedömer olika faktiska och hypotetiska fall;
- om hur man själv skulle bedöma sådana fall; och
- om det logiska sammanhanget mellan ens egen bedömning av olika etiska frågor.

En människa kan inte ha en sådan kunskap men kan sträva efter att så mycket som möjligt närma sig den.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är sålunda en slutgiltig avvägning bättre, ju fler av dessa hänsyn den beaktar.

D EN AVVÄGNING MELLAN FLERA VÄRDEN

Vid en slutgiltig avvägning påverkas vikten av varje ifrågakommande hänsyn av alla andra sådana hänsyn. Alla måste vägas mot varandra. Det rör sig om *en enda komplex relation mellan alla relevanta värden.*

I det ovan (i avsnitt 5.9.3) behandlade exemplet har således en avvägning mellan rättssystemets enkelhet och en utlännings rättssäkerhet påverkats av handelspolitiska hänsyn. Den vikt som de sistnämnda tillmäts påverkas vidare av avvägning mellan ytterligare principer och värden, såsom utlänningens rättvisekrav, det främmande landets krav på ömsesidighet m.m. Hänsyn måste dessutom tas till samtliga svenska lagar, andra rättskällor och juridiska argument som är relevanta för bedömningen.

Ett annat exempel är följande. Anta att lagstiftaren överväger införande av en viss näringsreglering. Härvid genomförs en avvägning mellan näringsfrihet och vissa krav på jämlikhet. Men hur mycket värd är jämlikheten? Bedömningen kan kanske påverkas av sammanhanget mellan jämlikhet och rättvisa. Den kan dessutom påverkas av ett samband mellan ökad jämlikhet och minskad ekonomisk effektivitet. Den vikt som effektiviteten tillmäts kan då påverka dess tänkbara roll för sådana gemensamma värden som miljö, kultur och samhällets framåtsträvande.

E AVVÄGNINGENS RESULTAT: ETT KONKRET VÄRDEOMDÖME, EN KONKRET NORM, EN GENERELL REGEL ELLER EN PRINCIP

Den perfekta avvägningens resultat kan bestå av en slutgiltig och konkret (individuell) värde- eller en normsats. Det måste även bestå av en generell *prima facie*-värde- eller normsats.

Förvisso är det konkreta fall i vilket den slutgiltiga avvägningen sker *unikt*. Som nämnts sker en slutgiltig avvägning i ett konkret sammanhang och är betingad av det konkreta fallets fullständiga kontext. Oavsett hur pass liknande två fall är kan de inte vara fullständigt identiska. En fullständig identitet skulle ju innebära att fallens samtliga omständigheter är identiska. Det skulle röra sig om samma personer, samma handlingar, samma tid och samma placering i rummet. Det skulle då vara meningslöst att tala om *två* fall. En fullständig identitet innebär att de »två» fallen visar sig vara ett och detsamma.

Om avvägningen åtföljs av en *handling* – t.ex. av ett domstolsbeslut – är denna handling likaledes unik. En framtida handling (t.ex. ett framtida avgörande) kan likna den men den kan aldrig bli helt identiskt med den.

Fast det konkreta fallet, den konkreta avvägningen och den konkreta handlingen sålunda är unika behöver emellertid fallets etiskt och juridiskt relevanta egenskaper inte vara det. I varje konkret fall kännetecknas avvägningen av en kombination av etiskt och juridiskt relevanta hänsyn. En och samma kombination kan uppkomma i olika fall. Kombinationen är nämligen inte ensam i sitt slag. Skälet för detta är följande. Juridiska (och

etiska) satser är *universaliserbara*: varje sådan sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag. Lika skall behandlas lika (jfr avsnitt 5.4.1 ovan). Så snart ett konkret avgörande fattas strävar följaktligen en perfekt tänkande jurist efter att formulera en generell norm- eller värdesats varav avgörandet logiskt följer.

Denna generella sats har emellertid en *prima facie*-karaktär. Den kommer troligen att förändras i framtiden.

Den perfekta avvägningens resultat måste sålunda vara följande.

För det första leder argumentationen till ett unikt omdöme respektive en konkret norm. Dessa är slutgiltiga, ensamma i sitt slag och avseende det aktuella fallet.

Följande kan då sägas: Vid i övrigt oförändrade förhållanden i fall 1 går uppfyllandet av värde v_1 till grad g_1 före uppfyllandet av värde v_2 till grad g_2, medan i fall 2 är det tvärtom: uppfyllandet av värde v_2 till grad g_2 går då före uppfyllandet av värde v_1 till grad g_1.

Dessutom består argumentationens resultat i att man uppställer en viss generell *prima facie* norm (en regel eller en princip), respektive en generell värdesats, som bestämmer en prioritetsordning mellan de ifrågavarande värdena, principerna och hänsynen.

En sådan norm- eller värdesats bestämmer olika *typer* eller *klasser* av fall. Vid i övrigt oförändrade förhållanden i klass 1 går uppfyllandet av värde v1 till grad g_1 före uppfyllandet av värde v_2 till grad g_2, medan i klass 2 är det tvärtom: uppfyllandet av värde v_2 till grad g_2 går då före uppfyllandet av värde v_1 till grad g_1.

Då denna generella *prima facie* norm tillämpas på ett framtida fall behöver man emellertid en ytterligare avvägning. Den utgör som sagt aldrig något tillräckligt beslutsskäl, utan måste vägas mot andra sådana.

Denna teori har flera juridiska tillämpningsområden. Ett klassiskt sådant är en avvägning mellan grundlagsskyddade rättigheter. Frågan är väsentlig inte minst i Tyskland och i USA. Såväl *Bundesverfassungsgericht* som *Supreme Court* har beskyllts för principlöshet, emedan dess avgöranden inte byggt på någon generell och slutgiltig prioritetsordning (jfr t.ex. Schlink 1976, 17 ff. och Aleinikoff. 1985, 980 ff.). Kritikerna förstod inte att den genom avvägning bestämda *slutgiltiga* prioritetsordningen endast kan vara rättvis om den gäller *i ett konkret fall* medan den således uppställda *generella* och rättvisa prioritetsordningen måste vara en *prima facie* sådan. Se vidare Alexy 1985, 151 ff..

5.9.8 Den etiska argumentationens slutpunkt

A ETT OMOTIVERAT ANTAGANDE SOM ARGUMENTATIONENS SLUTPUNKT

Den avvägningsakt som bildar den perfekta etiska argumentationens slutpunkt är *uttömmande*. Den kan inte motiveras med ännu fler rimliga skäl. Om den hade motiverats, skulle den inte kunna utgöra argumentationens *slutpunkt*. Den påstådda slutpunkten skulle nämligen leda till att argumenteringen fortsätter.

På så vis slutar motiveringen med att man gör ett omotiverat antagande.

Jfr avsnitt 5.9.6B3 ovan om argumentationens *utgångs*punkt.

B PERSONLIGA PREFERENSERS ROLL

De etiska *fundamentisterna* anser att det yttersta skälet som bildar den ifrågavarande avvägningsargumentationens slutpunkt är säkert, uppenbart i och för sig. Endast ett fåtal slutgiltiga etiska satser är emellertid uppenbara, säkra var för sig. Det är ovisst om de kan bilda fundament för alla etiska avvägningar (jfr 5.8.6 och 5.8.7 ovan).

Förvisso betraktar t.ex. *Thomson* (1989, 12 ff.) vissa etiska satser som nödvändiga sanningar, men dessa måste tolkas som *prima facie*, inte slutgiltiga (jfr avsnitt 5.8.3B ovan).

Det är därför rimligt att säga att argumentationens slutpunkt måste bestämmas av *individens personliga (intuitiva) preferenser*. Se avsnitt 8.3.3 nedan!

Medan de etiskt relevanta *prima facie*-värdena varierar från en kultur till en annan kan personliga preferenser variera inom en bestämd kultur.

Detta gör emellertid inte avvägningen värdelös.

- Fast slutpunkten är personlig kan det fastställas objektivt *vad* som skall vägas samman (jfr Alexy 1985, 149–150). Argumentationens uppgift är sålunda att lägga fram alla relevanta värden och principer som skall vägas samman i det ifrågavarande fallet.
- Om skilda individer är ense såväl ifråga om vilka värden och principer som är relevanta i fallet som om deras sammanvägning, kan de uppnå en varaktig konsensus.

I detta sammanhang kan man kritisera *Peter Høilunds* teori.

Följande uppfattning tycks visserligen vara riktig. »Retsanvenderens moralske ømmekraft bevægter sig således mellem det, retsanvenderen opfatter som det gode, der formentlig er bestemt af de sociale og ideologiske rammer eller den livspraksis retsanvenderen er socialiseret inden for, og lovens autoritative krav. Hvad 'det gode liv' består i, kan man ikke sige noget entydigt og endeligt om, da den intuitive erkendelse heraf først fremstår i bevidstheden ved mødet med den positive lovs krav» (1992, 171-2). »I en konkret situation – en struktureret helhed – er det ikke de enkelte fenomener, der er afgørende, idet retten først viser sig i en større betydningshelhed. Når jeg anvender betegnelsen struktureret helhed, er det for at tilkendegive, at der er tale om en situation, en retssag, et lovkompleks, idet intet menneske kan rumme den totale helhed» (id 180-1).

Høilund tycks emellertid gå för långt då han avvisar såväl analytisk klarhet som generella »definitioner». Han uppfattar således sin teori som »syntetisk i modsaetning til retspositivismen, der er analytisk, idet den antager, at opgaven er at analysere juridiske begreber og ad den vej nå til klarhed» (id 171). »Problemet ved at tage udgangspunkt i en definition af det retfærdige eller det gode som Rawls, Nozick og Finnis gør, er, at deres definitioner – uanset hvor smukke de er – ikke er umiddelbart anvendelige i *konkrete* tilfælde. Definitioner er antagelig nødvendige inden for naturvidenskaben, men inded for retsfilosofien løser de ingen problemer. Man kan... kun tale om retfærdighed eller 'det gode liv' i konkrete situationer» (id. 177-8). I ett supplement till sin avhandling (1994, 55 ff. med hänvisningar till bl.a. Plato, Plotin, Aristoteles, Bergson, Gadamer och t.o.m. Freud) tillägger Høilund att den etiska kunskapen är *intuitiv*.

Den intuitionistiska kunskapsteorin är emellertid förenad med ett antal kända svårigheter.

- De etiska intuitionerna beskrivs ofta som en individs »sjätte sinne». En person som saknar vissa grundläggande intuitioner uppfattas därmed som »värdeblind». Denna intuitionslära har kritiserats i avsnitt 5.2.3 ovan.
- Huvudproblemet är att intuitionerna inte kan på en och samma gång vara objektiva och ofelbara (jfr Nowell-Smith 1954, 58). Bortsett från ren logik består objektiv kunskap endast av felbara hypoteser som måste testas (jfr avsnitt 4.5.3 ovan om *Karl Poppers* vetenskapsfilosofi). En konsekvent intuitionist måste följaktligen godta en tämligen extrem kunskapsteoretisk och ontologisk relativism, *se* vidare avsnitt 8.4.5A3 och 8.4.5B2 nedan.
- Enligt min uppfattning är följaktligen såväl den logiska analysen som definitionerna nödvändiga teoretiska redskap. Genom att de etiska intuitionerna analyseras, preciseras, generaliseras och underkastas logisk prövning uppstår väl motiverade teorier om vilka de i vårt kulturarv förankrade *prima facie*-värdena är och hur de bör jämkas samman i olika konkreta fall. Kulturarvet och rationalitet bildar en ram som begränsar individens frihet att lita till sina etiska intuitioner.

Kort sagt måste man ansluta sig till följande bedömning: »Jeg synes som Høilund, at moralen så absolut hører hjemme i en retsafgørelsessammenhæng, men mener, at det rigtige må være netop at kombinere følelse og fornuft» (Dalberg-Larsen 1993, 46).

C ARGUMENTATIONENS SLUTPUNKT: ETT KONKRET VÄRDEOMDÖME ELLER EN REGEL

Argumentationens slutpunkt kan bestå av ett *värdeomdöme med konkret och unikt innehåll.* Den kan även bestå av en *regel* men aldrig av en princip.

En slutgiltig avvägning sker som sagt i ett konkret sammanhang och är betingad av det konkreta fallets fullständiga kontext. Detta faktum bestämmer emellertid inte svaret på frågan om den perfekta etiska argumentationens slutpunkt likaledes består av ett konkret och unikt värdeomdöme. Följande möjligheter kommer i fråga.

1. Argumentationen kan i vissa fall ytterst vila på ett konkret värdeomdöme som gäller det aktuella fallet. Omdömet har dessutom ett *unikt innehåll.* Det är ensamt i sitt slag, och avseende det aktuella fallet.
2. Argumentationens slutpunkt kan i andra fall vara att man litar till en viss generell regel, som bestämmer en prioritetsordning mellan de ifrågavarande värdena, principerna och hänsynen.

Det är däremot inte konsekvent att som avvägningsprocessens slutpunkt välja någon ytterligare princip. En princip utgör som sagt aldrig något tillräckligt beslutsskäl, utan måste vägas mot andra principer. Hur kan den då vara avvägningens *slutpunkt?*

D INGEN AVVÄGNINGSKALKYL

Den slutgiltiga avvägningens innehåll *kan inte förutses med stöd av någon logisk kalkyl,* inte ens då den perfekta etiska argumentationens slutpunkt består av en *regel.* Avvägningen påverkas av det konkreta fallets alla etiskt relevanta omständigheter. En lista av sådana är öppen och deras relativa vikt beror ytterst på individens personliga preferenser. Förvisso kan avvägningsargumentationen sluta med att en regel antas, men denna regel måste vara *vag.* Livets mångfald och föränderlighet gör helt exakta och samtidigt helt säkra etiska regler osannolika.

Denna avvägningsteori tycks mig vara förenlig med Aristoteles' lära om det praktiska övervägandets yttersta steg där sakens alla konkreta aspekter beaktas (jfr Pattaro 1988, 112, med referens till Aristoteles' Nikomachiska etiken 1142a1143b och Retoriken 1394a1395b, 1418a). Det kan även erinras om att etiken och det goda övervägandet enligt Aristoteles bygger på dialektiken och

följaktligen på den härskande uppfattningen (jfr Pattaro, a.a. med hänvisning till Nikomachiska etiken 1098b, Topiken 100a-108b m.m.).

Se även Burton 1992, 54 ff. och 1994, 194.

E AVVÄGNING MELLAN ETISKA PRIMA FACIE-SATSER – BETYDELSEN AV ANALOGISLUTET

Förhållandet mellan avvägning och *analogi* kan belysas med användning av *Chisholms* logiska rekonstruktion. Uttrycket

A skall *prima facie* göra H

kan definieras som

det finns en (möjlig) situation p, sådan att p kräver att A gör H

(jfr Chisholm 1974, 118 ff; avsnitt 8.5.2B nedan).

Frågan huruvida A bör göra H i en viss, faktiskt inträffad situation, r, besvaras genom avvägning av olika *prima facie* skäl och motskäl. Antag nu i enlighet med Chisholms teori att varje sådant skäl utan tvekan bestämmer en bedömning av A:s skyldighet i en viss möjlig situation. Antag följande, närmare bestämt :

1) det finns en (möjlig) situation p, sådan att p kräver att A gör H,
2) det finns en (möjlig) situation q, sådan att q kräver att A inte gör H

och

3) det inträffar (faktiskt) en situation r, i vilken det är osäkert huruvida A bör göra H.

Frågan gäller nu huruvida den faktiska situationen r väsentligt liknar p eller q. Är analogin mellan r och p mer eller mindre väsentlig än analogin mellan r och q? Avvägningen innebär följaktligen ett val mellan olika analogier.

Om Chisholms teori om *prima facie*-normsatser är riktig är det inte helt otänkbart att *all* slags avvägning mellan *prima facie*-skäl kan framställas som ett val mellan olika analogier. En *prima facie*-normsats innebär ju att man slutgiltigt bör göra H i den tänkta situationen p. Alltså bör man göra det även i den faktiska situationen r, om den väsentligt liknar p.

Denna fråga kan förvisso inte behandlas i den förevarande framställningen. Det räcker med att konstatera att valet mellan konkurrerande analogier inte kan förutses med stöd av någon logisk kalkyl.

F ARGUMENTATIONENS SLUTPUNKT: ETT VÄRDEOMDÖME ELLER ETT VÄRDESYSTEM

Kulturarvet bestämmer således vilka norm- och värdesatser som är ägnade att bli den etiska avvägningens slutpunkt. Vissa norm- och värdesatser är det var för sig, t.ex. »man skall *prima facie* inte döda en oskyldig människa». Andra är ägnade att bli den etiska avvägningens slutpunkt därför att

de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas. Men det går inte att på en och samma gång ifrågasätta alla eller nästan alla av dem och ändå delta i samhällets gemensamma liv.

5.9.9 Avvägning mellan regler

Inte bara principer utan även vissa etiska och rättsliga regler uppställer en blott provisorisk (*prima facie*) skyldighet. Man får t.ex. inte döda människor. Regeln förbjuder *prima facie* allt dödande men för att slutgiltigt konstatera att en viss individ inte får dödas måste man även beakta andra regler, vilka bestämmer vissa *undantag*; den som t.ex. handlar i nöd skall vara fri från ansvar. Det naturliga sättet att bestämma sådana undantag är att beakta andra regler, sådana som nödbestämmelsen i 24 kap. 4 § brottsbalken. I vissa fall måste man emellertid utföra *avvägningar*, ofta tämligen komplexa.

Antag t.ex. att en svensk läkare dödar en hopplöst sjuk patient för att avbryta dennes lidande. Läkaren anser sig ha handlat i moralisk nöd och åberopar bl.a. den nederländska rättens utveckling på detta område. Denna utveckling har ägt rum efter en dom av en underrätt (1973) och har kommit till uttryck bl.a. i domar av landets högsta domstol (*Hoge Raad*) i 1984 [*Nederlandse Jurisprudentie* (NJ) 1985 No. 106] och 1986 (NJ 1987 No. 607). De nederländska domstolarna har sålunda legaliserat dödshjälp på grund av *noodtoestand*. Dödshjälpspraxis ledde till motsvarande lagstiftning under vintern 1993.

Spörsmålet om moralisk nöd skall godkännas som en ansvarsfrihetsgrund är en uppenbar avvägningsfråga mellan bl.a. följande skäl och motskäl. Dödshjälp bör legaliseras för att skydda människor mot onödigt lidande. Därtill kommer rättssäkerhetskravet: Det kan inte helt uteslutas att dödshjälp i enstaka fall redan förekommer i det fördolda, då läkare inte finner sig i patientens hopplösa och outhärdliga lidande. Det är bättre att underkasta frågan om dödshjälp klara rättsregler som skapar en human, enhetlig, förutsebar och kontrollerbar behandlingspraxis. Liberalt uppfattad måste dessutom en människas rätt till liv omfatta friheten att bestämma om hon vill leva eller dö, och sålunda friheten att befria åtminstone en person från skyldigheten att inte döda henne. Men det finns även skäl *mot* att dödshjälp legaliseras. Huvudskälet är missbruksfaran. Legalisering av dödshjälp kan dessutom tänkas leda till att respekt för livet över huvud taget uppluckras (s k »*slippery slope argument*»).

Även om denna sammanvägning stöder läkarens uppfattning är den emellertid inte någon tillräcklig grund för att avgöra fallet. Man måste dessutom beakta olika rättssäkerhets- och demokratisynpunkter som talar mot de svenska domstolarnas makt att tänja lagens bokstav och följa den nederländska förebilden.

Men om undantagen bestäms genom avvägning kan man då inte dra slutsatsen att huvudreglerna liknar värdeprinciper? Kan man inte t.o.m. ifrågasätta betydelsen av distinktionen mellan regler och värdeprinciper? För att besvara denna fråga måste man tänka på följande skillnader.

1. En värdeprincip uppställer ett ideal som kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Avvägningen mellan två värdeprinciper innebär följaktligen att den ena inte får beaktas så pass mycket att den andra undervärderas. Regler saknar denna viktdimension. I motsats till en princip kan den ifrågavarande regeln antingen enbart *följas eller inte följas*. Följsamheten kan inte graderas. Avvägning mellan regler är därför *indirekt*: man väger samman de värden som stöder en regel med dem som stöder en annan.

2. Medan varje princip uttrycker ett bestämt värde utgör en regel oftast en beslutad *sammanvägning av* flera värden.

En straffrättslig regel kan uttrycka en avvägning mellan hänsyn till allmänprevention, individualprevention, gärningsmannens människovärde osv. En skatterättslig regel kan uttrycka en kompromiss mellan ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra värden. Om lagen är klar utförs avvägningen huvudsakligen av lagstiftaren. Om den är vag, delegeras uppdraget till rättspraxis. En vag rättsregel stadgar t.ex. att oskäliga avtalsvillkor kan lämnas utan avseende (jfr 36 § avtalslagen). En avvägning mellan olika principer bestämmer vilka avtalsvillkor som är oskäliga.

3. En klar regel kan problemfritt tillämpas på klara fakta som omfattas av regelns »begreppskärna». Avvägningar spelar ingen roll i sådana *rutinfall*. Å andra sidan är avvägningar alltid nödvändiga för att kunna tillämpa en princip. Här finns det inga rutinfall.

4. Inte ens den klaraste regeln kan emellertid problemfritt tillämpas på de fall som omfattas av dess »periferi». Denna kännetecknas av osäkerhet om regeln är tillämplig eller inte (jfr avsnitt 2.2.3E ovan angående *Harts* teori om rättens »öppna vävnad»). Tillämpningsfrågan i sådana *svåra fall* kan bestämmas av avvägningar.

5. Två regler kan kollidera. Så är fallet om de inte kan följas på en och samma gång. Om två regler kolliderar, löses problemet genom att de omtolkas (och därmed harmoniseras) eller genom att den ena ges företräde framför den andra. Det är däremot sällsynt att två principer inte i någon mån kan följas samtidigt. Kollisionen kan dock bestå i följande samband: ju mer den ena beaktas desto mindre utrymme finns det för den

andra. I vissa lägen kan t.ex. en ökad jämlikhet medföra en minskad frihet och vice versa.

6. Om två olika principer således kolliderar med varandra kan graden av principernas beaktande inte bestämmas generellt, utan endast från fall till fall. Detsamma gäller harmoniseringen av regler. Även denna sker ofta genom avvägningar, från fall till fall. Prioritetsordningen av regler kan däremot bestämmas genom generella kollisionsregler; en viss arbetsrättslig regel aldrig får t.ex. tillämpas då den kolliderar med en associationsrättslig regel.

5.9.10 Steget från teoretiska satser till slutgiltiga etiska slutsatser?

Trots att etisk avvägning således ytterst beror på individens personliga preferenser kan man konstatera ett visst samband mellan dess resultat – dvs. slutgiltiga etiska satser – och teoretiska satser.

A TEORIN OM ENIGHET MELLAN ALLA ETISKA LÄROR

Som nämnts kan man utarbeta en lista av *prima facie* etiska värden, bl.a. kännetecken på det etiskt goda. Värdena är etablerade i vårt etiska språkbruk och i vår kultur. Man kan även utarbeta en lista av således etablerade generella etiska läror. Följande är dessutom inte vederlagt: Om man hade haft mer omfattande kunskap så skulle man på grund av denna objektivt kunna formulera en mer omfattande lista av sådana läror.

Varje sådan lära uttrycker utan tvekan vissa värden, men dess monopolanspråk på att täcka etikens hela område är omstritt. Därför är det intressant att behandla en teori om enighet (konsensus) mellan olika läror.

Om den ifrågavarande handlingen ökar människors lycka *och* förverkligandet av deras talanger *och* är väl anpassad till människors preferenser osv., så är det rimligt att handlingen är *slutgiltigt* god och att den *slutgiltigt* bör utföras. Notera att ordet »slutgiltigt» i detta sammanhang betyder slutgiltigt *handlingsrättfärdigande*.

Den omständigheten att alla sådana fakta samtidigt föreligger är följaktligen ett tillräckligt villkor för att den slutgiltigt handlingsrättfärdigande etiska slutsatsen är *rimlig*.

När det gäller en bedömning av en individs hela personlighet, alltså inte endast enstaka handlingar, kan denna på ett motsvarande sätt byggas på alla kännetecken på det etiskt goda, oavsett om de upptas av någon generell lära eller inte.

Om en individ
- inte brukar skada andra;
- brukar hjälpa andra;
- är arbetsvillig;
- brukar tala sanning;
- brukar hålla sina löften *och*
- brukar visa mod osv,

så är det rimligt att denna individ är en *slutgiltigt* god människa.

Ordet »osv.» antyder i alla dessa antaganden att listan borde *utökas med* fler, kanske hittills okända, etiska kännetecken och generella läror (jfr avsnitt 5.9.5 och 5.9.6 ovan).

Kan inte ordet »rimligt» utelämnas? Kan man inte göra gällande att den ifrågavarande handlingen respektive individen *är* god, inte blott att det är rimligt att så är fallet?

Följande omständigheter talar *mot* detta:

1. Påståenden om sådana fakta som lyckan, preferenserna, talangerna och verksamheterna kan tänkas vara teoretiska, »värderingsfria». Etiska norm- och värdesatser har emellertid ur en viss synvinkel en mer omfattande innebörd än påståenden om dessa fakta. De förra än nämligen direkt handlingsrättfärdigande skäl, medan de senare inte är det. En korrekt slutsats kan inte ha en rikare innebörd än den premissmängd varav den följer. Inga etiska norm- eller värdesatser kan då *logiskt följa* av dessa påståenden ensamma (se vidare Peczenik och Spector, 471).

Denna invändning gäller emellertid inte vissa andra etiska läror, däribland sådana som handlar om rättvisa, samhällsnytta eller det samhälleliga framåtskridandet. Dessa kännetecken på det etiskt goda är inte beskrivna på något »värderingsfritt» sätt. Ur denna synvinkel *kan* det tänkas att följande tes är rimlig, ja kanske t.o.m. analytiskt sann:

Om en handling har någon av följande egenskaper:
- den ökar samhällsnyttan;
- den ökar det samhälleliga framåtskridandet; *och*
- den ökar rättvisan i samhället; o s v,

så *är* handlingen H *slutgiltigt* god och skall *slutgiltigt* utföras.

Dessutom kan det hävdas att listan på *alla tänkbara* etiska läror uppställer så många etiska krav, att uppfyllandet av samtliga *är* ett tillräckligt handlingsrättfärdigande skäl. Visserligen strider en sådan uppfattning mot Humes s.k. giljotin, dvs. det kategoriska antagandet att ingen norm- respektive värdesats kan följa av en teoretisk sats. Men »giljotinen» har ifrågasatts, t.ex. har Castañeda (1975,

333) gjort gällande att förnuftets roll för människans överlevnad kräver att hon kan finna broar mellan teoretiska och praktiska satser.

De moralfilosofiska och språkfilosofiska förutsättningarna för en sådan diskussion om analytisk sanning är emellertid både komplexa och dunkla. De kan inte behandlas i denna framställning.

2. En annan invändning är mindre seriös. Två handlingar kan på en och samma gång uppfylla samtliga krav uppställda av de tänkbara etiska lärorna men ändå vara oförenliga, dvs. sådana som inte samtidigt kan utföras. Anta t.ex. att Kalle gjort sig skyldig till tvesala. Han har sålt sin cykel två gånger, till Lasse och Pelle. Kanske kräver de etiska lärorna att cykeln överlämnas till både Lasse och Pelle men detta är omöjligt. Följaktligen är det besynnerligt att dra slutsatsen att Kalle på en och samma gång bör överlämna cykeln till båda köparna.

Självfallet kan även denna invändning besvaras. För att överhuvudtaget tas på allvar måste de etiska lärorna vara logiskt motsägelsefria. De måste därför innefatta vissa kollisionsnormer som fastställer en prioritetsordning mellan oförenliga etiska skyldigheter eller åtminstone låter individen välja vilken av dessa som han bör uppfylla.

Teorin om enighet mellan olika etiska läror må vara filosofiskt intressant men den saknar all praktisk betydelse. Visserligen är de av olika läror utpekade hänsynen i många fall sammanbundna med varandra; en människa vill t.ex. ofta förverkliga sina talanger och spela sin samhälleliga roll; uppfyllelse av denna preferens bidrar ofta till hennes lycka. Det finns emellertid många etablerade och ännu fler tänkbara etiska läror. Varje lära utpekar olika fakta som bestämmande för huruvida en handling slutgiltigt är god eller bör utföras. Det går knappast att veta om det överhuvudtaget finns några handlingar som på en och samma gång har *alla* dessa egenskaper.

B TEORIN OM DET VIKTIGASTE VÄRDET

Följande teori är likaledes tänkbar. Om handling H motsvarar *det viktigaste* etiska värdet, så är handlingen *slutgiltigt* god och den bör *slutgiltigt* utföras.

Om en handling
- uppfyller krav uppställda av den viktigaste etiska läran, respektive
- uppvisar det viktigaste kännetecknet på det goda,

så är det rimligt att den *slutgiltigt* är god och bör utföras.

Om en individ brukar uppträda på ett sätt som
- uppfyller krav uppställda av den viktigaste etiska läran, respektive
- uppvisar det viktigaste kännetecknet på det goda,

så är det rimligt att han är en *slutgiltigt* god människa.

C TEORIN OM ENIGHET MELLAN MÅNGA ETISKA LÄROR

Som nämnts saknar teorin om enighet (konsensus) mellan *alla* etiska läror praktisk betydelse. En sådan enighet är nämligen för svår att uppnå. Teorin om de viktigaste värdena ger inte heller så mycket. Begreppet »viktigast» *förutsätter* en avvägning, och kan därför inte effektivt användas som avvägningens riktighetsmått. Följande »tredje väg» är kanske den mest lovande.

Om den ifrågavarande handlingen på en och samma gång uppfyller krav ställda av *ett stort antal* etiska läror så är det rimligt att handlingen är slutgiltigt god och att den slutgiltigt bör utföras.

Den omständigheten att många värdegrundande fakta samtidigt föreligger är följaktligen ett tillräckligt villkor för att den slutgiltigt handlingsrättfärdigande etiska slutsatsen är *rimlig*.

Rimlighetsgraden av den slutgiltiga etiska slutsatsen ökar dessutom påtagligt om de ifrågavarande etiska lärorna kan arrangeras i ett sammanhängande system. Det kan t.ex. förekomma olika slags samband mellan lyckan, preferenser, förverkligande av talanger, rättvisan, väl etablerade mänskliga verksamheter m.m. Inte så sällan vill en individ det som gör honom lycklig. Han vill även utveckla sina talanger, delta i samhälleliga verksamheter och uppträda rättvist. Sådana samband kan dessutom användas för att motivera ett värde med stöd av ett annat. Vissa preferenser kan t.ex. anses vara berättigade eftersom de alstrar lycka osv.

D SLUTSATSEN OM AVVÄGNING OCH RÄTTSSÄKERHET

Följande tes är sålunda rimlig.

Rätssäkerhetstes 7. Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser har så pass rimligt stöd av de i språket och kulturarvet förankrade *prima facie* etiska värdena, att deras inverkan på den juridiska argumentationen är förenlig med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög bör grad vara förutsebara med stöd av lagen.

5.9.11 Steget från slutgiltiga etiska satser till teoretiska slutsatser

Följande antagande belyser ytterligare den teoretiska meningen av värde- och normsatser (se vidare Peczenik och Spector, 467 ff.):

Om den ifrågavarande handlingen är slutgiltigt etiskt god eller sådan att den slutgiltigt bör utföras, så har den någon av följande egenskaper:
- den ökar människors lycka;
- den är väl anpassad till människors preferenser;
- den är välanpassad till de mål och förträfflighetsmått som karakteriserar sådana mänskliga verksamheter som familjelivet, näringslivet och det politiska livet; *eller*
- den bidrar till det samhälleliga framåtskridandet; osv.;

Inom parentes kan kanske detsamma konstateras om steget från *prima facie* etiska satser till vissa teoretiska slutsatser. Om den ifrågavarande handlingen är *prima facie* etiskt god eller *prima facie* etiskt obligatorisk, så ökar den människors lycka *eller* förverkligandet av deras talanger; *eller* är väl anpassad till människors preferenser osv.

Den omständigheten att en handling är god eller bör utföras, respektive att en individ är en god människa, utgör i enlighet med dessa antaganden ett tillräckligt villkor för att handlingen
- uppvisar minst ett etiskt kännetecken, eller
- fyller ett krav uppställt av minst en etisk princip respektive generell lära,

varvid kännetecknet eller kravet kan antingen vara etablerat eller åtminstone sådant som kan rekonstrueras genom en språklig, logisk och filosofisk analys.

Teoretiska satser kan således deduceras ur en etisk norm- respektive värdesats! I så måtto stöder dessa teser den språkteoretiska värdekognitivismens sak. Här finns det en äkta bro från »börat» till »varat» (jfr Peczenik och Spector, 470). Men det stöd som värdekognitivismen härmed kan tänkas erhålla är svagt, eftersom slutsatsen inte säger någonting om *vilken* av de otaliga värdegrundande fakta som följer av den etiska premissen.

Det ovan sagda förutsätter en viss uppfattning om etiska satsers teoretiska mening. Men inte ens de som bestrider denna uppfattning kan tvivla på att följande är sant: Om den ifrågavarande handlingen är etiskt god eller obligatorisk, så är det *rimligt* att den ökar människors lycka *eller* förverkligandet av deras talanger; *eller* är väl anpassad till människors preferenser osv.

Detta samband mellan teoretiska och etiska satser bekräftar ytterligare rimligheten av den ovan (i avsnitt 5.9.10D) utvecklade tesen att slutgiltiga

etiska norm- och värdesatser kan motiveras så pass säkert, att deras inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med rättssäkerheten.

6 kap. Rätten och etiken

6.1 *Prima facie*-rätten som en del av *prima facie*-etiken

6.1.1 Utgångspunkten: en värderande juridik

Vi kan nu återkomma till frågan om rätten och etiken. Ett normalt rättssystem är inte genomgående extremt oetiskt (jfr avsnitt 2.8.4D ovan). För lagstiftaren är lagen ett medel att uppnå sådana målsättningar som är rimliga i samhället. Lagstiftningen baserar sig därför nödvändigtvis på etiska avvägningar. Det har även konstaterats att den materiella rättssäkerheten innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn (jfr avsnitt 1.6.2D ovan).

Följaktligen spelar etiska värderingar en stor roll inom juridiken, särskilt såvitt gäller lagtolkning. Det juridiska beslutsfattandets mål är inte att blint lyda lagens bokstav utan att tolka den på ett så godtagbart sätt som möjligt.

Kravet på den juridiska tolkningens etiska godtagbarhet förklaras av följande omständigheter.

Juristen tolkar lagar och andra auktoritativa texter, vilka skapats genom vissa maktutövande institutioner såsom riksdagen för att reglera praktisk maktutövning genom domstolar och myndigheter. Eftersom lagarna m.m. sålunda är ägnade att påverka människornas intressen måste de underkastas en etisk bedömning.

Den tolkande juristen är ofta själv en beståndsdel av en maktutövande institution, exempelvis som domare eller ämbetsman. Som sådan bedriver han en verksamhet som likaledes måste kunna underkastas en etisk bedömning.

Den etiska bedömningen är ofrånkomlig vid tolkning av vag lagstiftning, inte minst generalklausuler såsom 36 § avtalslagen om oskäliga avtalsvillkor.

Høilund (1992, 52 ff.) anser t.o.m. att generalklausulerna är oförenliga med rättspositivismen. Detta är en överdrift. En rättspositivist kan på en och samma gång »värderingsfritt» definiera gällande rätt som en rent faktisk skapelse av lagstiftning och rättspraxis och ändå medge att rättsreglerna innehåller värdeladdade termer.

Vidare kan den etiska bedömningen inte undvikas genom åberopande av lagens otillräcklighet. En domare får således inte vägra att döma. Som exempel kan man citera fjärde artikeln i den franska civillagen (1804): »En domare som vägrar att döma under förebärande av lagens tystnad, dunkelhet eller otillräcklighet, kan åtalas för vägran att döma (*déni de justice*).»

Den franska beteckningen används även i Sverige. NJA 1973 s. 628. I ett certeparti mellan ett utländskt rederi och en svensk befraktare hade intagits en jurisdiktionsklausul av innebörd att uteslutande behörighet att pröva tvist i anledning av certepartiet skulle tillkomma grekisk domstol. Sedan en grekisk domstol i en sådan tvist ålagt befraktaren betalningsskyldighet genom dom som vunnit laga kraft har HD, med upphävande av HovR:ns beslut, meddelat fullgörelsedom mot befraktaren på grundval av den grekiska domen. Referenten, JustR Welamson, tillade till utveckling av sin mening: »Ett avtal om exklusiv behörighet för utländsk domstol kan ju rimligen icke få leda till en *déni de justice* genom att en svarande, som har egendom i Sverige men saknar tillräcklig sådan i den avtalade domstolens stat..., skulle kunna med framgång göra gällande såväl att avtalet har derogativ effekt beträffande svensk domsrätt som att en med stöd av avtalet meddelad dom icke skulle erkännas här.» Avvisningsbeslutets följd skulle således vara att en part skulle berövas möjligheten att överhuvudtaget erhålla någon dom som kunde verkställas. Denna tänkta konsekvens bedömdes som oacceptabel. Bedömningen var avgörande för målets utgång.

Domarens skyldighet att alltid fatta bindande beslut innebär att alla samhällsförhållanden underkastas rättslig bedömning. Allt kan klassificeras som antingen rättsenligt eller rättsstridigt (jfr Luhmann 1993, 297 ff. och 320 ff.). Rätten kan visserligen överta normativa föreställningar från moralen, men moralen gäller inte omedelbart inom rättssystemet (id. 78) utan måste underkastas en »explicit transformation» (id. 85-6). Luhmann uppfattar därför rättssystemet som normativt slutet. Myntet har emellertid en baksida: Rättssystemet klarar sig inte utan att ta över och transformera etiska värden.

En domare måste döma och han måste stödja domen på rationella skäl. Är »rent juridiska» beslutsskäl otillräckliga måste han använda sig av etiska värderingar.

Luhmann (1993, 317) drar förvisso en annan slutsats: »när rätten inte kan finnas måste den uppfinnas». Domaren kan åberopa etiska grunder men dessa är enligt Luhmann inte hållbara utan de blott döljer rättssystemets oberoende från etiken (jfr id. 532). Jag föredrar emellertid en teori enligt vilken domaren kan vara förnuftig och ärlig. Hans argumentation behöver inte att dölja något utan den kan leda till en förnuftig lösning av juridiska problem.

I andra fall är juristen förvisso inte tvungen att utöva makten men han kan och i viss mån även bör (som t.ex. rättsdogmatiker eller advokat) påverka maktutövningen.

Det ofrånkomliga sambandet med maktutövning medför kort sagt att den juridiska tolkningen har en praktisk sida, dvs. att den är ägnad att påverka människornas intressen och följaktligen bör stödja sig på etiska avvägningar. Samtidigt har den självfallet en teoretisk sida; den måste t.ex. uppvisa en viss trohet mot lagens ordalydelse.

Tolkning överhuvudtaget bidrar till (1) att samla och förmedla kunskap om verkligheten (teoretisk tolkning) och (2) att påverka andra människor (praktisk tolkning). Den teoretiska tolkningen förekommer t.ex. ofta i litteraturvetenskap och historieforskning. Den praktiska tolkningen förekommer främst i etik, juridik och politik. Men gränsdragningen är ingalunda skarp. En tolkning av historiska källor kan t.ex. inriktas på att uppställa förebilder eller skräckexempel, för att påverka den aktuella politiken. Skådespelare och musiker tolkar litterära och musikaliska verk varvid en (»teoretisk») trohet mot originalet förenas med ett (»praktisk») syfte att påverka avnämarnas känslor. Följaktligen kan även mer komplexa klassificeringar av olika tolkningsarter förekomma (jfr t.ex. Betti 1954, 142 ff.).

6.1.2 Juridisk argumentation är ett särfall av praktisk argumentation

Förnuftig juridisk argumentation utgör sålunda ett särfall av förnuftig praktisk argumentation (jfr Alexy 1978, 212 ff. och avsnitt 3.1.1B ovan).

Juridisk argumentation besvarar praktiska frågor, dvs. den bestämmer vad man skall respektive får göra.

Juridisk argumentation förs med anspråk på *riktighet*.

Ett rättssystem måste följaktligen omfatta *etiska* principer (jfr vidare avsnitt 2.8.4G ovan).

Jürgen Habermas har visserligen hävdat följande.

- Rättens språk skiljer sig från det etiska, därför är rättens »omedelbara moralisering» utesluten (Habermas 1992, 253).
- Vidare bestäms lagarnas legitimitet inte endast av »moralomdömenas riktighet». Legitimiteten beror även på sådana faktorer som »tillgänglighet, vikt, relevans och urval av information, fruktbarhet av informationsbehandling, lämplighet av situationstolkningar och problemställningar, beslutens rationalitet, de starka värderingars äkthet och framför allt... kompromissernas 'fairness'» (id. 286).
- Moralnormerna ställer anspråk på att accepteras av alla på grund av rationella överväganden. Rättsnormerna ställer blott anspråk på att accepteras av medlemmar i en konkret rättslig gemenskap. De kan uttrycka denna gemenskaps specifika värden och t.o.m. tillfälliga kompromisser (jfr Habermas 1992, 139 och Günther 1993, 146 ff.).
- Till sist behandlar rättsnormerna relationer och konflikter mellan »socialtypiska» medlemmar i en av rätten konstruerad abstrakt gemenskap medan moralnormerna riktar sig till konkreta personer som kännetecknas (»*individuiert sind*») av sin levnadshistoria (Habermas 1992, 144).

Habermas (och Günther) förkastar följaktligen Alexys särfallstes. Rätten kan enligt Habermas inte rättfärdigas i anslutning till moralprincipen utan endast med stöd av demokratiprincipen som bestämmer att rättsreglerna är legitima endast om de skulle accepteras av alla rättssubjekt i en rättslig normgivningprocess som uppfyller vissa krav på en rationell debatt (id. 138 ff., 286 ff osv.). Demokratiprincipen är i en viss mening *överordnad* moralprincipen, eftersom »privatautonomins gränser» måste bestämmas så att »privatpersoner är tillräckligt kvalificerade för sin roll som medborgare» (id. 503). Närmare bestämt ger Habermas företräde åt de rättigheter som bildar betingelser för den demokratiska processen (id. 320 och 529-530).

Habermas' uppfattning kan emellertid kritiseras.

- Förvisso är rättens »omedelbara moralisering» utesluten eftersom rättens språk skiljer sig från det etiska. Men en indirekt »moralisering» är fullt möjligt. Såväl rättens giltighet som dess tolkning bör nämligen påverkas av att vissa etiska minimivillkor uppfylls.
- De legitimitetsbestämmande faktorer som Habermas skiljer från »moralomdömenas riktighet» har egentligen en stor etisk relevans. Antag att lagstiftningen och rättstillämpningen kännetecknas av irrationella

beslut, bygger på otillgänglig, betydelselös och irrelevant information som behandlas på ett ofruktbart sätt, tolkas olämpligt, präglas av hyckleri och förhindrar rimliga kompromisser. En sådan »rätt» skulle naturligtvis vara djupt oetisk! I motsats till Habermas' intentioner framstår »demokratiprincipen» plötsligt som ett särfall av »moralprincipen».

- En individs tillhörighet i en viss gemenskap är relevant såväl för rätten som för etiken. De etiska grundvärdena är nämligen förankrade i en bestämd gemenskap (se avsnitt 5.8 ovan).
- Vidare uttrycks *prima facie*-normer, såväl etiska som rättsliga, i begrepp vilka är universella i en semantisk bemärkelse, dvs. betecknar *alla* personer och föremål av en viss klass, inte namn på individer och individuella ting. Slutgiltiga normer, återigen såväl rättsliga som etiska, behandlar däremot konkreta fall; varje sådan norm beaktar det konkreta fallets fullständiga kontext.

Habermas' prioritetsordning mellan demokrati- och moralprincipen kan dessutom kritiseras. Den är rimlig endast *prima facie*, om inga motskäl är starkare, jfr Alexy 1994, 237.

I detta sammanhang måste även *Niklas Luhmanns* tes beaktas, enligt vilken rätten kan överta normativa föreställningar från moralen »men detta måste ske genom explicit transformation» (1993, 85). Inom Luhmanns teori har denna tes en särskild mening. Men om tesen uppfattas som fristående gentemot hans teori kan följande tolkning försvaras:

- Lagstiftaren skapar rättsregler som har stöd av etiska *prima facie*-värden. Bildligt talat *transformeras* värdena till lagen.
- Juristerna tolkar rättsreglerna med stöd av etiska värden.
- Såväl rättsreglerna som etiska värden är relevanta i juridisk argumentation. Rättsreglerna väger relativt sett tyngre i juridisk argumentation, medan etiska värden väger relativt tyngre i en rent etisk debatt. De etiska värden som stöder de gällande rättsreglerna väger tyngre i juridisk argumentation än de värden som på lagstiftningsstadiet stödde en annan utformning av lagen.
- Denna viktförskjutning innebär att den juridiska argumentationen *transformerar* etiska värden till juridiskt relevanta skäl.
- Genom att såväl lagstiftning som rättspraxis således transformerar etiska värden till rättsregler vinner både lagen och den juridiska argumentationen sin legitimitet.

6.1.3 *Den första slutsatsen: Alla etablerade rättsregler har prima facie-karaktär*

Värderingarnas stora roll inom juridiken gör det naturligt att anta att alla etablerade rättsregler, stadgade av lagen och andra rättskällor, har en provisorisk, *prima facie*-karaktär.

Närmare bestämt måste följande konstateras.

a. Juristerna tar för givet att juridisk argumentation baserar sig på gällande rätt och att vissa rättskällor, såsom lagen, är bindande. Utan rättskällor har en slutsats inget rättsligt stöd.

b. Inga etiska avvägningar behövs för att avgöra *rutinfall* (jfr avsnitt 4.1.1 ovan).

c. Ett *svårt* fall kräver däremot en etisk avvägning och en sådan kan motivera avsteg från föreskriftens ordalydelse. Fallets lösning följer då av en satsmängd som förutom en etablerad rättsregel och en faktabeskrivning omfattar ett tillägg som är rimligt men som kan ifrågasättas. Tillägget kan t.ex. bestå av en genom etisk avvägning nyskapad norm- eller värdesats. Se exempel angivna i avsnitt 4.1.2–4.1.10 ovan.

Om en föreskrift är sådan att ett svårt fall kan tänkas förekomma vid dess tillämpning har denna föreskrift en provisorisk, *prima facie*-karaktär.

d. Vid tillämpning av vissa föreskrifter är nästan alla förekommande fall rutinfall. Någon systematisk översikt av sådana föreskrifter finns inte, men följande exempel kan anges.

- Tillämpning av bestämmelser som anger klart uttryckta tidsfrister består nästan alltid av rutinfall.
- Den ovan citerade fiktiva regeln om felparkering kan också nämnas här: »Om parkeringsvakt påträffar bil som är parkerad på avgiftsbelagd plats utan att avgiften är betald, skall han avkräva bilägaren en felparkeringsavgift om 150 kr» (jfr avsnitt 4.1.1).
- 2 kap. 4 § regeringsformen bestämmer att »dödsstraff icke får förekomma». Man kan knappast tänka sig ett fall där en svensk domstol utdömer dödsstraff.

Men t.o.m. sådana föreskrifter kan ge upphov till vissa tolkningsproblem. Får man t.ex. utlämna en utländsk medborgare till ett land där det visserligen inte finns något dödsstraff men fångarna brukar dö under mystiska omständigheter? Eftersom tolkningen *kan* ge upphov till svåra

fall har föreskrifterna (åtminstone i teorin, om inte i praktiken) en *prima facie*-karaktär.

e. Vid tillämpning av de flesta föreskrifter förekommer emellertid t.o.m. praktiskt intressanta svåra fall.

f. I extremt svåra fall leder avvägningar till att lagens ordalydelse sätts ur spel (en tolkning *contra legem*).

Följande exempel belyser det ovan sagda. I rättsfallet NJA 1982 s. 493 ålade HD gåvoskatt för en ogiltig gåva, trots att enligt det relevanta lagrummet sådan skall endast utgår vid »giltig utfästelse» (jfr Hellner 1994, 82). Vissa äldre exempel är lika intressanta (jfr dock kritiska anmärkningar av Hult 1952, 579 ff.).

- NJA 1935 s. 157 och 1938 s. 35. En viss verkan tillerkändes ett muntligt avtal om fastighetsköp, ehuru lagen krävde skriftlig form, jfr 1 kap. 2 § av dåvarande jordabalken.
- NJA 1949 s. 82. Ett skilsmässofall mellan baltiska flyktingar bedömdes enligt svensk rätt i stället för sovjetisk, fast makarnas nationella lag skulle tillämpas jämlikt dåvarande 3 kap. 2 § av 1904 års lag om internationella förhållanden rörande äktenskap.
- NJA 1949 s. 195. En person skadades av att en elektrisk bil, som höll på att repareras, till följd av en arbetares misstag startades i ett garage. Hovrätten avgjorde fallet med stöd av en lag om skador som orsakas av »förare» och inträffar »i följd av trafik».
- NJA 1951 s. 265. En lagregel om faderns bidrag till moderns underhåll i samband med utomäktenskapligt barns födelse tillämpades på en man som gjort en kvinna havande, trots att havandeskapet avbrutits på medicinsk grund. Abort ägde rum i senare delen av havandeskapet. HD utdömde det yrkade beloppet som motsvarade hälften av kvinnans utgifter och förluster i anledning av havandeskapet och aborten. HD:s majoritet (tre av fem ledamöter) åberopade »grunderna» för bestämmelsen. Det var således fråga om en laganalogi. Majoriteten värderade alltså likheten mellan en sådan abort och en vanlig födelse som väsentlig. Men bokstavligt talat är ett foster inte något »barn», inte heller är en abort någon »nedkomst».

Man kan även beakta 4 § av den gamla regeringsformen (upphävd 1969): »Konungen äger att allena styra riket...» Ur denna bestämmelse har man genom tolkning härlett och faktiskt tillämpat normen »regeringen har verkställighetsmakt». Betyder ordet »Konungen» språkligt sett samma sak som ordet »regeringen»? Betyder ordet »styra riket» språkligt sett detsamma som att »ha verkställighetsmakt»?

Ett annat lärorikt exempel finner man i Norge (Rt 1979 s. 1079). En sinnessjuk kvinna som dömts för dråp av sin moder och dråpförsök av sin fader till 10 år sluten psykiatrisk vård överklagade domen i strid med sin förmyndares (*hjelpeværges*) uppfattning. Åklagarmyndigheten yrkade att vadetalan skulle avvisas med

stöd av 98 § straffprocesslagen av 1887, som löd: »Har siktede ikke nådd myndighetsalderen, tillkommer de ham tillagte partsrettigheter også værgen. Er han sindssvag, har værgen hans partsrettigheter». Såväl förarbetena som ett antal prejudikat anslöt sig till lagens ordalydelse. Likväl bestämde Høyesterett enhälligt att vadetalan skulle prövas. Avgörandet stöddes på en proposition till ny straffprocesslag samt på följande bedömning. Hade talan avvisats skulle det medföra att ett brottmål endast hade prövats vid en instans. Domaren Blom uttalade: »Et sådan resultat vil... ikke være bare i strid med det syn på de sindssyge og deres rettigheder, som efterhånden har arbejdet sig ind hos os. Det vil også i sin konsekvens medføre, at en forvaringsdømt sindssyg uden videre er frataget en elementær retssikkerhedsgaranti, som tilkommer alle andre i dette land. Hvis den forvarede kvinde skulle nægtes adgang til at anke, ville det indebære, at værgen kunne hindre hende i at få afprøvet den skønsmæssige vurdering af sikringstidens længde ved en ny prøvelse». Lagens ordalydelse sattes alltså ur spel med hänsyn till »en elementär rättssäkerhetsgaranti, som tillkommer alla andra i detta land» (jfr Eckhoff 1993, 76 och Høilund 1992, 19 ff.).

Tolkning *contra legem* kan försvaras ur olika synvinklar, jfr t.ex. *Lawrence B. Solums* teori (1994, 120 ff.) som bygger på domarens vishet *(phronêsis)* i Aristoteles' mening.

I vissa tolkningssammanhang spelar den ifrågavarande föreskriftens ordalydelse inte ens någon *prima facie*-roll. Argumentationens utgångspunkt består då av en viss preliminär, tidigare accepterad eller nära till hands liggande tolkning som redan avviker från ordalydelsen. Argumentationen resulterar i att denna *prima facie*-tolkning bekräftas eller modifieras.

6.1.4 Den andra slutsatsen: En etisk prima facie-skyldighet att följa lagen

Trots detta finns det en etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen och även att beakta andra etablerade rättskällor. Närmare bestämt kan man hävda följande:

Om en rättskälla direkt uttrycker eller åtminstone stöder satsen, att någon har en viss rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en etisk *prima facie*-skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Dessa etiska skyldigheter och rättigheter har självfallet en provisorisk, *prima facie*-karaktär. Antag t.ex. att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Eftersom polisen har en etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen har den också en etisk *prima facie*-skyldighet att döda judar.

Men denna fruktansvärda skyldighet innebär blott att den nazistiska lagen är ett etiskt *möjligt* skäl. Det etiska språket gör det möjligt att vid en etisk avvägning beakta en i behörig ordning tillkommen lag, nazistisk eller ej. Måhända är den nazistiska lagen t.o.m. ett relevant etiskt skäl, dvs. ett sådant som måste beaktas vid en etisk avvägning. Detta förhållande har emellertid inga etiskt förkastliga konsekvenser, eftersom man hur lätt som helst kan finna etiska motskäl som väger tyngre än nazistlagen. Samtidigt som man har den nazistiska *prima facie*-skyldigheten att döda har man en uppenbar etisk *prima facie*-skyldighet att *inte* döda. Jag har redan konstaterat att man på en och samma gång kan vara *prima facie*-skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar, t.ex. både döda en människa och låta henne leva; jfr avsnitt 5.8.3F ovan och 8.5.2B nedan. Självfallet väger *prima facie*-skyldigheten att *inte* döda tyngre än den nazistiska *prima facie*-skyldigheten att döda. Givetvis har man ingen *slutgiltig* etisk skyldighet att döda judar.

Den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa rättsreglerna medför att man *i rutinfall* kan lita på lagen och därmed undvika den hopplösa uppgiften att i varenda fall göra en fullständig avvägning av alla etiskt relevanta hänsyn.

Joseph Raz anser likaledes att ett juridiskt skäl är »immunt mot anspråket på att det skall omprövas i varje fall på vilket det är tillämpligt» (Raz 1979, 33). Ändå gör han gällande att det inte finns någon etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen (id., 233 ff.). Men den senare tesen är mindre radikal än den vid första anblick förefaller vara. Den är enligt Raz inte tillämplig på vissa speciella personer (biskopar m.fl., id. 237); dessa har sålunda en sådan skyldighet. Vidare måste Raz' tes sättas i samband med hans speciella tolkning av ordet »skyldighet»: »Begreppet skyldighet innebär en praktisk nödvändighet, mera stringent än ett prima facie skäl att lyda» (id. 234). Jag ansluter mig inte till denna definition.

6.1.5 *Vissa skäl för den etiska prima facie-skyldigheten att följa lagen*

A BAKGRUNDEN – VARFÖR BÖR MAN HANDLA ETISKT?

Innan den i huvudrubriken ställda frågan besvaras måste vissa synpunkter utvecklas på temat varför man överhuvudtaget bör handla etiskt.

Etiska värdesatser gör ingen skillnad mellan den talande och andra människor (se avsnitt 5.4.3 ovan). Men varför bör man *handla* etiskt? Varför inte bara handla med egennyttig beräkning utan att bry sig om andra människors intressen?

Situationen belyses av följande »spelteoretiska» exempel (som motsvarar »fångarnas dilemma», jfr t.ex. Black 1978, 7 ff.). Antag att två företagare förhandlar om en stor affär. Båda står inför problemet att antingen uppträda ärligt eller försöka bedra varandra. »Spelet» är konstruerat så att följande gäller. Om båda uppträder ärligt blir utfallet ingen vinst och ingen förlust för någondera parten. Om båda försöker lura varandra förlorar båda, 1 miljon kr var, på att behöva noga bevaka varandra, anlita skickliga jurister m.m. Om den ene uppträder ärligt men inte den andre, vinner bedragaren 2 miljoner kr på motpartens bekostnad. Eftersom ingen part kan ta risken att ensam vara den som uppträder ärligt måste båda handla »smart». Utfallet kommer att bli minus för båda. Båda sidornas egoistiska strategi ger ett sämre utfall än om de kunde lita på varandra.

Frågan »varför bör man handla etiskt?» är moralfilosofins mest grundläggande och svåraste.

Hare (1981, 186) medger t.ex. att en »amoralist» konsekvent kan strunta i andra, om han är smart nog för att undgå konsekvenserna. Det hjälper föga att »amoralisten» förstår hur andra använder det etiska språket. (Se vidare Rönnow-Rasmussen 1993, 77 ff. Jfr även Foot 1972 om »etiken som ett system av hypotetiska imperativer»).

Man måste se till att inte behöva spela sådana spel som »fångarnas dilemma» (se Black 1978, 20 ff.). Olika samhällen har därför utvecklat en enig tro på vissa etiska (*prima facie-*) värden och principer, t.ex. föreställningen att det är orätt att försöka bedra motparten. De samhällen som inte hade gjort det skulle ha gått under. Etiken är en utvecklingsprodukt, den främjar människans överlevnad, precis som flyttfåglarnas fortbestånd betingas av deras ständiga pendlande mellan nord och syd. Av samma skäl måste det ha uppstått olika institutioner såsom rätten och staten, för att se till att det lönar sig att ha förtroende för de andra och att det inte är smartast att vara »smartast». Om en »amoralist» verkar i ett samhälle, uppfattas han följaktligen som *onormal.*

B ORDNINGSARGUMENTET

Med det ovan sagda i minnet kan en etisk skyldighet att följa *rättsreglerna* motiveras på följande sätt.

Den rent etiska argumentationen är till följd av sitt yttersta beroende av olika individers intuitiva och personliga preferenser relativt osäker. Rätten är å andra sidan »fastare». Lagstiftaren väger olika principer mot varandra

och skapar således vissa mer eller mindre exakta regler, som utsäger vad man skall, får, respektive inte får göra. Dessutom finns det en etablerad juridisk argumentationsmetod som är till stor hjälp vid reglernas tolkning. Etablerade rättsregler och auktoritetsskäl väger relativt sett tyngre i juridisk argumentation, medan etiska *prima facie*-värden väger relativt tyngre i en rent etisk debatt. Utrymmet för individens personliga preferenser är typiskt sett mindre vid lag- och rättskälletolkning än vid sammanvägning av etiska värden. Inom rättsordningen förfogar man sålunda över en fastare mängd rimliga premisser än inom etiken. Därmed minskar utrymmet för avvägningar. Inom rättstillämpningen behövs avvägningar endast för att avgöra om en rättsregel bör tillämpas på svåra fall, inte för att avgöra rutinfall.

Kaos skulle följaktligen uppstå, om det i ett samhälle inte längre existerade någon rättslig *ordning*. Ett kännetecken på ordning består av *förutsebarhet*. Ett samhälle uppvisar en större grad av ordning ju mer förutsebart dess medlemmar uppträder. Kaos uppstår om ordningsgraden sjunker under ett minimum som behövs för människors samlevnad.

Den empiriska forskning som krävs för att närmare beskriva detta ordningsminimum överskrider den förevarande framställningens uppgifter. En sådan forskning måste t.ex. beakta att de lagar som ökar ordningen i en viss beståndsdel av det komplexa samhällssystemet kan minska ordningen i en annan del.

Följande klassiska argument bygger på en liknande insikt: »... menar du, att staten verkligen kan bestå, att den ej kastas rent över ända, då domstolarnas utslag bli ogiltiga, då enskilda personer upphäva och tillintetgöra dem?» (Sokrates, enligt Platon 1984, 59).

I samma anda har *Robert Alexy* argumenterat för *rättens nödvändighet* (Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 274 ff.). Trots att man rationellt kan argumentera för sina praktiska, däribland etiska, åsikter måste den rationella etiska argumentationen kompletteras med (i) statlig normgivning, (ii) *juridisk* argumentation och (iii) domstolarnas skönsmässiga avgöranden. Ett skäl för att det skall finnas en statlig normgivning, t.ex. lagstiftning, ligger i att olika personer har det lättare att enas i fråga om vem som bör få behörighet att skapa rättsnormer än i fråga om vilket innehåll rättsnormerna skall ha. Ett skäl för att den statliga normgivningen skall kompletteras med en särskild juridisk argumentation är att rättsnormerna är – och med hänsyn till vardagsspråkets och den etiska argumentationens struktur *måste* vara – vaga. Deras tolkning kräver en juridisk argumenta-

tion som utgör ett specialfall av den rationella praktiska argumentationen. Ett skäl för att domstolar ändå skall ha behörighet att *skönsmässigt* avgöra vissa fall ligger slutligen i att inte ens den rationella juridiska argumentationen alltid kan leda till ett enda rätt svar på varje rättsfråga (se avsnitt 8.3 nedan).

Rättssystemet skapar ordning och förutsebarhet genom att *reducera beslutsprocessens komplexitet* (jfr Luhmann 1993, 54 osv.). I detta sammanhang kan det även talas om »nyttan av ett system, vilket som helst, framför inget alls» (jfr t.ex. Boardman 1987, 551 och Hanqvist 1993, 65). Se även Strömholm 1988, 143 om rättsordningens uppgifter.

Följande anvisning (en s.k. »teknisk norm» som bestämmer medel för att uppnå ett antaget mål) är rimlig:

Om en person inte vill handla på ett sätt som skulle medföra kaos om alla eller nästan alla människor alltid eller nästan alltid gjorde detsamma, skall han *prima facie* vid varje enskilt tillfälle lyda alla lagar som är tillämpliga på hans handlingar.

C MER OM ORDNINGSARGUMENTET: MARKNADSMISSLYCKANDEN

Kaos kan motverkas av frivilliga avtal, inte endast av lagen. Men även avtals- och marknadsmekanismen är behäftad med vissa problem; bl.a. måste följande »marknadsmisslyckandeargument» (jfr Niklasson 1992, 104 ff.) beaktas.

Suboptimal samordning. »När två eller fler personer försöker samordna sitt beteende kan situationen, dvs. tillgänglig teknik, deras önskemål, möjligheter att kommunicera, avtala och övervaka att avtalen följs etc, vara sådan att de misslyckas med att nå ett resultat som båda önskar» (Niklasson 1992, 108). Problemet kan belysas med det s.k. fångarnas dilemma och andra kända spelteoretiska modeller.

Transaktionskostnader. Avtalsmekanismen kan vara alltför dyr att tillämpa.

Övervältring på en tredje part. Ett avtal som är förmånligt för parterna kan skada en tredje man.

Kollektiva nyttigheter. Vissa nyttigheter, t.ex. naturresurser och miljö, är odelbara. Det är omöjligt att producera dessa endast för dem som vill betala.

I ett normalt samhälle bör lagen *prima facie* följas eftersom den innehåller åtgärder mot marknadsmisslyckandena.

Visserligen kan marknadsmisslyckandeargumenten bemötas (jfr Niklasson 1992, 153 ff.). Samordningen mellan olika personers handlingar kan förbättras och samarbetet kan växa fram spontant om de fria marknadsaktörerna handlar på lång sikt och med beaktande av att den enskilde måste räkna med flera personers reaktioner på sina handlingar. De tillämpliga spelteoretiska modellerna (bl.a. »n

personers-superspel») visar att reglerna om interaktion kan växa fram spontant, utan statens och lagens ingripande (jfr id. 162 ff.).

Detta motargument visar emellertid inte något mer än att en stats- och lagliknande ordning kan uppstå spontant. Alla argument för att lyda lagen gäller då i stället för denna spontana normordning. Vad är skillnaden? Niklasson – vars huvudtes är att det råder »oklarhet» ifråga om presumption för att lyda lagen (1992, 174) medger således »att marknadssystemet kan komma att likna staten, men med den viktiga skillnaden att exit-mekanismen fortfarande finns kvar» (1992, 162), dvs. att den missnöjde kan utträda. Men hur väsentlig är denna skillnad? Civiliserade länder låter sina medborgare emigrera. Den som inte gillar sitt lands politik kan bosätta sig någon annanstans. Varför skulle en inre emigration, dvs. utträde ur statens regelsystem utan en geografisk förflyttning, vara så mycket bättre? Värre skulle det bli endast om det inte fanns någon plats att emigrera till. I stället för att vederlägga presumptionen att lagen bör lydas har rättsskeptikern endast lyckats med något annat och mindre dramatiskt – han har angivit ett bra argument mot de rika ländernas erkänt problemfyllda invandringspolitik.

Rättsskeptikern kan dessutom göra gällande att ett effektivt normsystem som inte har lagens monopolställning kan växa fram spontant. Niklasson (1992, 166 ff.) har gett ett antal exempel, bl.a. det forntida Island, Europa under tidig medeltid, 1800-talets Vilda Västern och olika indiansamhällen. Exempelsamlingen är egentligen självförstörande. Hade författaren föredragit att leva i något av dessa samhällen framför dagens Sverige?

Kort sagt kan ordningsargumentet försvaras mot marknadsoptimisterna. Marknaden kan inte helt ersätta rätten som en ordningsskapande institution. Återigen kan det konstateras att ett etiskt förkastligt kaos skulle uppstå, om det i vårt samhälle inte längre existerade någon rättsordning.

D UTILITARISTISKA SKÄL FÖR ATT HA EN ORDNING

Men *varför* är människors ordnade samlevnad (*prima facie*) etiskt bättre än kaos? Ett svar på denna fråga måste stödjas med ytterligare etiska skäl.

Ett av dessa är att ordning är nödvändig för *individens lycka*. Enligt Hobbes (1651, kap. 13, jfr Marc-Wogau 1976, 1600- & 1700-talet, 104) skulle den enskildes liv i ett statslöst samhälle vara »ensamt, fattigt, smutsigt, djuriskt och kort».

Det går även att argumentera med stöd av andra utilitaristiska skäl. Det är rimligt att anta att lagen *prima facie* bör följas, om rättsordningen skapar fred, människors ömsesidiga förtroende, samarbete och ytterst artens fortbestånd.

E MEDBORGARNAS IMPLICITA SAMTYCKE OCH LÖFTE SOM ETT ARGUMENT FÖR ATT LYDA LAGEN

Ett annat skäl för att lyda lagen stöder sig på ett implicit samtycke och löfte avgivet av den ifrågavarande statens medborgare: »... var det detta, som du och vi kommo överens om?» (Sokrates, enligt Platon 1984, 59). Det rör sig alltså om faktiskt existerande människor, inte om några fingerade, opartiska och fullt rationella tänkare.

Samtycket uttrycker sig närmare bestämt genom att människor
- faktiskt stannar i det ifrågavarande landet (jfr t.ex. Beran 1977);
- dagligdags deltar i dess rättsligt bestämda samhällsliv och
- förväntar sig att andra gör detsamma.

Dessa förväntningar kan tolkas som
- medborgarnas implicita löfte att följa rättsreglerna (jfr t.ex. Boardman 1978, 546 ff. och Hanqvist 1993, 65);
- medborgarnas implicita konsensus om att lagen skall följas;
- medborgarnas implicita underkastelse gentemot den på lagen grundade myndighetsutövningen (jfr t.ex. Habermas 1981, 2 band, 255); och
- implicit fullmakt (toleransfullmakt, jfr Flodin 1986, 59 ff.) som medborgarna ger myndigheterna att skapa bindande rätt.

Även detta argument är förenat med ett antal problem:

- Det förutsätter att medborgarnas faktiska handlande av detta slag har en normativ »kraft», dvs. att den utgör ett normgrundande faktum, närmare bestämt ett bindande lydnadslöfte.
- Det är inte klart vad samtycket omfattar. Samtycker medborgarna till *alla* eller blott vissa lagar? Det är rimligt att anta att samtycket endast omfattar lagstiftningens grundprinciper, närmare bestämt varaktiga och stabila sådana, m.a.o. förankrade i samhällets kulturarv och dess livsform.
- Det är inte heller klart att alla medborgarna samtycker till samma lagar. Samtyckets omfattning varierar med den roll som en individ spelar i samhället. En polis samtycker till vissa lagar, en jordbrukare till andra (jfr Greenawalt 1989, 74 ff.).
- Framför allt är det inte klart i vilken mening medborgarna kan anses ha gett sitt samtycke till lagstiftningen (jfr Niklasson 1992, 177 ff.). Är det inte en fiktion? Kan en fiktion grunda ett bindande löfte? (jfr t.ex. Lindahl 1991, 25).

Alla dessa invändningar kan bemötas. Men bemötandena kan konfronteras med ytterligare kritik. Den filosofiska debatten om dessa frågor kan mycket väl fortsätta i all oändlighet.

F HYPOTETISKT SAMTYCKE AV RATIONELLA OCH OPARTISKA INDIVIDER

Ordningsargumentet kan även erhålla ett visst stöd av en teori som stöder laglydnaden på ett *hypotetiskt* samhällsfördrag, som i ett bestämt läge skulle slutas av *rationella och opartiska människor*; bl.a. kan *John Rawls'* rättviselära (jfr avsnitt 5.5.3 ovan) tillämpas analogt på detta område. Stödet är emellertid tämligen svagt.

Den rättvisa samhällsorganisationen är enligt Rawls den vilken *skulle* accepteras av olika individer, om dessa hade befunnit sig i en »ursprungsposition». Analogt kan det antas att alla rationella människor i »ursprungspositionen» skulle komma överens om att lagen skall följas. Den hypotetiska ursprungspositionen karakteriseras som sagt av att de ifrågavarande individerna är rationella egoister som befinner sig bakom en »okunnighetsslöja», dvs. inte har någon kunskap om sin plats i samhället, sin begåvning, eller sin uppfattning om gott och ont. Egoistiska rationalister vilka befinner sig i ursprungspositionen skulle kanske komma överens om att lagen skall lydas, förutsatt att »okunnighetsslöjan» (i enlighet med Rawls intentioner) är tillräckligt tjock för att avskärma dem från all kunskap om olika individers begåvning och styrka. Det är emellertid ovisst om de skulle anse att alla eller endast vissa rättsnormer skall följas, exempelvis de som kännetecknar en »minimalstat».

G ÖMSESIDIGHETSARGUMENTET

Ett annat argument bygger på ömsesidighet. Eftersom varje individ lever i ett samhälle i vilket han drar nytta av andras laglydnad skall han själv lyda lagen och därmed låta andra profitera på hans laglydnad.

Normen att man har »en *prima facie*-skyldighet att lyda lagen som sådan är en ytterligare, fast mer omfattande, ömsesidighetsnorm som liknar de vilka föreskriver tacksamhet och lojalitet mot vänner... och en ärlig attityd till ägandet» (Mackie 1981, 153; jfr även Greenawalt 1989, 121 ff. om »*fairness*argumentet»).

H LIVSFORMSARGUMENTET

En sak är emellertid klar: Rättsordningen är intimt förbunden med vårt levnadssätt. Härmed kommer vi till problemets *gemenskapsetiska* aspekt:

En rättsordning är *prima facie* bättre än kaos därför att kaos är främmande för vår livsform och följaktligen praktiskt omöjligt.

Niklasson (1992, 19) anser att poängen med ordningsargumentet är »att rättsreglerna är tekniskt överlägsna andra normsystem, vilket skulle kunna vara ett skäl för den enskilde att underordna sig lagarna. Samtidigt förefaller det vara ett argument som väger lätt mot fundamentala moraliska övertygelser hos den enskilde». Uttrycket »tekniskt överlägsna» är dunkelt men så mycket är klart att en normal rättsordning är inte blott »tekniskt» utan alldeles »fundamentalt» överlägsen kaos.

En normal rättsordning skapar ramar för medborgarnas liv. Den präglar deras gemensamma kulturarv och »livsform» (se avsnitt 5.8.2 och 5.8.7 ovan), närmare bestämt deras världsbild uttryckt i både vardagliga handlingar och grundläggande begrepp. Den enskilde kan inte fly från sin livsform. Att konsekvent vägra lyda rättsreglerna vore emellertid just ett sådant fåfängt flyktförsök.

Att anföra ordnings- och livsformsargumenten är det bästa (och kanske det enda) sättet att visa för varje individ – inklusive en konsekvent egoist – att han *måste* lyda en viss del av rättsordningen. Han har helt enkelt inget val.

Fast en individ kan vägra lyda varje rättsnorm för sig kan han inte på en och samma gång vägra lyda alla eller nästan alla rättsnormer. Det är därför rimligt att anta att han *prima facie* (!) *bör* lyda *varje* rättsnorm för sig.

Denna poäng har i lagarnas namn uttalats av Platon (1984, 59) i följande drastiska form. »Har du inte först och främst oss att tacka för att du blivit till? Är det ej tack vare oss, som din fader äktade din moder och födde dig till världen?... Voro de ej förträffliga, dessa lagar, som ålade din far att sörja för både din kropps och din själs utbildning och fostran?».

Enligt Niklasson (1992, 12) bygger detta argument på »tacksamhet som kräver återgäldande». Denna tolkning tycks mig vara otillbörligt förenklad.

Det är således etiskt bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som *i vissa fall* kan leda till etiskt oriktiga avgöranden, än att tvinga den enskilde att i varje tvistefråga lita till sitt etiska omdöme.

I LAGLYDNADSPLIKTEN OCH BEGREPPET »GÄLLANDE RÄTT»

Livsformsargumentet erhåller ytterligare stöd av en begreppsanalys. Inom vår livsform använder vi ett språk som omfattar rättsbegreppet. Rätten är gällande när juristerna enigt anser att så är fallet. Jfr avsnitt 2.2.2E och

2.2.3B ovan om Kelsen och Hart. Såväl juristernas som i viss mån även lekmännens språk är sådant, att det skulle vara besynnerligt att generellt förneka rättens giltighet. Begreppet »rätten» tvingar oss till att godkänna slutsatsen att rätten är eller åtminstone *kan* vara gällande. Vidare är begreppet »gällande rätt» normativt. Att en norm är giltig eller gällande betyder att den skall följas. Ur en jurists interna synvinkel i ett normalt samhälle kan man följaktligen ansluta sig till grundnormsläran (se avsnitt 2.2.2E ovan och 6.1.7 nedan): Grundlagarna och följaktligen även alla andra rättsnormer skall efterlevas. Förvisso finns det olika uppfattningar om vad ordet »skall» betyder i detta sammanhang: naturrättsläran brukar uppfatta skyldigheten att följa lagen som etisk, rättspositivismen som rent rättslig. Men juridisk argumentation förs med anspråk på *riktighet*, vilket innebär att en *avvägning* och därmed ett beaktande av *etiska* principer alltid skall äga rum i ett svårt fall, om det är möjligt; jfr avsnitt 3.1.1B ovan. Därför är det rimligt att anse att skyldigheten att följa lagen är en etisk skyldighet.

J OM BEGREPPET »ETISK SKYLDIGHET»

Man kan även gå ett steg längre och hävda att *prima facie*-skyldigheten att lyda lagen har något att göra med *begreppet »etisk skyldighet»*. Följande antagande är nämligen rimligt i ljuset av vårt språk och kulturarv.

Om

- gällande rätt skapar ordning och förhindrar kaos;
- opartiska och rationella personer skulle komma överens att följa rättsnormerna;
- samhällsmedlemmarna kan anses ha lovat att lyda lagen;
- ömsesidighetsidealet kräver att den som profiterar på andras laglydnad själv skall lyda lagen;
- rättsordningen utgör en nödvändig betingelse för människors gemensamma livsform och
- allmän laglydnad skapar fred, förtroende och samarbete, möjliggör individens lycka samt bidrar till artens fortbestånd;

så

har man en *prima facie* etisk skyldighet att följa lagen.

K KAN EN EGOIST ÖVERTYGAS OM ATT HAN BÖR LYDA LAGEN?

Varje tänkande individ, t.o.m. en konsekvent egoist, måste sålunda *förstå* att vi har en etisk *prima facie*-skyldighet i den ovan utvecklade bemärkelsen att följa lagen. Det problematiska är emellertid att den ovan utvecklade argumentationen inte kan påverka en egoists *handlings*sätt. Han kan förstå alla etiska argument och ändå bryta mot rättsreglerna. Varför skall en »smart» individ inte handla med egennyttig beräkning och ignorera såväl den etiska skyldigheten att lyda lagen som andra människors intressen överhuvudtaget? En individs *egoistiska ändamålsrationalitet* kan således kollidera med hans *etiska värderationalitet*. En »smart» egoist skulle föredra att följa den förstnämnda på den sistnämndas bekostnad.

Niklasson – vars utgångspunkt består av en nyttomaximering ur en »partisk» och amoralisk synvinkel (jfr 1992, 74 ff.) – har följaktligen avslutat sin avhandling med konstaterandet att även moralargument behövs för att driva hem en definitiv slutsats i fråga om skyldighet att följa lagen; id. 187.

Men inte ens en konsekvent egoist kan leva i ett samhälle och ständigt bryta mot *alla* lagar. Är han rationell förstår han att rättsordningen förvisso kan manipuleras men inte ignoreras. Han kommer alltså att följa många rättsregler.

L MORALBILDNINGSARGUMENTET

Ingen argumentation kan övertyga den »smarte» att det alltid lönar sig att vara etisk; jfr punkt A ovan. Samhället har därför sedan urminnes tid utvecklat rätten och staten. Den »smarte» *tvingas* således att följa lagen. Så småningom kan tvånget t.o.m. omvandla honom till en etisk människa som spontant bryr sig om de andra. Rätten har som bekant en *moralbildande* funktion.

Leon Petrazyckis teori är den bäst utvecklade teorin av detta slag. Genom att analysera olika historiska exempel har Petrazycki (t.ex. 1895 band 2, 475 ff. och 1925 *passim*, särskilt 52) konstaterat att rättsordningens krav på en individ ständigt ökar medan rättsliga sanktioner ständigt minskar. Detta är möjligt tack vare en fortskridande moralbildningsprocess. Processen kommer att fortsätta. Dess slutresultat kommer att bli allas frivilliga och totala laglydnad. Därmed närmar sig samhället alltmer ett idealtillstånd, i vilket alla kommer att älska sin nästa.

För oss andra – mindre »smarta» – uppstår därmed ett viktigt etiskt *prima facie*-skäl att följa lagen. Det bör vi göra såvida vår laglydnad medför att

den »smarte» uppfostras till att inte sko sig på den godtrognes bekostnad. Endast då kan det ömsesidiga förtroende uppstå som är nödvändigt för en väl fungerande samlevnad mellan människor.

Lagen skall sålunda *prima facie* åtlydas, eftersom den skyddar normala människor mot de »smarta». En paternalist skulle tillägga att den dessutom skyddar den enskilde mot sig själv. Till följd av ofullständiga kunskaper och bristande viljestyrka är den enskilde inte i alla lägen bäst lämpad att själv avgöra vad som är i hans långsiktiga intresse. Paternalismargumentet är emellertid svagt eftersom »det är tveksamt om staten kan åtgärda de individuella rationalitetsbristerna på ett optimalt sätt» (Niklasson (1992, 103, jfr 86 ff.).

Det ovan sagda är oförenligt med den liberala föreställningen att staten borde uppträda neutralt gentemot olika uppfattningar om det etiskt goda (jfr t.ex. Rawls 1993, 190 ff.). Enligt min uppfattning bör staten inte helt avstå från att genom politiska medel prioritera samhällets etiska kulturarv. En sådan prioritering utesluter emellertid inte tolerans mot avvikande etiska ståndpunkter:

- Staten bör självfallet inte lägga sig i allt som kan bedömas etiskt. Endast etiska *grund*värden bör skyddas genom politiska medel.
- De i samhällets kulturarv förankrade etiska värdena borde inte betraktas fanatiskt utan snarare som hypoteser, vilka antas så länge övervägande skäl inte finns för att de bör modifieras (jfr avsnitt 8.4.5A3 nedan).

M DEMOKRATIARGUMENTET

Särskilda skäl talar dessutom för att man bör lyda lagen i en *demokratisk rättsstat* (jfr även Strömholm 1988, 270 ff.).

Rättsstatens huvudvärde är att den möjliggör rättssäkerhet. Tack vare rättsreglernas precision, generalitet, autonomi, öppenhet m.m. (se avsnitt 1.4 ovan) uppvisar rättsstaten en hög grad av rättssäkerhet, dvs. rättsliga beslut är förutsebara. Beslutens förutsebarhet ger ett skydd gentemot godtycklig maktutövning. Den gör det också möjligt för medborgaren att handla planmässigt. Eftersom rättssäkerhetsnormen endast är en princip, och således inte någon undantagslös regel, möjliggör rättsstaten även materiell rättssäkerhet, som innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan denna förutsebarhetsprincip och andra etiska hänsyn (se avsnitt 1.6 ovan). I synnerhet uppvisar rättsstaten respekt för grundläggande rättigheter. Att en stats rättsordning innehåller institutio-

nella garantier för fri- och rättigheter är en nödvändig betingelse för dennas egenskap av rättsstat. Å andra sidan finns inte sådana garantier om staten inte är en rättsstat.

Demokrati är detsamma som folkstyre. Ett politiskt beslutssystem kan som sagt anses alstra en folkvilja i en rimlig mening. Så är fallet om det politiska systemet både skapar medborgarnas fria konkurrens på »valmarknaden» och tillförsäkrar en fri och rationell politisk debatt i vilken alla aktiva medborgare kan göra sig hörda på olika stadier av beslutsprocessen (se avsnitt 1.5.1C8 ovan). Vissa kännetecken på ett demokratiskt statsskick och motsvarande demokrativärden kompletterar denna övergripande idé (se avsnitt 1.5.2 ovan).

Följande antagande är sålunda rimligt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger den etiska *prima facie* skyldigheten att följa lagen tyngre ju mer följande värden förverkligas av rättssystemet:

Värden som kännetecknar rättsstaten
- Rättsreglernas precision;
- rättsreglernas generalitet;
- likhet inför lagen;
- rättens relativa oberoende av andra samhälleliga normer och institutioner;
- juristernas framträdande roll;
- den juridiska metodens höga kvalitet;
- subsumtionsteknikens stora betydelse och
- rättens effektivitet

Värden som kännetecknar demokratin
- Majoritetens inflytande över valet av politiska befattningshavare och deras beslutspraxis;
- myndighetsutövningens anpassning till medborgarnas intressen;
- medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen;
- medborgarnas kontroll över politiska beslut och
- de politiska befattningshavarnas ansvar.

Värden som kännetecknar såväl demokrati som rättsstat
- Maktdelning; inte minst domstolarnas oavhängighet;
- fri åsiktsbildning;
- medborgarnas fria insyn i rättsreglernas innebörd och rättspraxis;
- respekt för fri- och rättigheter och

- materiell rättssäkerhet, dvs. de rättsliga beslutens anpassning till förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn.

Myntet har även en baksida. Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa lagen mindre ju mindre dessa värden förverkligas. Men även om kraven på en demokratisk rättsstat inte uppfylls finns skyldigheten kvar, fast den väger mindre. I denna mening omfattar den varje rättssystem oavsett dess innehåll.

6.1.6 *Vissa ytterligare synpunkter på den etiska prima facie-skyldigheten att följa lagen*

Den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa gällande lag har en speciell karaktär: Den omfattar varje rättssystem oavsett dess innehåll. Innehållet är relevant endast vid följande avvägningsfrågor:

Har man en slutgiltig (inte blott *prima facie*) skyldighet att följa den ifrågavarande bestämmelsen?

Är det ifrågavarande normativa systemet *som helhet* ett gällande rättssystem?

Om man inte vill godta den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa en förkastlig bestämmelse har man sålunda endast två utvägar:

1) Den första är att vägra betrakta *hela* normsystemet som gällande rätt. Men då måste man som sagt utföra en avvägning mellan olika kännetecken på rättssystemets giltighet och besvara följande fråga: Är den ordning som det ifrågavarande systemet skapar etiskt sett värre än ett laglöst kaos? Vid denna avvägning kan man t.ex. »kompensera» normsystemets förkastliga delar med andra delars godtagbarhet och stora effektivitet. Man kan t.ex. säga att det nazistiska systemet trots allt var gällande rätt, eftersom dess civillag bildade en rättssäker grund för vardagliga handlingar.

2) Å andra sidan kan man lika gärna säga att endast vissa delar av den nazistiska lagstiftningen var gällande rätt medan de extremt förkastliga föreskrifterna om massmord på judar, koncentrationsläger m.m. inte var gällande. På så vis kan man av etiska skäl dela upp nazistordningen i två separata normsystem, den ena gällande, den andra inte.

Endast om man väljer den sistnämnda utvägen kan man säga att den tyska polisen inte hade någon etisk *prima facie*-skyldighet att döda judar. Men i så fall hade den inte heller någon rättslig *prima facie*-skyldighet att

döda. Föreskrifterna var endast till sin form gällande men i själva verket ogiltiga.

6.1.7 Mera om grundnormen

A JURISTERNAS GENERELLA GRUNDNORM I ETT NORMALT SAMHÄLLE

Låt mig nu återkomma till frågan om rättsordningens grundnorm. En praktiskt inriktad jurist kan utöva sitt yrke utan några abstrakta tankar om begreppet gällande rätt. Han har en inlärd förmåga att utan någon teori finna gällande rätt. Ur en jurists interna synvinkel i ett normalt samhälle kan man följaktligen ansluta sig till Kelsens grundnormslära (se avsnitt 2.2.2E ovan). De högsta rättsnormerna, som finns i författningen (grundlagarna), kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns. Juristerna brukar ta deras giltighet för given. M.a.o. antar juristerna följande grundnorm: grundlagarna skall efterlevas. Grundnormen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid begreppsligt *förutsatt* i juridisk argumentation. Juristerna antar att författningen skall efterlevas; grundnormen säger precis detsamma, att den skall efterlevas.

Grundnormen »författningen skall efterlevas» är således förutsatt i juridisk argumentation. Grundnormen är alltså rättens *giltighetsgrund* i följande svaga bemärkelse:

- juristerna antar att författningen är gällande, dvs. att den skall efterlevas;
- grundnormen innebär just det: att författningen skall efterlevas; och
- rättens giltighet härleds från den gällande författningen.

Men hur kan grundnormen rättfärdiga rättens giltighet? Grundnormen är inget mer än ett antagande som juristerna tar för givet. Hur kan ett sådant antagande rättfärdiga rätten? Ett möjligt svar på denna fråga är som sagt följande. Det förhållande att juristerna i sin argumentationspraxis visar en disposition att ta för givet att författningen skall efterlevas innebär att det finns en samhällelig norm som säger »författningen skall efterlevas». Grundnormen *existerar* sålunda i juristernas argumentationspraxis (jfr Peczenik 1981, 294). Så uppfattad är grundnormen en verklig (inte fiktiv) norm. Grundnormens *existens* bestämmer rättens *giltighet*. Författningen skall efterlevas därför att det finns en samhällelig norm av innebörden »författningen skall efterlevas».

Denna uppfattning om rättsordningens grundnorm stämmer väl överens med von Wrights teori (1963b, 196-7), enligt vilken en norms giltighet alltid bygger på en annan norms existens (inte dess giltighet).

Det ovan sagda måste visserligen försvaras mot följande invändning. Juristernas argumentationspraxis kan inte skapa grundnormen, ty juristerna antar hela tiden att denna norm redan existerar. Den har sålunda existerat redan innan argumentationen sattes igång. Därmed framstår grundnormens existenssätt som oförklarligt. (Enligt Hägerström – jfr 1953, 277 – existerar grundnormen inte i någon individs själ; följaktligen hänger den i luften).

Frågan om grundnormen hade existerat redan innan juristerna satte igång sin argumentation kan emellertid besvaras som följer. De jurister som tillhör vår generation kan lugnt lita på äldre generationers antaganden. Vi antar (grundnormen som säger) att konstitutionen skall följas, eftersom våra äldre kollegor hela tiden gjort ett sådant antagande. Juridiken bygger därmed på kulturarvet. (Frågan om redan »de första juristerna» – som verkat innan vår kultur uppstått – likaledes utgått från ett slags grundnorm lämnas utanför denna framställning).

Detta svar skulle givetvis inte tillfredställa Hägerström. Han skulle säkerligen undra hur juristernas *kunskap* om gällande rätt kan grunda sig på ett *antagande*. Jag delar emellertid bl.a. *Kelsens* och *Poppers* uppfattning om att kunskapen måste bygga på antaganden. En människas hjärna är inte någon behållare som passivt suger in kunskap om verkligheten. Hjärnan är aktiv, den är förprogrammerad av artens biologiska utveckling. Den kunskap som våra hjärnor kan ha bygger alltid på vårt inre »program». (Hägerström byggde däremot på läran om hjärnans passivitet, jfr avsnitt 5.3.1A ovan; jfr vidare Bjarup 1982, 388 och 1988, 45).

B FÖRFATTNINGENS BOKSTAV OCH DEN RIKTIGT TOLKADE FÖRFATTNINGEN

Författningen måste emellertid *tolkas* och detta bör ske i ljuset av etiska avvägningar. Författningens bokstav är endast *prima facie* bindande, medan dess riktiga tolkning är slutgiltigt bindande (se avsnitt 6.2.2 nedan). Den Kelsenska grundnormen erhåller därmed två olika varianter:

- författningens bokstav skall *prima facie* efterlevas och
- den riktigt tolkade författningen skall slutgiltigt efterlevas.

C NORMALT SAMHÄLLE OCH ETT SAMHÄLLE UTSATT FÖR EXTREMT OETISK MAKTUTÖVNING

Den kelsenska grundnormen kan dessutom ifrågasättas i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning. I ett sådant samhälle inställer sig sålunda frågan om grundlagarna skall följas eller inte (jfr avsnitt 2.8.4 ovan).

För att veta om denna normativa fråga överhuvudtaget får ställas ur en juridisk synvinkel måste juristen tillika besvara en ytterligare fråga, nämligen om det ifrågavarande samhället är utsatt för extremt oetisk maktutövning. Svaret på denna hjälpfråga förutsätter en avvägning mellan olika *prima facie* kännetecken för det extremt oetiska.

D KÄNNETECKEN PÅ GÄLLANDE RÄTTSORDNING OCH FRÅGAN OM VARFÖR RÄTTEN SKALL FÖLJAS

Det naturliga svaret på den förstnämnda frågan består däremot i att göra skyldigheten att följa grundlagarna beroende på *alla eller vissa* av de ovan angivna kännetecknen på den normativa ordningens externa rättsliga giltighet.

E DEN DOLDA SLUTLEDNINGEN

Svaret på frågan om grundlagarna skall följas förutsätter sålunda en slutledning av följande slag:

Premiss 1 — Normsystemet omfattar normer som gör anspråk på att vara riktiga. Det omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, är överordnat andra slags normer och reglerar alla aspekter av samhällslivet. Det består av olika nivåer, varvid de högre normerna bestämmer hur de lägre skall skapas. Vissa handlingsnormer som tillhör normsystemet tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner. Ytterst stöds denna reglering av normenligt tvång. Normsystemet är inte extremt oetiskt, t.ex. inte extremt orättvist, inte heller sådant att dess tillämpning orsakar extremt mycket lidande, i extremt hög grad strider mot människors preferenser eller i extremt hög grad förhindrar förverkligandet av människors talanger.

– –

Slutsats — Normsystemets grundlagar är gällande rätt och de skall följas.

Slutsatsen följer inte logiskt av premissen. Steget från premissen till slutsatsen utgör alltså ett »språng» (jfr avsnitt 4.2.6 ovan).

Ett skäl för att slutledningen inte är logiskt korrekt är att premissen inte är fullständig. Det förbiser vissa andra etablerade kännetecken på rättslig giltighet. Ingenting sägs t.ex. om huruvida normsystemet omfattar konstitutiva regler. Inte heller får vi veta om de viktigaste handlingsnormer som tillhör normsystemet offentliggörs, tillämpas på ett öppet sätt och nästan alltid beaktas av enskilda vid vardagliga handlingar, osv.

Ett annat skäl för att slutsatsen inte logiskt följer av premissen är att inte ens förekomsten av alla etablerade rättsgrundande fakta garanterar att normsystemets grundlagar definitivt (inte blott *prima facie*) skall följas. Den etablerade listan av rättsgrundande fakta är som sagt inte fullständig. Genom en fördjupad analys av begreppet »gällande rätt» kan ytterligare rättsgrundande fakta upptäckas. Listan kan således byggas ut.

Juristen utför detta språng intuitivt, utan att tänka på *varför* grundlagar i ett visst system, t.ex. svensk rätt, skall följas. Han har förmågan att omedelbart känna igen detta system som gällande rätt, alltså något som skall följas.

För detta ändamål behöver han ingen rättsfilosofi, utan endast en enkel rättshistoria. Enligt *Luhmann* (1993, 57) kan juristen kvalificera några operationer som rättsliga endast om han vet vad som redan tidigare kvalificerades som rättsligt. Rättspraxis utvecklar sig alltid i anslutning till en historiskt given rätt.

Denna spontana rättsuppfattning kan emellertid analyseras på följande sätt: Juristen iakttar olika fakta såsom innehållet av vissa normer, deras effektivitet m.m., men han »ser» gällande rätt som skall följas. I en viss mening härleder juristen spontant en slutsats om gällande rätt ur ett antal premisser som varken uttrycker eller nämner gällande rätt. Denna spontana slutledning kan kallas för det rättsgrundande språnget.

Juristens hjärna *transformerar* på så vis kunskapen om vissa fakta till kunskapen om gällande rätt. Bildligt talat transformerar den vissa enklare fakta till gällande rätt. Denna mentala transformation kan kallas för den rättsgrundande transformationen (»*transformation into the law*», jfr Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 142; Peczenik 1983, 12).

Det rättsgrundande språnget kan förvandlas till en logiskt korrekt slutledning genom att man tillägger följande premiss 2.

Om följande fakta föreligger:
normsystemet omfattar normer som gör anspråk på att vara riktiga; det omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, är överordnat andra slags normer och reglerar alla aspekter av samhällslivet; normsystemet består av olika nivåer, varvid de högre normerna bestämmer hur de lägre skall skapas; vissa handlingsnormer som tillhör normsystemet tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner; ytterst stöds denna reglering av normenligt tvång; normsystemet är inte extremt oetiskt, t.ex. inte extremt orättvist, inte heller sådant att dess tillämpning orsakar extremt

mycket lidande, i extremt hög grad strider mot människors preferenser eller i extremt hög grad förhindrar förverkligandet av människors talanger, *så* är normsystemets grundlagar gällande rätt och de skall följas.

Den tillagda premissen 2 binder samman vissa fakta med normsystemets rättsliga giltighet och därmed med skyldigheten att följa rättssystemet.

Premiss 2 utgör en precisering, m.a.o. en konkretisering av följande schematiska sats:

Om ett tillräckligt antal rättsgrundande fakta (F_1-F_n) är för handen, är normsystemets grundlagar gällande rätt och de skall följas.

Såväl den schematiska satsen som dess konkretiseringar kan även uppfattas som s.k. slutledningsnormer. Dessa normer är inte några formallogiska satser. Frågan om de överhuvudtaget kan betraktas som analytiska satser, vars sanning garanteras av olika begrepps mening, är svår att besvara. Men som den engelske filosofen *Stephen Toulmin* (jfr 1964, 109) påpekat, tas sådana slutledningsnormer för givna både i vetenskap och i vardagligt liv. (Jag bortser från frågan huruvida dessa slutledningsnormer i anslutning till Toulmins åsikter borde betecknas som »materiella»).

Flera konkretiseringar av denna schematiska sats är rimliga. De angivna fakta är inte ensamma på listan av kännetecken på normsystemets rättsliga giltighet. Man kan även åberopa andra rättsgrundande fakta.

Såväl den ovan angivna schematiska satsen som dess olika konkretiseringar kan uppfattas som olika varianter av rättsordningens *grundnorm*.

En sådan grundnorm är konditionell, dvs. gör rättsordningens giltighet och skyldigheten att följa rättsordningen beroende av vissa (rättsgrundande) fakta.

F KELSENS GRUNDNORM FÖR ALL JURIDIK OCH OLIKA MER DETALJERADE GRUNDNORMER SOM FÖRUTSÄTTS I MÅN AV BEHOV

Hans Kelsen har bara nämnt tre fakta som måste föreligga för att man skall kunna antaga en grundnorm »man skall bete sig så som författningen föreskriver»: rättsordningens hierarkiska uppbyggnad, dess samband med tvång och dess effektivitet (jfr avsnitt 2.2.2D och E ovan). Dessa tre fakta är således de enda kännetecknen på rättsordningens giltighet enligt Kelsens lära. Jag anser å andra sidan att det finns en längre lista av sådana

kännetecken. Dessa kännetecken kan motiveras genom etisk argumentation, se nedan.

En jurist tar en sådan konditionell grundnorm för given, *om det behövs*. Behovet inställer sig alltid i ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning. I andra slags samhällen uppstår dessutom olika filosofiska och rättspolitiska frågor som tvingar *rättsvetenskapsmannen* att tänka på en sådan grundnorm. På så sätt kännetecknar dessa konditionala grundnormer rättsvetenskapens tankesätt (dess s.k. paradigm, jfr avsnitt 4.5.4 ovan). Praktiska jurister behöver däremot inte tänka på något sådant.

Det föreligger sålunda en viktig skillnad gentemot Kelsens grundnorm. Den sistnämnda antas i all juridik i ett normalt samhälle. De konditionala grundnormerna antas däremot som sagt endast i mån av behov.

G DE KONDITIONALA GRUNDNORMERNAS EXISTENS

Det förhållande att juristerna i mån av behov visar en disposition att ta olika konditionala grundnormer för givna innebär att dessa *existerar* i juristernas argumentationspraxis (jfr Peczenik 1981, 294), vid sidan av Kelsens helt generella grundnorm.

Jag kommer inte att behandla den svåra frågan huruvida de konditionala grundnormernas existens i denna mening kan konstateras genom en *värderingsfri* undersökning av juristernas argumentationspraxis. I varje fall är deras *innehåll inte* värderingsfritt:

- En *avvägning* behövs för att kunna konstatera om den åberopade uppräkningen av rättsgrundande fakta är *tillräcklig* för slutsatsen att grundlagarna skall följas.
- Dessutom behövs en avvägning för att konstatera förekomsten av vissa sådana fakta var för sig. Avvägning är sålunda nödvändig t.ex. för att konstatera följande: *De viktigaste* handlingsnormerna som tillhör normsystemet beaktas nästan alltid av enskilda vid vardagliga handlingar. Ett stort antal av systemets övriga handlingsnormer beaktas *i de flesta fall* av dem som de är tillämpliga på. *De viktigaste* normerna som tillhör normsystemet offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt. Normsystemet är inte sådant att dess tillämpning orsakar *extremt mycket* lidande osv.

H DE KONDITIONALA GRUNDNORMERNA OCH ETIKEN

En rättsteoretiker kan å andra sidan fördjupa analysen genom att argumentera för olika konditionala grundnormer. Premiss 2 stöds t.ex. av olika slags etiska skäl. Det är således bättre att ha en normativ ordning som uppvisar en hierarkisk uppbyggnad, anspråk på riktighet, tvångsmonopol,

effektivitet m.m. än det kaos som skulle råda i ett samhälle i vilken ingen sådan ordning fanns till (jfr avsnitt 6.1.5 ovan).

Urvalet av olika konditionala grundnormer beror således både på juridikens paradigm (dvs. på juristernas grundläggande antaganden) och på etiska överväganden. Därför kan dessa grundnormer uppfattas som ett slags etiska normer, som en rättsteoretiker föreslår då han funderar på rättsordningens karaktär av gällande rätt.

Som nämnts medför premiss 2 att språnget från premiss 1 (om vissa fakta) till slutsatsen (om att grundlagarna skall följas) blir en logiskt korrekt slutledning. Eftersom premiss 2 inte är godtycklig utan besitter stöd både i rimliga moralsatser och i det juridiska paradigmet, är detta språng rimligt.

I DE KONDITIONALA GRUNDNORMERNA OCH ÖMSESIDIGT STÖD I JURIDISK ARGUMENTATION

Det föreligger ett *ömsesidigt* stöd (se närmare avsnitt 7.4.5 nedan) mellan grundlagarnas giltighet och rättens effektivitet.

All gällande rätt stöder sig ytterst på författningen och dess giltighet. En regel är inte gällande om dess ursprung saknar stöd av konstitutionen. Vidare är rättsreglerna effektiva just därför att folk vet att de är gällande. Samtidigt kan konstitutionen uppfattas som gällande endast om det normsystem som baserar sig på den är effektivt.

Eckhoff och Sundby (1991, 178) har hävdat att detta ömsesidiga stöd är »en mer reell begrunnelse for at en grunnlov er gjeldende rett enn Kelsens henvisning til en forutsatt 'grunnorm'». Visserligen är denna »begrunnelse» mer djupgående än en blott hänvisning till Kelsens generella grundnorm. Den senare är inget mer än juristernas antagande att författningen skall följas, medan det ömsesidiga stödet mellan grundlagarnas giltighet och rättens effektivitet utgör en viktig beståndsdel i svaret på frågan varför författningen skall följas. Juristerna behöver emellertid denna djupgående motivering endast i särskilda fall, medan i sitt dagliga arbete litar de tryggt på det kelsenska antagandet, se ovan.

6.1.8 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan följande konstateras:

För det första har de flesta etablerade rättsreglerna en provisorisk (*prima facie*) karaktär. De bildar provisoriska skäl för värderande och normativa slutsatser.

För det andra måste dessa provisoriska skäl tas på allvar vid en *etisk* avvägning. Flera argument talar nämligen för att det finns en *prima facie* etisk skyldighet att följa lagen.

Slutsatsen måste bli att den etablerade rätten utgör en del av *prima facie* etiken.

6.2 Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken

6.2.1 Den slutgiltigt bindande etiken måste beakta den etablerade rätten

Hur förhåller det sig då med den *slutgiltiga* etiken? (jfr Peczenik 1989, 250-255).

I detta sammanhang kan man kanske skilja på två slags etiska överväganden och följaktligen mellan »etik 1» och »etik 2». Etik 1 uttalar vissa generella grundsatser, t.ex. »man skall inte ange sina medmänniskor för polisen». Etik 2 bestämmer en avvägning mellan dessa principer och lagstiftningen. Man kan således motivera följande slutsats: »i vissa fall får man ange sina medmänniskor för polisen, ty en lag ('angiverilagen' eller 23 kap. 6 § brottsbalken) kräver att man gör så»; denna slutsats är riktig endast om hänsynen till laglydnaden väger tyngre än den ifrågavarande etiska grundsatsen.

Endast etik 2, inte etik 1, bestämmer slutgiltiga (inte blott *prima facie*) skyldigheter och värden. Etik 1 ignorerar gällande rätt. Rätten är etiskt relevant. Hur skulle man kunna etablera en slutgiltig etisk skyldighet då man ignorerar ett etiskt relevant skäl?

6.2.2 Den slutgiltiga rätten som en tolkad rätt

I ljuset av det ovanstående kan det konstateras att den slutgiltigt bindande *rätten* omfattar två olika ting:

- ordalydelsen av de troligen ganska sällsynta föreskrifter som endast tillämpas på rutinfall, inte på svåra fall; och framför allt
- en förnuftig och etisk tolkning av övriga etablerade rättsregler.

När det gäller de senare kan man formulera två krav på den slutgiltigt bindande rätten, nämligen

- att den uppstår genom en förnuftig och etisk tolkning av den etablerade rätten; och
- att den är gemensam för alla medborgare – dess innehåll får inte variera beroende på den enskildes personliga preferenser.

Den som tolkar lagen väntar sig att också andra ansluter sig till tolkningen. Därmed utgår han från att den riktigt tolkade rätten är densamma för alla. Ibland uppfylls denna förväntning, ibland inte. Vi har således att göra med tre olika ting:

1) den etablerade *prima facie*-rätten, som utgör lagens och andra rättskällors språkliga innebörd;

2) den etiskt och förnuftigt tolkade rätten, i den mån som den kan vara densamma för alla optimalt förnuftiga lagtolkare, och

3) en mängd av olika tolkningsförslag från olika personer.

I vissa situationer är den etiskt och förnuftigt tolkade rätten en omöjlighet. Antag återigen att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Jag har redan konstaterat det självklara, nämligen att det inte finns någon slutgiltig etisk skyldighet att döda judar. Hur är det med den slutgiltiga *rättsliga* skyldigheten? Det finns övervägande etiska skäl som talar mot varje tänkbar tolkning av denna förordning. Visserligen kan olika personer lämna sina tolkningsförslag, men inget av dem kan vara tillräckligt förnuftigt. I ett sådant fall finns det kanske en gällande *prima facie*-föreskrift (*se* avsnitt 6.1.6 ovan) men ingen slutgiltigt bindande rättsregel.

6.2.3 *Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken*

I de fall å andra sidan där det finns en förnuftig tolkning av en etablerad *prima facie*-rätt, m.a.o. en tolkning som enigt omfattas av optimalt förnuftiga lagtolkare, är man som sagt etiskt bunden att följa denna tolkning. Den är alltså slutgiltig från två synvinklar på en gång, den rättsliga och den etiska. Med andra ord:

Om någon har en viss slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Slutsatsen måste bli att den slutgiltigt bindande rätten utgör en del av den slutgiltigt bindande etiken.

För att förstå denna tes måste vi hålla i minnet tre ting.

1. Det ovan sagda är en del av en ideell förståelsemodell (jfr ovan), inte någon rekommendation för att argumentera juridiskt.

2. Den slutgiltiga etiska skyldigheten behandlas i detta sammanhang ur den interna synvinkeln. Innehållet i någon samhälleligt etablerad etik beskrivs inte. I stället behandlar jag frågan vad det innebär att man »kritiskt» utvecklar en egen etisk ståndpunkt, må det vara med utgångspunkt ur »gemenskapsetiska» *prima facie* grundvärden. För varje människa som så perfekt som möjligt argumenterar i etiska och juridiska frågor gäller då följande: Om hon fastställer att hon har en viss slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet, så har hon en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet med samma innehåll. Denna tes kan motiveras enligt följande:

- Slutgiltiga rättsliga skyldigheter respektive rättigheter uppstår genom *etisk* tolkning av rättsreglerna.
- Visserligen måste juristerna i vissa fall tolka lagen *mot* sin etiska övertygelse. Men i den självvalda juristrollen är de *etiskt* bundna att göra så. Den rent etiska »övertygelsen» *bortser* däremot från juristrollen och kan följaktligen inte vara etiskt fullständig. Endast i extremt orättvisa »rätts»-ordningar brister detta samband mellan juridik och etik.

3. Visserligen utgör den slutgiltigt bindande rätten en del av den slutgiltigt bindande etiken. Men rätten är självfallet *inte identisk* med etiken.

För det första kan en person ha en viss slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet, t.ex. en skyldighet att hjälpa sina vänner, utan att samtidigt ha någon slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet med detta innehåll.

För det andra utgör den förnuftiga juridiska *argumentationen* ett *särfall* av den förnuftiga praktiska argumentationen. Syftet med juridisk argumentation är inte att visa att en slutsats, t.ex. en dom, är absolut förnuftig, utan att den är förnuftig inom ramen för gällande rätt (jfr avsnitt 3.1.1B och 6.1.2 ovan).

6.2.4 *Juridisk argumentation som ett särfall av etisk argumentation*

Det ovan sagda stöder även en starkare tes: den förnuftiga juridiska argumentationen är ett särfall av den förnuftiga *etiska* argumentationen.

Det har redan konstaterats (i avsnitt 5.9.2 ovan) att den bästa argumentationen i etiska frågor måste beakta alla relevanta *prima facie*-hänsyn.

Detsamma gäller den bästa *juridiska* argumentationen. Skillnaden är endast följande.

Inte allt som är relevant i etiskt sammanhang har relevans i juridiskt sammanhang.

Dessutom kan ett och samma hänsyn väga olika tungt i etiken respektive juridiken.

En optimal etisk argumentation måste uppfylla två villkor: För det första måste man argumentera för att ifrågavarande skyldighet respektive rättighet följer av den bästa möjliga avvägningen mellan de relevanta etiska sakskälen och de relevanta rättskällorna. För det andra måste man argumentera för att de ifrågavarande rättskällorna har en etisk relevans.

En perfekt juridisk argumentation uppfyller i många fall endast det första villkoret. Man måste givetvis argumentera för att skyldigheten respektive rättigheten följer av den bästa möjliga avvägningen mellan de relevanta etiska sakskälen och rättskällorna, men man behöver inte ständigt föra en djupgående debatt om rättskällornas etiska relevans. Genom att bestämma sig för att uppträda i en juristroll, dvs. att argumentera juridiskt, antar man en gång för alla att rättskällorna är relevanta. I en djupgående etisk debatt kan man sedan visa att det är bra med en juridisk argumentationsmetod.

Denna distinktion bör inte förväxlas med den triviala tesen att explicit uttalade juridiska och etiska skäl ofta skiljer sig från varandra. Gränsdragningen mellan det faktiskt uttalade och det som lämnas underförstått beror på många praktiska hänsyn. Att beskriva denna gräns är en rättssociologisk, inte rättsfilosofisk uppgift. Den ovan angivna distinktionen avser däremot något annat, nämligen det som *bör* uttalas i den *perfekta* juridiska argumentationen.

Den rent etiska, icke-juridiska debatten har ett annat mål, inte att tolka rättsreglerna utan att fritt kritisera dem. Målet bestämmer metoden. Etablerade rättsregler och auktoritetsskäl väger sålunda relativt sett tyngre i juridisk argumentation, medan etiska *prima facie*-värden väger relativt sett tyngre i en rent etisk debatt.

Följaktligen har det faktum att man uppträder i en juristroll en etisk relevans: En jurist har en *etisk* skyldighet att ta vissa ting för givna, fast de kan ifrågasättas i en rent etisk argumentation.

Den perfekta *juridiska* argumentationen kan följaktligen leda till resultat som avviker från den etiskt perfekta icke-juridiska argumentationen. Detta är ingen motsägelse utan en konsekvens av att olika samhälleliga

roller har etisk relevans och således bestämmer olika etiskt relevanta argumentationstyper.

Kort sagt:

Den förnuftiga juridiska argumentationen utgör ett särfall av den förnuftiga *etiska* argumentationen.

6.2.5 *Exkurs. Är särfallteserna naturrättsliga?*

De ovan utvecklade rättsteoretiska teserna

(1) om en rättskälla direkt uttrycker eller åtminstone stöder satsen, att någon har en viss rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en etisk *prima facie*-skyldighet eller rättighet av detta innehåll

och

(2) om någon har en viss slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet av detta innehåll

uttrycker visserligen ett nödvändigt samband mellan rätten och etiken. Ändå uppfattas den etiska skyldigheten i den förevarande teorin på ett långt svagare sätt än i naturrättsläran. Naturrättslärans grundtankar har sålunda modifierats radikalt för att undgå de invändningar som riktats mot naturrättsläran (se avsnitt 2.4.1B ovan). Följande steg spelar rn viktig roll i detta sammanhang:

1. Från slutgiltiga bedömningar till avvägning av prima facie-skäl. Slutgiltiga etiska normer och värdeomdömen måste motiveras genom avvägning och sammanjämkning av olika grundvärden. Motiveringskravet begränsar risken för de etiska ståndpunkternas obestämdhet. Medan kunskapen om människans natur är alltför begränsad för att kunna bestämma en detaljrik naturrätt är en kombination av kulturbestämda *prima facie*-värden och en väl motiverad avvägning tillräckligt bestämd för att göra nytta såväl i den allmänna debatten som i juridiken. En genom avvägning mellan kulturbestämda grundvärden motiverad lagtolkning kan därför anses vara förenlig med rättsstatens krav på rättens exakthet och rättstillämpningens förutsebarhet.

2. *Från komplex metafysik till filosofisk anspråkslöshet.* Ingen särskilt komplicerad filosofi (ontologi, metafysik) behövs för att konstatera ovanstående. I synnerhet har det inte hävdats att det i någon mening finns en naturrätt, fast den inte exakt motsvarar några påtagliga fakta.

3. *Från logiskt samband mellan varat och börat till rimlighet.* Till sist kan den föreslagna teorin inte kritiseras för att den felaktigt härleder normer och värdesatser ur påståenden om naturen. Steget från »varat» till »börat» har inte uppfattats som logiskt tvingande utan som beroende på en rimlighetsbedömning.

6.2.6 *Vissa skäl för att lyda de normer som har stöd av förnuftig juridisk argumentation*

Samma skäl som stöder laglydnaden (jfr avsnitt 6.1.5 ovan) kan användas för att stöda en *slutgiltig* etisk skyldighet att följa de normer som utgör slutsatser av rationell juridisk argumentation.

En sådan argumentation bidrar nämligen till att det uppstår en ordning som *prima facie* är bättre än kaos. Förvisso är det etiskt bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som i vissa fall kan leda till oetiska avgöranden, än att tvinga den enskilde att i varje tvistefråga lita till sitt etiska omdöme. Men det är ännu bättre att låta den juridiska argumentationen mildra sådana orättvisor.

Vidare utgör en rättsordning en nödvändig betingelse för människors gemensamma livsform. Denna samhälleliga nödvändighet att lyda rättsreglerna är ett norm- och värdegrundande faktum, ty den är förankrad i såväl kulturarvet (traditionen) som livsformen. Men vårt kulturarv stöder även slutsatsen att en rättsordning inte får tillämpas orättvist. Den juridiska argumentationen förhindrar en oetisk rättstillämpning. Därför bör man lyda de regler som utgör dess resultat.

Opartiska personer (närmare bestämt – alla rationella människor i »ursprungspositionen») skulle följaktligen komma överens att de rättsnormer som utgör en sådan argumentations resultat skall följas.

Samhällsmedlemmarna tolererar dessutom såväl lagstiftningen som dess tillämpning med stöd av den juridiska argumentationen. Denna faktiska konsensus om att underkasta sig den juridiska argumentationens resultat kan anses ha en normativ »kraft». Den kan anses utgöra ett normgrundande faktum, närmare bestämt ett bindande lydnadslöfte.

Allmän lydnad medför att även de »smarta» uppfostras till att respektera andras intressen. Det kan anses att den juridiska argumentation som

mildrar lagens orättvisor förstärker rättsordningens moralbildande verkan. Därmed befrämjas fred, förtroende, samarbete och ytterst artens fortbestånd.

6.3 Motståndsrätt mot förtryck

6.3.1 Inledning

Den enskilde har som sagt en *prima facie* etisk skyldighet att följa lagar. Men inte ens i världens bästa rättsstat har medborgarna en *slutgiltig* etisk skyldighet att följa alla lagar. Lagar skapas av människor och dessa kan göra fel. Inget rättssystem är immunt mot kritik.

En demokratisk lagstiftningsprocess kan i vissa fall leda till en lag som inte återspeglar majoritetsuppfattningen. Vidare kan en tillfällig majoritetsuppfattning vara behäftad med sådana brister att majoriteten skulle ångra sig om den hade fått tillfälle att tänka igenom saken. Det rätta är inte det som de flesta faktiskt tycker utan det de skulle ha ansett om de hade tänkt helt rationellt (jfr t ex Tranöy 1985, 385 ff.).

Av det ovan sagda följer att den enskilde bör inta en kritisk inställning till gällande rätt. Närmare bestämt får man kritisera ett konkret beslut, vissa rättsregler eller hela rättsordningen. Kritiken kan stödas såväl på juridisk argumentation *de lege lata* som rättspolitisk argumentation *de lege ferenda*.

Redan den förra gör det möjligt för en jurist att väga samman lagens bokstav med andra *prima facie*-hänsyn och således inom vissa gränser mildra lagens orättvisor. Men om den orättfärdiga lagen är mycket klar kan en juridisk uttolkare inte göra mycket. Avvägningen leder ingenstans. Det finns ingen tolkning som på en och samma gång har ett tillräckligt stöd av lagens ordalydelse och etiken. Det föreligger en *lucka* i den slutgiltigt bindande rätten.

En sådan lucka måste skiljas från luckor i *lagen*, dvs. i en *prima facie*-rätt, se avsnitt 4.9.3B ovan.

Däremot kan alla lagar kritiseras rättspolitiskt (dvs. egentligen etiskt). Men inte ens den rättspolitiske kritikern får uttala vilka synpunkter som helst utan han bör tänka på ett delvis liknande sätt som en »vanlig» jurist. Han måste beakta både etiska *prima facie* värden och etablerade *prima facie* rättsregler. Skillnaden består endast i att han får tillmäta de förra en relativt större betydelse än de senare.

6.3.2 Motståndsformer

I vissa fall är inte ens den rättspolitiska kritiken tillräcklig och man får övergå till *olydnad*. Denna kan graderas enligt följande.

A TYST OLYDNAD

Den tysta olydnaden är genomförbar och etiskt godtagbar främst då lagstiftningen alltför djupt tränger in i individens familjeliv, förmögenhetsförhållanden och *privata sfär* överhuvudtaget. Likaledes kan man finna skäl för att tyst bryta mot normer som av en *obegriplig anledning* reglerar tusentals vardagliga detaljer.

Om t.ex. ingen lovlig parkering finns i närheten av ens arbetsplats parkerar man sin bil på en närliggande stor asfaltyta (någon gång avsedd för parkeringsändamål), även om det inte längre är tillåtet.

Men en ensam individ kan lätt missbedöma de etiska motståndsskälen. Endast genom att agera offentligt kan man få en någorlunda säker kunskap om huruvida andra godtar ens bedömning.

Cohen (1971, 59) har skrivit om »moralisk olydnad» som kännetecknas av att den olydige inte åsyftar någon politisk ändring utan endast protesterar mot att lagen kränker hans etiska principer. Medan den politiska olydnaden måste vara demonstrativ (se nedan under B) får den moraliska ske tyst. Se även Rawls 1971, 369 om »*conscientious refusal.*

B DEMONSTRATIV OCH FREDLIG (»CIVIL») OLYDNAD

I vissa fall kan man överväga kollektiva och demonstrativa olydnadshandlingar utan inslag av våld. Tvistefrågan gäller därvid antingen individens privata sfär och motsvarande *rättigheter* eller *samhällets politik* angående t.ex. miljö, ekonomi, skatter, försvar m.m.

På så vis har t.ex. Mahatma Gandhi organiserat motståndet mot det brittiska saltmonopolet i Indien. Värnpliktiga kan således massdesertera från ett orättfärdigt krig. Skattskyldiga kan skicka tillbaka deklarationsblanketter. Väljare kan bojkotta ett mindre demokratiskt val (jfr exempel angivna av Bay 1968, 45 ff.).

Civil olydnad kan vara effektiv endast om staten antingen är någorlunda demokratisk eller om diktaturen har försvagats. Har man emellertid att göra med en sådan regim som t.ex. i Östeuropa på femtiotalet har denna motståndsform ingen chans. Vapenvägrare och miljöaktivister skulle i ett

sådant samhälle antingen straffas, förlora sitt arbete eller utsättas för andra kännbara påföljder. Om man i detta läge vill bedriva motstånd har man endast att välja mellan den tysta olydnaden och – i extrema fall – en väpnad revolution.

Ofta (men inte alltid) kännetecknas civil olydnad av »protestens avgränsade karaktär; den är sak- och inte system-orienterad. Den olydige är inte systemstormare utan visar tvärtom lojalitet mot det politiska systemet genom att för det första erkänna olydnaden och för det andra genom att vara villig att sona straffet för att därmed visa sig tro på lagen» (Björklund 1981, 128).

Vidare måste man »skilja mellan den olydnad som består i att neka att göra någonting själv och den som består i att neka andra att göra något» (Christie 1981, 95). I princip är endast den första olydnadstypen acceptabel. Civil olydnad måste följaktligen vara våldsfri.

Vissa gränsfall kan vara svåra att bedöma. I tysk rättsdogmatik har det t ex gjorts gällande att psykiskt tryck och kränkning av andras rörelsefrihet kan anses vara våldsfri i denna mening (jfr Dreier 1991, 65).

C OLYDNAD MED INSLAG AV VÅLD. VÄPNAD REVOLUTION

I vissa fall kan etiskt motiverbar olydnad uttrycka sig i våldshandlingar, såsom fritagning av en orättfärdigt dömd person (t.ex. en »iraksvensk» fånge från Saddam Hussein) eller motstånd mot »etnisk rensning» och andra grova kränkningar av mänskliga rättigheter (jfr Greenawalt 1989, 244 ff.). En våldsam olydnad är etiskt motiverad i ett samhälle utsatt för grovt oetisk maktutövning.

Väpnad revolution är en extrem form av en sådan olydnad. Revolution medför alltid en viss grad av kaos. Visserligen är en normal rättsordning bättre än kaos (jfr avsnitt 6.1.5 ovan). Men om den ifrågavarande ordningen är extremt förkastlig, såsom Hitlers eller Pol Pots »rätt», förlorar den sitt etiska rättfärdigande. Samtidigt förlorar den karaktären av gällande rätt (jfr avsnitt 2.8.4 ovan). I denna situation kan man finna skäl för att ta till vapen.

Medan revolution vänder sig mot hela rättsordningen, riktar sig såväl fredlig (civil) olydnad som mindre drastiska former av våldsam olydnad mot ett konkret beslut eller vissa rättsregler. Vi får således vägra lyda vissa svenska lagar och beslut, fast rättsordningen i sin helhet är bra. Hade rättsordningen varit i sin helhet ond, skulle vi endast kunna bedriva ett gerillakrig.

Skillnaden mellan revolution och civil olydnad återspeglar den klassiska distinktionen mellan bekämpning av orättmätiga härskare (ytterst uttryckt i läran om tyrannmordet) och motstånd som riktar sig mot fel inom en rättsordning som i sina huvuddrag är godtagbar (jfr Hagtved 1981, 22 med referens till Aristoteles).

6.3.3 Villkor för motståndsrätt

Olydnad, t.o.m. i dess mildaste former, är en allvarlig sak. Man måste därför noggrant överväga villkor för dess etiska godtagbarhet. Två villkor har en generell karaktär, (1) en klar övervikt av etiska skäl mot laglydnad över etiska skäl för att lyda lagen och (2) argumentationens utsiktslöshet (jfr t.ex. Rawls 1971, 373). Dessa villkor gäller förvisso alla motståndsformer. De strax nedan följande kommentarer åsyftar emellertid endast *civil olydnad*. Deras tillämpning på tyst olydnad och väpnad revolution skulle kräva vissa modifikationer.

A KLAR ÖVERVIKT FÖR ETISKA SKÄL MOT LAGLYDNAD

A1 Vilka skäl kan väga tyngre än skyldigheten att lyda lagen? Skyldigheten att följa lagen är blott provisorisk, *prima facie*. Den kan vika för starka etiska motskäl. Å andra sidan är olydnad motiverad endast om laglydnadens konsekvenser är *klart* värre än de negativa följder som olydnadshandlingar alltid har.

Skälen för olydnad måste sålunda vara »politiskt-moraliska», inte betingade av »privatnyttan» (jfr Dreier 1991, 65). Därmed måste de uppfylla minimikraven på rationell motiverbarhet (id.).

Vilka är de etiska skälen för olydnad? Följande exempel på särskilt starka *prima facie* olydnadsskäl kan ges.

Ett materiellt skäl kan bestå av att lagen kränker vissa grundläggande rättigheter i etisk mening, t.ex. äventyrar liv, frihet och egendom.

Ett formaljuridiskt skäl kan bestå i att lagen strider mot de i grundlagen upptagna rättigheterna.

Gäller frågan slutgiltigt bestämmande skäl, kan den däremot inte besvaras generellt. Varje konkret olydnadsfall måste basera sig på en avvägning av samtliga *prima facie*-skäl och motskäl. Avvägningen kan bli politiskt omstridd. Det politiskt problematiska är t.ex. hur stor individers privata sfär bör vara. Skall ett fosters liv skyddas? Egendom skall skyddas om den förvärvats rättvist. Men vad innebär detta? All lagstiftning begränsar frihet för att skydda andras frihet och övriga relevanta värden. Men vilka är dessa? Vem vet t.ex. om vår genomreglerade bostadssektor är bättre än en fri marknad hade varit?

Då olydnaden inte vänder sig mot någon rättighetskränkning utan endast mot statens felaktiga politik får den utilitaristiska bedömningen en avgörande betydelse: olydnadshandlingen är försvarlig endast om den orsakar en klart större nytta än skada (jfr t.ex. Dworkin 1984, 32).

Skälen som talar *mot* olydnad hänger självfallet samman med den etiska *prima facie*-skyldigheten att lyda lagen: rättsordningen bör följas eftersom den främjar ordning och rättssäkerhet osv.; se avsnitt 6.1.5 ovan.

Sådana motskäl är särskilt starka i en demokrati.

NJA 1982 s. 621. De tilltalade blockerade en väg som ledde fram till en plats där man skulle utöva provborrningar för en eventuell förvaring av radioaktivt avfall. Högsta domstolen avvisade yrkandena om påföljdseftergift och anförde: »I en rättsstat med demokratiskt styrelseskick är det av grundläggande betydelse att den konstitutionella ordningen för fattande av politiska beslut respekteras av medborgarna. Försök att med lagstridiga medel påverka det politiska beslutsfattandet måste motverkas. Skulle man i straffrättsskipningen generellt visa särskild mildhet vid bedömningen av påföljdsfrågan... skulle följden sannolikt bli att utomparlamentariska aktioner med inslag av brottsliga handlingar blev vanligare än de är idag...».

Om den demokratiska rättsstaten hotas av ett systematiskt och strukturellt förfall har den enskilde t.o.m. en etisk plikt att genom civil olydnad försvara de grundläggande fri- och rättigheterna (jfr Saner 1985, 110; Hanqvist 1993, 86) och således motverka risken för att myndighetsutövningen blir extremt oetisk.

A2 Förhållandet mellan lagen och olydnadshandlingen. Olydnadshandlingen måste vara anpassad till protestsyftet (*verhältnismässig*, jfr Dreier 1991, 66 ff.). Närmare bestämt måste den vara av ett slag som är ägnat att förverkliga detta syfte.

Det är givetvis lättare att etiskt motivera en olydnadshandling som riktar sig mot den kritiserade lagen än en sådan handling riktad mot andra lagar (jfr Greenawalt 1989, 235 ff.).

Vidare måste olydnadshandlingen vara erforderlig varmed menas
- att protestsyftet inte kan uppnås lagligt och
- att det mildaste effektiva motståndsmedlet väljs.

Effektivitetskravet innebär här att det inte kan uteslutas att olydnadshandlingens ändamål förverkligas.

Till sist måste olydnadshandlingen vara proportionell till sitt syfte, dess följder får inte vara klart värre än det tillstånd mot vilket protesten riktas (jfr id.). Bostadslösa ungdomar kan t.ex. tillåtas besätta tomma lägenheter men inte kasta bensinbomber. Vissa författare (t.ex. Dreier 1981, 201 och 1991, 66; Singer 1974, 64 ff.) har också med rätta krävt att motståndsformerna är förenliga med de grundprinciper som styr en rättsstat.

B ARGUMENTATIONENS UTSIKTSLÖSHET

Olydnad är berättigad endast om en verbal kritik är utsiktslös.

Argumentationens betydelse i detta sammanhang hänger samman med den ovan uttalade slutsatsen att ens *prima facie*-skyldighet att följa lagen kan vika för starka etiska motskäl. I vissa fall finns det ingen lagtolkning som på en och samma gång har ett tillräckligt stöd av lagens ordalydelse och etiken. Det föreligger en *lucka* i den slutgiltigt bindande rätten. Genom en fri debatt kan man fastställa att så är fallet och föreslå en lagändring. Men om debatten förhindras och ändringsförslag tystas ner har individen inget annat val än att följa sin egen övertygelse. Finner han att lagen är fel så får han i vissa fall vägra att lyda den. På så vis kan två etiskt viktiga fördelar uppnås. Den olydige kan inte längre beskyllas för att passivt ha medverkat till missförhållandena. Dessutom riktar han på ett iögonfallande sätt allmänhetens uppmärksamhet på orättvisorna.

Argumentationen kan vara utsiktslös t.ex. på grund av följande omständigheter.

- *Censur och andra rättsliga förbud.* Det var t.ex. meningslöst att försöka kritisera Pol Pots lagar. Då skulle man bli skjuten. Det väpnade motståndet var det enda möjliga.
- *Åsiktsmonopol i massmedia.* Antag t.ex. att en speciallag stiftas för att möjliggöra vapenleverans till en viss diktaturstat medan pressen effektivt undertrycker sanningen om mottagarlandet. I detta läge kan man t.ex. överväga spektakulära åtgärder för att förhindra leveransen osv.
- *Adressatens oförmåga att beakta argumentationen.* Olydnad är berättigad om kritikens adressat saknar förmågan att vid sitt beslutsfattande överhuvudtaget seriöst beakta den framförda argumentationen. Visserligen motiveras motståndet inte av blott det faktum att myndigheterna inte övertygades av argumentationen. Men det kan rättfärdigas t.ex. av att de hyser en ideologi som omfattar medel för att definiera bort alla obehagliga argument (jfr t.ex. Tranøy 1985, 395-396).

Som ett exempel kan man ange ett djupt religiöst samhälle där en liberal uppfattas som en hedning vars argument för religionsfrihet inte bör tas på allvar.

Ett annat exempel är *kritikföremålets komplexitet*. Den moderna välfärdsstatens överdrivna dimensioner och komplexitet gör byråkratin immun mot en samhällelig kontroll. Vem vet t.ex. om den senaste reformen av fastighetstaxering medför mer nytta än skada? Kanske ett par ekonomer och skatteexperter. Inte »vanligt folk», och förmodligen inte heller de politiker som kom överens om förändringen. Den sakliga argumentationen måste lämna plats för kompromisser mellan mer eller mindre motiverade föreställningar om olika gruppintressen. Föreställningarna skapas ofta av experter, vilka inte heller har hela den erforderliga kunskapen. I detta läge kan en utomståendes värdefulla synpunkter lätt förbli ohörda. Om han då råkar ha starka skäl för sina ståndpunkter kan en spektakulär handling, t.ex. civil olydnad, fungera som en väckarklocka.

I ett sådant läge faller debattsamfundet sönder i olika från varandra isolerade delar. Det ickeverbala motståndet kan då bli det enda sättet att göra sig hörd.

C VISSA INVÄNDNINGAR

I detta sammanhang måste man behandla följande generella invändningar mot civil olydnad.

1. Strider inte civil olydnad mot den etiska *prima facie*-skyldighet att lyda lagen?

2. Etiska värdesatser är som bekant universella, dvs. de gör ingen skillnad mellan den talande och andra människor. Den som av etiska skäl bryter mot lagen måste därför godta att även andra får vägra lyda rättsreglerna. Men om alla människor fick bryta mot lagen, skulle resultatet bli ett kaos.

3. En annan invändning är att civil olydnad leder till att myndigheters praxis blir osäker och följaktligen oförutsebar. Därmed skulle den strida mot rättsstatens krav på rättssäkerhet.

4. Vidare kan civil olydnad tänkas vara odemokratisk, eftersom den riktar sig mot en lag som har demokratisk legitimitet.

Invändningarna kan emellertid bemötas.

För det första har den etiska skyldigheten att lyda lagen blott en *prima facie*-karaktär. Olydnadshandlingar är sålunda godtagbara, om de motiveras av övervägande skäl.

För det andra behöver den som bryter mot lagen inte anta att alla andra människor får göra detsamma. Det räcker med att han godkänner olydnadshandlingar som utförs av människor som tillhör samma väsentliga

kategori som han själv. Den väsentliga kategorin kan definieras olika (jfr avsnitt 5.5.2 ovan). Man kan t.ex. godta olydnadshandlingar endast om de utförs av personer vilka har synnerligen goda etiska skäl för att kritisera lagen och redan misslyckats med att försöka ändra den.

För det tredje leder olydnadshandlingar till en blott ringa minskning av myndighetsutövningens förutsebarhet. Myndigheterna har nämligen redan lärt sig att hantera problemet på ett konsekvent sätt (jfr Dreier 1991, 69). Rättssäkerhet får inte i detta sammanhang uppfattas rent formellt utan måste tolkas materiellt, som en princip: förutsebarheten måste jämkas samman med andra etiska krav (jfr id.).

Till sist måste lagens demokratiska legitimitet jämkas samman med den etiska vinst som blir resultatet av att lagens orättvisor kan bekämpas av vanligt folk. Den demokratiskt stiftade lagen är förvisso *prima facie* legitim, men denna legitimitet måste i vissa fall vika för etiska invändningar. Vissa författare går t.o.m. så långt att de uppfattar civil olydnad som ett uttryck för direkt demokrati (jfr id.).

6.3.4 Argumentationsbördan

De ovan behandlade villkoren måste beaktas vid den avvägning som bestämmer huruvida man får bedriva ett ickeverbalt motstånd och hur starka motståndsformer man får välja. Ju klarare övervikten av olydnadsskäl är och ju svårare argumentationshinder som föreligger, desto starkare motståndsmedel kan rättfärdigas. Men till följd av *prima facie* skyldigheten att följa lagen har den som vägrar lyda *argumentationsbördan*. Den ankommer inte på samhällets övriga medlemmar att söka övertyga den olydige om att en diskussion är *prima facie* bättre än fullbordade fakta (jfr Dreier 1981, 199). Han måste i stället kunna rättfärdiga sin hållning, bl.a. genom att argumentera för slutsatsen att den verbala kritiken är utsiktslös.

Niklasson – som förkastar *prima facie*-skyldigheten att lyda lagen – medger emellertid att olydnadshandlingar kan behöva en motivering. »Frånvaron av en presumtion att lyda lagen ger därmed inte någon direkt grund för ett lagbrott. Fortfarande återstår de övriga momenten i sammanvägningskalkylen, där det, som sagt, kan vara ett relevant argument att illegitima lagar är bättre än inga alls. Undvikandet av kaos är inte ett fullgott argument för att ge staten dess legitimitet, men det kan vara ett argument mot olydnad. Frågan om att lyda ställs med andra ord mot bakgrund av att lagarna redan finns, medan frågan om presumtionen

närmast handlar om ifall man skulle uppfinna lagarna om de inte fanns» (1992, 185).

I vissa fall är argumentationsbördan uppfylld endast om man använt sig av alla rättsliga medel och argumenterat så gått det gick men för döva öron (jfr t.ex. Cohen 1971, 125).

Den som utövar ickeverbalt motstånd måste således förfoga över två mängder rimliga skäl. Den ena stöder hans kritik av den ifrågavarande lagen. Den andra stöder hans slutsats att myndigheterna till följd av de ovan behandlade omständigheterna inte kommer att beakta kritiken.

Detta är ingen självmotsägelse. Det hade självfallet inte varit rationellt att försöka övertyga Pol Pot om att det inte går att debattera med just honom. Men man måste förfoga över skäl som kan övertyga förnuftiga människor om att Pol Pot skulle förhindra den fria debatten. Till följd av den rådande terrorn måste man i vissa fall avhålla sig från att offentligt uttala dessa skäl. Men man måste vara beredd att argumentera öppet så snart faran är över.

6.3.5 Slutsatsen om motståndsrättens berättigande

Ingen klar gräns för olydnadens berättigande kan bestämmas. Argumentationen för att olydnad är etiskt godtagbar kan aldrig vara helt säker. Den innebär en mycket svår avvägning, som kräver insikt och framför allt saklighet. Känslomässiga utbrott måste undvikas. Det svenska rättssystemet t.ex. är varken helt gott eller helt ont. Civil olydnad har sin plats vid systemets mörka utkanter, inte i dess centrum. Men den har sin plats, ty lagen är inte perfekt.

6.4 Åter till rättssäkerhet

Motståndsrättens legitimitet ändrar emellertid inte den centrala slutsatsen. Som nämnts kännetecknas den juridiska argumentationen av en större stabilitet och säkerhet än etiken i övrigt. Den materiella rättssäkerheten kan också uppfattas som den juridiska metodens övergripande mål (jfr avsnitt 1.6.4A ovan – rättssäkerhetstesen 1). Detta konstaterande kan fördjupas med följande iakttagelse. Samma argument som stöder den *prima facie* etiska skyldigheten att följa de normer som utgör den förnuftiga juridiska argumentationens resultat (jfr avsnitt 6.1 och 6.2 ovan) talar för att den materiella rättssäkerheten bör vara den juridiska argumentationens övergripande mål.

Rättsäkerhetstes 8. Den förnuftiga juridiska argumentationen är legitim eftersom den så pass väl bidrar till rättskipningens och myndighetsutövningens förutsebarhet och etiska godtagbarhet, att det uppstår en ordning som

- *prima facie* är bättre än kaos;
- utgör en betingelse för organiserat samhällsliv;
- skulle accepteras av opartiska personer;
- tolereras av samhället;
- har moralbildande verkan; och
- kan skapa fred, förtroende, samarbete och ytterst bidra till artens fortbestånd.

Förvisso kan frågan ställas om inte etiken i sig är så pass osäker, att den juridiska argumentationens samband med den ändå förvandlar rättssäkerheten till en illusion? Denna invändning har emellertid redan bemötts ovan (jfr avsnitt 5.8.10 ovan om rättssäkerhetstesen 6 och 5.9.10 om rättssäkerhetstesen 7). De i språket och kulturarvet (traditionen) förankrade *prima facie* etiska värdena kan beskrivas så pass exakt, att deras inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning bör i hög grad vara förutsebara med stöd av lagen. Vidare är det rimligt att ur en sammanhängande beskrivning av ett stort antal värdegrundande fakta härleda den etiska slutsatsen att handlingen är slutgiltigt god och att den slutgiltigt bör utföras. Följaktligen kan slutgiltiga etiska norm- och värdesatser motiveras så pass säkert, att deras inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med detta rättssäkerhetskrav. Inte ens det faktum att den etiska argumentationen i vissa fall stöder civil olydnad och andra olydnadshandlingar äventyrar rättssäkerhet i denna mening. Olydnaden har etiskt stöd endast i ett fåtal extrema fall som myndigheterna har lärt sig att hantera. Dessutom har den olydige argumentationsbördan (se avsnitt 6.3.3C och 6.3.4).

7 kap. Sammanhanget

7.1 Inledande anmärkningar om domens motivering

7.1.1 Inledning

Jfr Bergholtz i Peczenik m.fl. 1990, 110 ff. Jfr även Bergholtz 1987, 215 ff. och 357 ff.).

Det är värdefullt att försöka framställa rättssystemet som ett sammanhängande regelkomplex, där en viktig uppgift för jurister är att eftersträva konsekventa avgöranden. Begreppet »sammanhängande motivering» spelar en central roll i denna framställning.

I det enskilda fallet tvingas domstolen till redovisning av de överväganden som legat till grund för domslutet. En domstol som inte anger skäl för domen kan, har det sagts, liknas vid »a naked organ of power». En dom bör i regel inte anses vara bättre än domskälen ger vid handen.

Detta synsätt har hittills kommit till klarare uttryck i utländsk rätt än i den svenska rätten. Särskilt i USA, England och Tyskland kan man se detta. Det finns i amerikansk och engelsk rätt en begreppsbildning som visar att skäl krävs och att sammanhängande skäl är viktiga. Domar givna »sub silentio» – dvs. under tystnad – är sådana där den eller de avgörande knäckfrågorna inte berörts i domskälen. En dom som givits »sub silentio» är inte bindande som prejudikat. Vidare finns begreppet »per incuriam», som innebär att domen i fråga inte tagit hänsyn till ett bindande prejudikat eller en författning och som följd härav är uppenbart felaktig. Detta har uppfattats så att målet kunde ha fått en annan utgång om något sådant inte hade förekommit. När det gäller lagtolkning har det hävdats att ett avgörande som inte anger att en välkänd tolkningsregel använts också skall anses givet »per incuriam».

I Tyskland kan en bristfälligt motiverad dom undanröjas av en högre domstol främst i följande fall:

- om domskälen är så otydliga eller ofullständiga att det inte går att avgöra vilka rättsfakta eller rättsliga grunder som bestämt utgången;
- om domskälen är så obegripliga eller virriga, att det inte framgår vilka skäl som varit avgörande för utgången;
- om motiveringen är sakligt innehållslös eller endast utgörs av tomma fraser, som t.ex. att »invändningen om preskription är grundlös» eller »invändningen lämnas utan avseende» eller till äventyrs endast återger den relevanta lagtexten;
- om bevisvärderingen inte alls redovisats; och
- om domstolens lagtolkning inte underbyggts av skäl.

För svensk rätts del kan frågan om sammanhängande motivering illustreras av två rättsfall.

Ett exempel på sammanhängande motivering gäller retentionsrätt. Jfr avsnitt 3.1.1 ovan om NJA 1981 s. 1050. HD har angett utförligt både det befintliga regelunderlaget och de sakliga skäl som harmonierar med retentionsfrågornas behandling i övrigt.

Ett exempel på *icke* sammanhängande motivering (till stöd för ett oriktigt och sedan upphävt domslut) är följande. I NJA 1985 s. 226 gällde det ett åtal mot en bostadskonsulent för olaga diskriminering, som bestod i att bostadskonsulenten vägrat en zigenare bostad i ett visst bostadsområde på grund av dennes etniska ursprung. En enig nämnd ogillade i tingsrätten åtalet med bl.a. följande motivering: »Med beaktande av att W (bostadskonsulenten) i sitt handlande haft målsättningen att undvika alltför stor invandrartäthet i... området kan W:s vägran att låta P hyra en lägenhet i detta område icke anses innefatta brott...». Tingsrättens ordförande, som var av en annan mening och ville fälla W till ansvar, anförde bl.a. att det avgörande motivet för vägran att hyra ut lägenhet till P i ett visst område var sökandens etniska ursprung (jfr Bergholtz 1987, 381).

Detta rättsfall visar att nämndens skäl inte är tillräckligt sammanhängande. Bostadskonsulentens »goda vilja» har satts före förbudet mot diskriminering. Lagtexten har ignorerats och inga skäl har anförts för detta.

7.1.2 Olika motiveringstyper

Man kan, beroende på utförlighet och generalitet, skilja mellan följande grundtyper av domsmotiveringar (jfr även en liknande men inte identisk klassifikation av Strömberg 1981, 146 ff.).

1) En *skenbar* motivering är varken utförlig eller generell. Metoden förekom i Sverige under 1800-talet och fram till 1950-talet. Den förekommer fortfarande i viss utsträckning i t.ex. Finland och Danmark.

Som exempel kan man anföra NJA 1954 s. 268. En person med anknytning till Bulgarien ansökte om att få lyfta ett belopp som nedsatts i Sverige för hans räkning. Den bulgariska staten bestred hans rätt att personligen få lyfta beloppet och påstod att betalningen skulle ske över ett svenskbulgariskt clearingkonto och utanordnas till honom i Bulgarien. HD:s majoritet erkände den bulgariska statens talerätt utan någon annan motivering än att majoritetsledamöterna »funno hinder icke föreligga för prövning av bulgariska statens talan», varefter målet avgjordes på ett för denna stat förmånligt sätt.

I NJA 1947 s. 299 blev en förening skyldig att ersätta en skada vållad av en skjutbanas föreståndare. Av majoritetens domskäl framgick inte om skadeståndsskyldigheten grundades på föreståndarens ställning, särskild risk eller föreningens kontraktsliknande förhållande till den skadelidande.

Metoden gör domsmotiveringens grad av sammanhang mycket låg. Den är därför inte godtagbar, om inte övervägande skäl, såsom fallets ringa betydelse, tidsbrist eller annat, talar för dess tillämpning.

2) Den *enkla subsumtionsmetoden* är generell men inte utförlig. Domstolen presenterar beslutet som en logisk följd av en generell rättsregel och vissa fakta. I svåra fall är den anförda rättsregeln inte identisk med någon lagbestämmelse utan utgör en av flera möjliga tolkningar av en lag eller annan rättskälla; domstolen anger emellertid inte sina skäl för att just denna tolkning valts.

Metoden förekom ofta i Sverige under 1800-talet. Den dominerar fortfarande i Frankrike.

I många fall försökte domstolen pressa in hela argumentationen i en enda sats, med flera bisatser och domslutet som en slutsats (»enär... och enär... alldenstund..., så» osv.). Strömholm (1988, 336) citerar som exempel följande rättsfall: NJA 1875 s. 489, 1876 s. 458, 1877 s. 487 och 1877 s. 334.

Inte heller denna metod är godtagbar, om inte övervägande skäl talar för dess tillämpning. Visserligen uppfyller den vissa krav på sammanhängande motivering. Domskälen *stöder* sig nämligen på *generella lag*bestämmelser (se avsnitt 7.4.1, 7.6.2 och 7.10.2 nedan. Den åsidosätter emellertid *totalt* kravet på att argumenten skall vara många och argumentkedjorna långa (se avsnitt 7.4.1–7.4.2 nedan).

3) *Faktametoden* (även kallad för protokollmetoden) är utförlig men inte generell. I domskälen finns påståenden om fakta men inga klart uttalade värdesatser eller normer. Domslutet sägs ofta följa av anförda fakta och »övriga omständigheter». Uttolkaren måste således själv identi-

fiera de lagregler, argumentationsregler och andra premisser som i förening med anförda fakta leder till domslutet.

Metoden förekommer fortfarande i svensk underrättspraxis och i försäkringsöverdomstolen (jfr t.ex. 1086/75:1, 872/79:8, 1498/81:3 och 1516/82:4). Dess användning i hovrätterna tenderar att minska. Jfr även HD:s dom i NJA 1952 s. 184. I Finlands Högsta domstol förekommer metoden även i dag.

Metoden är inte godtagbar, om inte övervägande skäl talar för dess tillämpning. Skälet är detsamma som tidigare. Visserligen uppfyller den *ett* krav på sammanhängande motivering, argumentens mängd, men den åsidosätter *totalt* kravet på att argumenten skall vara generella och argumentkedjorna långa.

En både utförlig och generell motivering förekommer i två former:

4) *Dialogmetoden* består i att domstolen klart anger både de skäl (avseende fakta, normer och – ofta generella – värdeomdömen) som talar för och de som talar mot avgörandet samt tillägger, att i det konkreta fallet de förra väger tyngre.

Dialogmetoden förekommer ofta i de anglosaxiska länderna och i Norge. I Sverige kan den förekomma i bl.a. HD (jfr det ovan i avsnitt 5.9.3 citerade fallet NJA 1984 s. 693), kammarrätterna och bostadsdomstolen.

Jfr t.ex. RBD 1978 38:78 där en utförlig argumentation avslutas med följande formulering: »En rimlig avvägning mellan de synpunkter som har anförts i det föregående ger enligt bostadsdomstolens mening till resultat att hyresförhållandet bör upplösas, om inte särskilda skäl talar mot det.»

5) *Den rättsvetenskapliga metoden* består i att domstolen, efter att ha angivit skäl både för och mot avgörandet, modifierar de förra på så sätt att avgörandet kommer att framstå som en logiskt korrekt följd av dem. De normer och värdesatser som ingår i den premissmängd av vilken avgörandet följer brukar då vara generella. Man försöker således formulera en klar prejudikatsregel.

Den rättsvetenskapliga metoden förekommer ofta i Tyskland men är numera inte heller sällsynt i svenska hovrätter eller i HD.

Följande rättsfall belyser HD:s ökade benägenhet att uttala generella rättsgrundsatser.

I NJA 1989 s. 389 har HD infört den generella grundsatsen om strikt ansvar för personskada orsakad av tillverkningsfel (jfr Conradi 1993, 75 ff.).

NJA 1984 s. 501 gällde beviskravet när en ägare av motorfordon, som har motorfordonsförsäkring på fordonet, framställer krav mot försäkringsbolaget om ersättning för skada på grund av att fordonet – som det står i försäkringsvillkoren – olovligen tagits och brukats. HD uttalade följande. »Det är å ena sida angeläget att den lojale försäkringstagaren skall kunna känna trygghet för att hans försäkring verkligen ger honom skydd i en situation av ofta stor ekonomisk betydelse. Å andra sidan är det av vikt för försäkringstagarna som kollektiv att inte försäkringstagarens risktagande skall bli så stort att premierna blir oacceptabelt höga. Med särskild hänsyn till skyddsintresset bör beviskravet formuleras så att försäkringstagaren skall anses ha fullgjort sin bevisskyldighet, om det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter framstår som mera antagligt att försäkringsfall föreligger än att så inte är förhållandet». HD har således uttalat en generell grundsats (jfr Conradi 1993, 77 ff.) som stöder sig på en klart redovisad avvägning.

I NJA 1981 s. 1 har HD infört den generella grundsatsen att nomader (i det föreliggande fallet samer) kunnat förvärva äganderätt genom ockupation och urminnes hävd (jfr id, 74 ff.).

En generell (och omstridd) grundsats uttalades av HD:s majoritet i NJA 1977 s. 176: »I mål om utomobligatoriskt skadestånd råder inte sällan tvist om vad som orsakat den aktuella skadan. Ofta kan olika händelseförlopp vara fullt tänkbara och ettvart av varandra oberoende sakförhållanden framstå som möjlig skadeorsak. I sådana fall kan full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse knappast någonsin åstadkommas. Detta bör dock inte i och för sig utgöra hinder för bifall till skadeståndstalan. Om det sålunda i betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande...» (jfr även Conradi 1993, 76).

NJA 1976 s. 458 innehåller ett exempel på argumentation som lyfter fram både generella principer och logiska samband. En nioåring lät en sexåring leka med sin cykelpump som var omgjord till att skjuta med en kork. Korken fastnade. Sexåringen bad om hjälp. En annan nioåring försökte ta bort korken. Den kom loss och skadade sexåringens öga.

Ersättningstalan mot ägaren ogillades. HD:s majoritet uppfattade visserligen artskilda skadeståndsbestämmande hänsyn som delar av en samlad culpabedömning. Men JustR Nordenson utförde en omfattande begreppsanalys, innefattande såväl generella principer som nyanserade distinktioner och logiska förhållanden mellan »culpa», »adekvans» och »skyddsändamål». Jfr även NJA 1981 s. 622.

Jfr också t.ex. NJA 1983 s. 487.

Även regeringsrätten har i vissa fall uttalat klara prejudikatsregler, se exempelvis RÅ 1978:1:19.

I detta sammanhang kan man även nämna det norska rättsfallet Rt 1975 s. 290 där Høyesterett genom angivande av en klar prejudikatsregel nyskapade patienters rätt att få ta del av sin sjukjournal.

Om inte övervägande skäl talar däremot är endast en både generell och utförlig motivering den riktiga, eftersom den i hög grad uppfyller kraven på sammanhängande motivering.

Man skall emellertid inte tro att en generell och utförlig motivering skänker avgörandet någon oemotståndlig kraft. Oavsett hur utförlig motiveringen är, följer ett avgörande av ett svårt rättsfall inte av en premissmängd som endast omfattar säkra satser och de satser som tas för givna i juridik. Man behöver även andra slags rimliga premisser. Om dessa kan man blott säga, att det inte är klart osannolikt, att de logiskt följer av ett antal satser som är inbördes förenliga och väl sammanhängande. Det är fullt möjligt att både en viss sats och dess negation är rimliga i denna bemärkelse.

7.1.3 Inte allt är möjligt

Hade såväl domstolarna som deras arbetsvillkor varit helt perfekta, skulle man kunna kräva att alla domar motiveras i enlighet med de ovan behandlade motiveringskraven, dvs. såväl generellt som utförligt. I det verkliga livet talar emellertid följande skäl för att en mindre sammanhängande motivering i vissa fall bör tillåtas.

1. En dom är riktig endast om man kan anta att *några* personer, inte nödvändigtvis domarna själva, kan motivera den med en utförlig mängd generella premisser. En domare i prejudikatinstansen kan ibland helt riktigt vara övertygad om att domen är rättvis, rimlig och klok, utan att han för den skull kan motivera övertygelsen. I vissa fall litar han mera på själva avgörandets riktighet än på domskälen. Ur psykologisk synvinkel är detta helt naturligt, eftersom en del av en människas handlingsmotiv är

omedvetna. En skicklig beslutsfattare kan följaktligen vara mindre klargörande än en rättsvetenskapsman på så sätt, att han inte själv kan formulera den bästa motiveringen.

2. Även om en domare försöker uttala sig så klart som möjligt kan en generell motivering skapa en alltför vidsträckt prejudikatsregel, tillämplig på vissa oförutsedda fall, vilka av andra skäl borde avgöras på ett annorlunda sätt.

Anta t.ex. att det finns två sätt att utförligt och generellt motivera domen, det ena innefattande en viktig men omstridd materiellrättslig princip, det andra en mindre principiell men allmänt godtagen processrättslig regel, t.ex. en bevisregel. En försiktig domstol kan ofta ha goda skäl för att välja det andra sättet.

På så vis har t.ex. HD undvikit den svåra frågan om den gärning som omnämns i gärningsbeskrivningen överhuvudtaget innefattar ett brott och i stället behandlat frågan om det varit styrkt att den tilltalade begått gärningen; se NJA 1975 s. 92.

Fallet väckte kritiska reaktioner i domarkåren: Kan ett icke-brott vara icke-styrkt? Det är inte klart hur försiktig domstolen får vara.

I skadeståndsrätt förekommer det ofta att domstolar undviker svåra frågor rörande valet mellan kravet på en nödvändig och kravet på en tillräcklig skadeorsak och i stället föredrar att jämka ersättningen.

3. En domare anser ofta att det inte ingår i hans uppdrag, utan i lagstiftarens, att formulera generella värderingar och normer.

I vissa fall framtvingas försiktigheten av processrättsliga regler, sådana som att domstolarna i dispositiva mål inte får grunda sina domar på andra skäl än dem som kärande åberopat respektive på de invändningar som svaranden framställt (17 kap. 3 § rättegångsbalken). I straffprocessen begränsas domstolarna av gärningsbeskrivningen i stämningsansökan osv.

4. I kollegiala domstolar kan det vara nödvändigt att finna en kompromissformulering, om vilken majoriteten kan ena sig. Inte sällan måste en sådan formulering vara en tämligen vag »hatt» och inte någon klar och utförlig motivering.

5. Domaren har slutligen på grund av sin arbetsbörda inte alltid tid att prestera en utförlig motivering.

Sådana praktiska skäl talar sålunda för den rättsteoretiska tesen, att en mindre sammanhängande domsmotivering i vissa fall bör tillåtas. De talar emellertid inte mot den generella teorin om sammanhängande motivering. Även den rättsteoretiska tesen måste nämligen rättfärdigas i anslutning till motiveringskraven. Närmare bestämt måste det förhållandet att dom-

skälen är mindre sammanhängande motiveras på ett sammanhängande sätt.

7.1.4 Varför bör domen motiveras?

I det moderna samhället finns en rad faktorer som pekar på att domskälen ändå bör vara tämligen utförliga och generella (jfr Bergholtz 1987, 352 ff.).

1. Det moderna samhället präglas av en minskad tro på auktoriteter. Parterna är inte längre nöjda med att få en dom å Guds, konungens eller folkets vägnar utan vill ha omedelbar tillgång till generella och utförliga skäl som visar att domen är riktig.

2. Domens utförliga och generella motivering säkrar överensstämmelsen mellan rättspraxis och lagen. Därmed främjas demokratin. En demokrati kan nämligen fungera endast om den lagstiftande församlingens beslut blir normerande för rättspraxis.

3. En utförligt motiverad dom uppfyller på ett direkt sätt kravet på kontrollerbarhet. Man vet m.a.o. på vilka grunder den kan kritiseras. Kontrollerbarhet främjar domens objektivitet och därmed dess rättssäkerhet. Dessutom medför den att domaren själv kan kontrollera det egna resonemangets riktighet.

4. Om domen sålunda motiveras på ett sätt som möjliggör kritik och ändå inte vederläggs av kritiken, vinner den följaktligen stor tyngd som prejudikat. Motiveringens generalitet medför dessutom, att prejudikatet i relativt stor utsträckning blir vägledande. Därmed främjas ordning och sammanhang i regelsystemet.

5. En utförlig och generell motivering hjälper dessutom parterna att omedelbart avgöra om domen bör överklagas och gör det lättare att få rättelse om detta är befogat.

7.2 Sammanhängande motivering – den rättsfilosofiska bakgrunden

7.2.1 Striden om koherensbegreppet

Begreppen »sammanhängande motivering», »koherent motivering» och »koherens» kommer nu att belysas närmare. Framställningen bygger på ett gemensamt arbete, Alexy och Peczenik 1990, 130 ff.; jfr även Peczenik 1989, 158 ff.

Många filosofer betraktar koherensbegreppet som ett medel för att lösa kunskapsteoretiska problem (jfr t.ex. Hegel 1970, 24). De flesta är eniga om att logisk motsägelsefrihet blott utgör ett nödvändigt men inte något tillräckligt villkor för koherens. Fysiken och kemin hänger t.ex. väl samman med varandra – de är m.a.o. mycket koherenta med varandra – medan fysiken och religionerna uppvisar en lägre koherensgrad, även om de sistnämnda inte behöver strida mot naturvetenskapen. Men filosoferna möter stora svårigheter då de försöker formulera ett exakt begrepp och klara kännetecken på koherens. Man karaktäriserar ofta en koherent satsmängd metaforiskt som »tightly knit unit» osv.

7.2.2 Koherens genom generella principer

Vissa inflytelserika teorier antar att mer generella satser skapar koherens hos de mindre generella som de stöder. Enligt Neil MacCormicks lära om normativ koherens inom rättsordningen stöder således vissa principer ett antal rättsregler och gör dessa koherenta (jfr MacCormick 1984, 235 ff.).

Enligt Savigny (1814, 22) använder rättsvetenskapen ledande principer för att fastställa inre sammanhang och släktskap mellan alla juridiska begrepp och satser. Denna svåra uppgift ger juristernas arbete vetenskaplig karaktär.

7.2.3 Koherens genom modifiering av data

Vissa andra teorier antar tvärtom att individuella datasatser skapar koherens av generella teorier som de stöder. Enligt Nicholas Rescher är således en sats sann om, och endast om, den följer av motsägelsefria data. Men den totala mängden tillgängliga datasatser är motsägelsefull av åtminstone två skäl. För det första finns det alltid en risk för misstag. För det andra kan man erhålla inbördes oförenliga data beroende på vilken av konkurrerande vetenskapsteoretiska metoder som man använder. Rescher bestämmer därför olika motsägelsefria delmängder inom den (motsägelsefulla) datamängden. Vissa av dessa delmängder är att föredra framför de andra. En sats, p, är maximalt koherent med data, om den följer av alla motsägelsefria delmängder data som man föredragit.

Jfr Rescher 1973, 169 ff. och Prakken 1993, 142 ff. med hänvisningar till nyare formallogiska skrifter. Jag bortser härvid från Reschers villkor att dessa delmängder bör vara »maximala».

7.2.4 Kort om koherens och tiden

Ronald Dworkins teori om »integrity» (dvs. koherens) inom rättsordningen är förenlig med MacCormicks åsikt att principer gör regler koherenta. Men Dworkins teori är generellare. Han jämför en jurist med en författare som deltar i produktion av serieromaner. Varje författare – och varje jurist – ser till att de tillägg som han skapar inte blott passar till generella principer och hans egna, materiella värdeomdömen, utan även harmonierar med såväl det som redan publicerats som med förutsägelser om vad efterträdarna förväntas ha att tillägga (jfr Dworkin 1986, 225 ff.).

Dworkins »integrity» är ett exempel på koherens *i tiden*, ibland kallad för »narrativ koherens». MacCormick skiljer följaktligen mellan normativ koherens (jfr avsnitt 7.2.2 ovan, MacCormick 1984, 235 ff.) och narrativ koherens (id. 245 ff.). Ordet »narrativ» används tämligen ofta i vissa språkfilosofiska och litteraturvetenskapliga sammanhang. Dess innebörd är emellertid något oklart.

Enligt Jackson (1988, 155-6) har det narrativa något att göra med tid, intention och samhällelig erfarenhet. Vidare: »Intern narrativ koherens kan uppfattas... i kvasi-logiska termer. Är olika delar av berättelsen (*the story*) konsistenta med varandra eller uppvisar de en motsägelse? Extern narrativ koherens omfattar en jämförelse mellan denna berättelse... och andra berättelser» (id. 58-9). I en rättegång har vi t.ex. att göra med en serie berättelser av olika vittnen, nämndemän, parter, domaren och advokater (id. 85), vilka skapar »ett system av pragmatiska interaktioner» (id. 88).

Det är bättre att skilja mellan en tidlös (»synkron») och tidsmässig (»diakron») koherens. *Se* avsnitt 7.9 nedan.

7.3 Sammanhängande motivering: poängen, begreppet, olika motiveringskrav

7.3.1 Begreppet »sammanhängande motivering»

Låt mig nu med allt detta i minne formulera en teori om *synkron* koherens. Teorin utgår från begreppet »sammanhängande motivering». Sedan kommer begreppet att kompletteras med vissa kännetecken vars balans bestämmer en motiverings kvalitet.

Begreppet »sammanhängande motivering» kan uttryckas som följer.

Motiveringstes 0. En teori är mer sammanhängande ju perfektare struktur av stödrelationer det finns mellan teorins satser.

(Angående förhållandet mellan koherens och stöd jfr Peczenik 1983, 88 ff.; Aarnio 1987, 198 ff.).

I detta samband måste man förklara innebörden hos begreppen »teori», »stöd» och »bättre stöd».

1) Ordet »teori» används här i en vidsträckt mening som omfattar såväl deskriptiva, t.ex. empiriska teorier som norm- och värdesystem. Inom juridiken talar man t.ex. om olika teorier om äganderätt.

2) Stödbegreppet kan enklast definieras som följer.

Satsen p stöder satsen q om, och endast om, p tillhör en satsmängd, S, varav q följer logiskt.

Detta stödbegrepp utgör s.a.s. den logiska sidan av det ovan (i avsnitt 5.9.4E) definierade begreppet »rimligt stöd».

Visserligen är detta stödbegrepp svagt. Vilken sats som helst stöder vilken slutsats som helst om satsen kompletteras med »passande» tilläggspremisser. Det svaga stödbegreppet har därför inget annat värde än att det utgör en utgångspunkt för vidare undersökningar. Orimliga tilläggspremisser kan och måste elimineras av andra faktorer, däribland de krav på sammanhängande motivering som behandlas nedan.

3) Stödrelationens perfektion beror på de motiveringskrav (närmare bestämt motiveringsteser och motiveringsprinciper) som behandlas nedan.

Mer exakt: Alla stödrelationer mellan satser som tillhör en teori bildar tillsammans teorins stödstruktur. Strukturens perfektionsgrad beror på uppfyllelsegraden av dessa motiveringsprinciper.

7.3.2 Olika motiveringskrav

Vissa motiveringskrav gör begreppet »sammanhängande motivering» exaktare. Eftersom begreppet är både vagt och omstritt är den förevarande teorin om sammanhängande motivering en av flera möjliga sådana.

Man kan skilja mellan fyra slags krav på en teoris sammanhängande motivering.

1. Den första gruppen består av olika krav på *sammanhang (koherens)*. Abstrakt uttryckt rör det sig om krav på egenskaper hos teorins stöd. Ett mer omfattande stöd (dvs. ett bättre sammanhang) innebär en bättre motivering. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på sådana omständigheter som
- hur många av dess satser som stöds med skäl;
- hur långa argumentkedjor teorin innehåller; och
- hur väl dessa argumentkedjor är sammanbundna med varandra t.ex. genom att flera kedjor av skäl stöder samma slutsats.

2. Den andra gruppen omfattar olika krav på motiveringens *relevans*, dvs. hur många av skälen som är relevanta inom den ifrågavarande argumentationstypen.

3. Den tredje gruppen omfattar olika krav på motiveringens *generalitet*. Kraven gäller egenskaper hos de begrepp som tillhör teorin. En viktig fråga är hur generella begrepp som används. Generella begrepp ger argumentationen stor räckvidd. De är ett »klister» som håller ihop argumentationen och som även kan hålla samman olika teorier. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror således kvaliteten hos en teoris motivering på sådana omständigheter som
- hur generella begrepp teorin innehåller och
- hur intimt sammanbundna dessa begrepp är med andra teorier.

4. Den fjärde gruppen innehåller vissa krav på teorins *räckvidd*. En teori som förklarar ett stort antal data är bättre motiverad än en som inte gör det. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på hur stor mängd data och hur många livsområden teorin täcker.

7.3.3 Sammanhangsteorins karaktär

Följande bör beaktas då man studerar sammanhangsteorin.

- Teorin har formulerats med anspråk på att gälla allt rationellt tänkande inom alla kulturer.

Förvisso betonas rationaliteten synnerligen påtagligt inom den »moderna» västerländska kulturen. Men kan någon kultur överhuvudtaget överleva utan att iaktta de mest grundläggande rationalitetskraven?

- Teorin är så abstrakt att det finns ett avstånd mellan den och juridisk argumentationspraxis.

Abstraktionsnivån är ett resultat av följande omständigheter:

Teorin är en bakgrundsram som gör det möjligt att förstå poängen med juridisk argumentation. Närmare bestämt besvarar sammanhangsteorin den principiella frågan vad som ytterst sett gör den juridiska argumentationen riktig. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering bättre ju mer sammanhängande den är.

Däremot har endast rättsteoretiker någon större nytta av att hålla i minnet de olika motiveringskravens exakta formulering. Teorins huvudsyfte är inte att underlätta juridisk argumentation i konkreta fall. Det är självfallet inte lätt att jämföra två juridiska motiveringar med alla motiveringskrav och säga att motivering x är bättre än y beroende på att den innehåller fler och längre argumentkedjor m.m. Dessutom måste motiveringskraven jämkas samman, vilket kan vara svårt.

7.4 Sammanhang. Egenskaper hos en teoris stöd – djup och bred motivering, prioritetsordning, ömsesidigt stöd

7.4.1 Många satser som stöds med skäl

Det minimala motiveringskravet är att en sammanhängande teori innehåller satser som stöds med skäl. Detta krav kan preciseras på följande sätt.

Motiveringstes 1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som stöds med skäl.

Motiveringsprincip 1.* Man bör ge skäl för så många satser som möjligt.

Det antas här att satser kan räknas. Men vad är en enstaka sats? Frågan kan besvaras på olika sätt inom olika teorier. Ett möjligt svar är följande: En enstaka sats i strikt mening är den minsta enhet inom en teori som kan konfronteras med frågan »varför?» och följaktligen kan motiveras.

Uttrycken »vid i övrigt oförändrade förhållanden» och »så många som möjligt» antyder samma sak, dvs. att ingen motiveringsprincip, inte heller något motiveringstes, självständigt bestämmer kvaliteten hos teorins motivering. Tvärtom måste olika principer jämkas samman.

7.4.2 Långa argumentkedjor – en djup motivering

Hur sammanhängande teorins motivering är bestäms också av hur långa argumentkedjor den omfattar. Satsen p1 kan således stöda p2, p2 kan stöda p3, osv.

Längre kedjor gör stödstrukturen komplexare. Därmed gör de teorin bättre strukturerad och djupare. Följande motiveringstes och princip preciserar detta förhållande.

Motiveringstes 2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju längre argumentkedjor den innehåller.

Motiveringsrincip 2.* När en sats motiveras bör man stöda den på så långa argumentkedjor som möjligt.

Kravet på argumentkedjornas längd motiverar tillsammans med definitionen av stöd som förutsätter logisk korrekthet följande slutsats. Deduktiva inferenser som erhålls genom logisk rekonstruktion av argumentkedjor bör vara så fullständiga som möjligt. I detta sammanhang bör man påpeka att relativt hög *precisionsgrad* hos teorin är en nödvändig betingelse för den praktiska möjligheten att formulera omfattande deduktiva inferenser.

7.4.3 Samband mellan argumentkedjor – bred motivering

En sammanhängande motivering beror också på samband mellan olika argumentkedjor. För det första kan samma premiss stöda olika slutsatser. För det andra kan samma slutsats följa av olika premissmängder.

Det första sambandet föreligger t.ex. då en och samma generella princip stöder olika mer konkreta rättsregler. Följande motiveringskrav motsvarar detta samband.

Motiveringstes 3.1 Många slutsatser av en och sammapremiss. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som har stöd av en och samma premiss.

Motiveringsprincip 3.1.* När en viss sats motiveras bör man formulera premisser som stöder så många olika satser som möjligt.

Kumulation av skäl inom en stödstruktur utgör också ett motiveringskrav.

Motiveringstes 3.2 Kumulation av skäl. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler premissmängder den innehåller som stöder samma slutsats.

Motiveringsprincip 3.2.* När en sats motiveras bör man stöda den på så många premissmängder som möjligt.

HD:s argumentation i det ovan åberopade retentionsfallet (NJA 1981 s. 1050) utgör ett exempel på en särskilt framgångsrik kumulation av olika skäl.

I det tyska fallet BVerfGE 49, 89, 126 ff. har *Bundesverfassungsgericht* motiverat en statsrättslig slutsats med tre oberoende hänsyn, rättsstatsprincipen, demokratiprincipen och de grundläggande rättigheterna (jfr Alexy och Peczenik 1990, 136).

7.4.4 Prioritetsordningar av skäl

Prioritetsordningar av skäl påverkar också en teoris interna sammanhängande motivering. Detta förhållande kan exemplifieras av prioritetsordningar mellan olika principer eller värden. Avvägningen mellan olika principer eller värden resulterar i att man uppställer olika prioritetsordningar (jfr Alexy 1985a, 516 ff. och 1985b, 25 ff.).

Motiveringstes 4. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler prioritetsordningar mellan olika värden eller principer den uppställer.

Motiveringsprincip 4.* När en sats motiveras med stöd av principer eller värden bör man ange så många prioritetsordningar mellan olika värden eller principer som möjligt.

7.4.5 Ömsesidigt stöd och meningssammanhang

A BEGREPPET »ÖMSESIDIGT STÖD»

En och samma sats kan ingå i olika slutledningar, ibland som en antagen premiss, ibland som en slutsats. Det kan t ex hända att en sats stöder en annan och den senare samtidigt stöder den förra; p stöder q och q stöder p. M.a.o. följer q av p tillsammans med vissa tilläggssatser, och p följer av q tillsammans med andra tilläggssatser.

Ömsesidigt stöd är sålunda inget cirkelresonemang. »När begrunnelsene utformes slike det er gjort ovenfor, får de et sirkulaert preg. Men hvis man betrakter dem som delbegrunnelser som må suppleres hvis man vil gi en fullstendig begrunnelse, forsvinner sirkulariteten» (Eckhoff och Sundby 1991, 179).

Följande schematiska slutledningspar förtydligar det ovan sagda.

I.

(1) p
(2) Om r och p så q
(3) r

– – – – – – – – – – – –

(4) Slutsats: q

II.

(1) q
(2) Om s och q så p
(3) s

– – – – – – – – – – – –

(4) Slutsats: p

Ömsesidigt stöd kan ha olika karaktär: empiriska, analytiska eller normativa.

Det ömsesidiga stödet mellan p och q är empiriskt om tilläggssatserna är empiriska, analytiskt om tilläggssatserna är analytiska, och normativt om tilläggssatserna är norm- eller värdesatser.

B EMPIRISKT ÖMSESIDIGT STÖD

Ett empiriskt stöd är en relation mellan satser. Relationen återspeglar en empirisk (kausal eller åtminstone statistisk) relation mellan olika (»råa» eller institutionella) fakta.

Eftersom kausala relationer föreligger i *tiden* har begreppet »empiriskt ömsesidigt stöd» en tidsdimension.

Ett sådant stöd kan belysas av följande exempel. Påståendet

(p) en stats rättsordning innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter

stöder slutsatsen

(q) lagstiftningsprocessen i denna stat är demokratisk.

Stödet beror på den rättssociologiska hypotesen

(r) lagstiftarna påverkas faktiskt av de rättighetsbefrämjande institutionerna.

Samtidigt stöder påståendet

(q) lagstiftningsprocessen är demokratisk

slutsatsen

(p) rättsordningen innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter.

Stödet beror på den rättssociologiska tilläggshypotesen

(s) lagstiftningens demokratiska karaktär ökar chansen för att rättighetsbefrämjande institutioner existerar.

C ANALYTISKT ÖMSESIDIGT STÖD

Det ömsesidiga stödet mellan p och q är *analytiskt* om såväl steget från p till q som steget tillbaka från q till p kan förvandlas till logiskt korrekta inferenser genom att vissa analytiska satser tilläggs. Eftersom tilläggssatserna är analytiska kan det sägas i korthet att ett analytiskt ömsesidigt stöd är en analytisk relation mellan satser.

Eftersom analytiska relationer kan uppfattas som *tidlösa* har begreppet »analytiskt ömsesidigt stöd» ingen tidsdimension.

Ett sådant stöd kan belysas av förhållandet mellan begreppen »rättsstat» och »grundläggande fri- och rättigheter». Påståendet (p) att Sveriges

rättsordning innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter stöder slutsatsen (q) att Sverige är en väl utvecklad rättsstat. Stödet beror på tilläggssatsen (r) att endast en väl utvecklad rättsstat har en rättsordning som innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter. Samtidigt stöder påståendet (q) att Sverige är en väl utvecklad rättsstat slutsatsen (p) att Sveriges rättsordning innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter. Stödet beror på tilläggssatsen (s) att endast en stat som har en rättsordning med institutionella garantier för fri- och rättigheter är en väl utvecklad rättsstat.

Tilläggssatserna r och s kan uppfattas som analytiska preciseringar av begreppet »rättsstat».

En »teoricirkel» bildar ett annat exempel på analytiskt ömsesidigt stöd. En viss observationssats stöder en viss teori och den senare stöder samtidigt den förra. Närmare bestämd följer teorin av observationssatsen tillsammans med vissa *analytiska* tilläggssatser. Observationssatsen följer samtidigt av teorin tillsammans med andra sådana tilläggssatser.

Tilläggssatserna kan stödas av ytterligare sådana, varvid även ett ytterligare ömsesidigt stöd kan förekomma.

Sådana kopplingar är ofta mycket omfattande. Det kan talas om en »teorikedja». Observationssatser (»data») av ett visst slag, $data_1$, stöder en $teori_1$. Denna stöder $data_2$ som stöder $teori_2$ osv. Är dessa teorier logiskt förenliga med varandra kan de godtas på en och samma gång.

På så sätt kopplas »data» till ett stort antal teorier. Utan dessa kan observationssatsernas fullständiga mening och referens inte uppfattas. En berömd filosof har t.o.m. konstaterat att empiriska satsers referens bestäms av vetenskapen som *helhet*. (»*The unit of empirical significance is the whole of science*», Quine 1953, 42; jfr Quine 1960, 40 ff.. Quine har påverkats av Duhem, jfr Quine 1969, 80 och avsnitt 7.8.3 nedan; jfr även avsnitt 5.8.7 ovan om »säkra» satser, avsnitt 7.5.1 nedan om relevans och avsnitt 7.7.1 nedan om data).

I detta sammanhang måste följande konstateras: »Även om man på alla områden finner att data påverkas av teori, är det trots allt stor skillnad på naturvetenskap, de olika humanistiska vetenskaperna, samhällsvetenskap och etik. Inom etiken, där data är våra egna etiska uppfattningar, är datas beroende av teori särskilt stort» (Föllesdal o.a. 1993, 163).

En annan viktig skillnad är följande. Trots det ömsesidiga stödet går det i naturvetenskap att skilja mellan erfarenhet (observationsdata, iakttagelser) och teori. Man vet vilket som är vilket. Denna distinktion blir emellertid oklar i humaniora och samhällsvetenskap (jfr Stegmüller 1975,

84–85; Aarnio 1979, 154–155). Antag t.ex. att ett politiskt $parti_1$ »står till vänster» om $parti_2$. Är det en iakttagelse eller en teori?

I humaniora och samhällsvetenskap möter man dessutom en s.k. *hermeneutisk cirkel* vilken innebär att en kulturprodukt som helhet (t.ex. en roman eller ett filosofiskt verk) endast kan begripas om man förstår dess delar och delarna endast om man förstår helheten (Rescher 1977, 103).

Hermeneutisk cirkel i juridiken innebär följande. En rättsregels riktiga tolkning är endast möjlig om man förstår dess sammanhang med såväl den historiska bakgrunden som andra relevanta rättsregler. Samtidigt kan bakgrunden och sammanhanget uppfattas korrekt endast om regelns tolkning är den riktiga (se vidare Doublet och Berndt 1992, 76 ff.).

D NORMATIVT ÖMSESIDIGT STÖD

Ett normativt ömsesidigt stöd i juridik kan förekomma mellan
- en rättsregel och konkreta rättsfall;
- en allmän princip och konkreta rättsfall; och
- en allmän princip och detaljerade rättsregler.

Det sistnämnda föreligger t.ex. i de fall då en allmän princip tillsammans med vissa tillagda avvägningar »deduktivt» stöder en rad detaljerade regler medan de detaljerade reglerna tillsammans med andra tillagda normer eller värdeomdömen samtidigt »induktivt» stöder den allmänna principen. Principen »avtal skall hållas» i sammanvägning med olika därmed konkurrerande värden (såsom skydd för den svagare parten) stöder således de avtalsrättsliga bestämmelser som stipulerar påföljder för avtalsbrott m.m. Samtidigt erhåller denna princip stöd av dessa bestämmelser tillsammans med olika slags tolkningsdata.

Ett annat exempel: I Tyskland har *Bundesverfassungsgericht* länge tolkat grundlagsbestämmelsen om skydd för människans värdighet som ett uttryck för principen att »det strider mot människans värdighet att behandla en person som blott ett objekt» (BVerfGE 27, 1, 6) för myndigheternas maktutövning. Trots sin vaghet har denna princip gett stöd åt en rad avgöranden. Dessa har i sin tur stött principen.

Bundesverfassungsgericht ändrade sin uppfattning i fallet BVerfGE 30, 1, 26 men sedan återgick den till sin gamla ståndpunkt i fallet BVerfGE 45, 187, 228 (jfr Alexy och Peczenik 1990, 139).

E KOMPLEXT ÖMSESIDIGT STÖD

Ett ömsesidigt stöd kan även ha en komplexare struktur där empiriska, analytiska och normativa komponenter förenas med varandra.

Det föreligger således ett ömsesidigt stöd mellan grundlagarnas giltighet och rättens effektivitet. Följande argumentativa steg belyser detta förhållande.

1. *Från gällande grundlag till gällande lagar.* All gällande rätt stöder sig ytterst på författningen och dess giltighet. En regel är analytiskt sett (definitionsmässigt) inte gällande om dess ursprung saknar stöd i konstitutionen. Inte minst måste lagstiftningspraxis ha stöd av grundlagens gällande kompetensnormer.

2. *Från gällande lagar till effektiva lagar.* Rättsreglerna är effektiva just därför att folk vet att de är gällande. Därmed stöder sig effektiviteten empiriskt på giltigheten.

Givetvis kan medborgare handla rättsenligt utan att känna till lagen; på så sätt avhåller de sig av etiska skäl från att begå olika brott. Men i sådana fall talar man inte om lagens effektivitet, utan snarare om att den inte behövs för att styra vanliga människors beteende.

3. *Från effektiva lagar till gällande grundlag.* Samtidigt kan konstitutionen uppfattas som gällande endast om det normsystem som baserar sig på den är effektivt. Effektiviteten innebär bl.a. att en lagstiftningspraxis existerar som stöder sig på konstitutionen och att de genom denna praxis stiftade lagarna brukar följas. Såväl effektiv lagstiftningspraxis som innehållet och effektiviteten av därmed skapade lagar verkar sålunda tillbaka på kompetensnormernas giltighet.

»Gyldigheten av fastsatte normer begrunnes med at de er fastsatt i medhold av kompetansenormen. Og dennes gyldighet kan bli begrunnet med at den er godtatt i praksis ved at det er fastsatt normer i medhold av den, og ved at disse har oppnådd anerkjennelse» (Eckhoff och Sundby 1991, 178).

Att en grundlagsenlig lagstiftningspraxis skapar effektiva lagar kan vara en *orsak* till att de i grundlagen fastslagna kompetensnormerna anses vara gällande.

De med stöd av grundlagens kompetensnormer skapade lagarna kan även ingå i en *logisk slutledning* som stöder slutsatsen att grundlagen är gällande. Effektiviteten är som sagt ett viktigt kännetecken på rättsordningens externa giltighet, och därmed ett kännetecken på att dess för-

fattning är gällande rätt (se strax ovan). En viss grad av effektivitet är t.o.m. ett *nödvändigt* villkor för giltigheten.

Ömsesidigt stöd med analytiska, normativa och kausala komponenter förekommer i så olika discipliner som juridiken, etiken och logiken. Prawitz (1985, 28 ff.) har som sagt konstaterat följande. »Rättsvetenskapsmannen söker hitta allmänna principer som ligger bakom lagstiftningen inom ett område och som sammanfattar etablerad rättspraxis». Lagstiftningen och praxis ger således vetenskapen analytiskt stöd. Men rättsvetenskapsmannen »kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på rättspraxis» (id.). Närmare bestämt uttrycker han genom detta arbete vissa normativa och värderande synpunkter som kommer att kausalt påverka praxis. »Vi har en i god mening cirkulär process av principiellt samma slag som återfinns inom många områden såsom etikens och logikens» (id.).

F MOTIVERINGSKRAV PÅ ÖMSESIDIGT STÖD?

Det ovan sagda visar att ömsesidigt stöd kan utgöra en sammanhängande motivering. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en teori som omfattar sådana ömsesidiga empiriska, analytiska och normativa sammanhang rikare, med ett bättre sammanhang mellan sina beståndsdelar, än en teori som inte gör det.

Visserligen hade det varit ännu bättre om den ifrågavarande teorin kunnat motiveras med stöd av ett stort antal djupgående skäl som själva är så säkra att ingen ömsesidig motivering behövs. Men sådana säkra fundament för en teori är inte alltid tillgängliga, utan slutsatserna måste stödas på osäkra grunder. I osäkerhetssituationerna kan ömsesidigt stöd ha sitt värde. De osäkra grunderna hade blivit något mindre osäkra om de kunde stödas på ytterligare grunder. Men då inga fristående sådana finns är det bättre att utnyttja den kanske föreliggande möjligheten att åter stöda »grunderna» på slutsatserna än att godta de osäkra grunderna utan någon motivering alls.

Att kravet på ömsesidigt stöd har en så pass stor betydelse hänger samman med sammanhangsteorins väsen. Jfr avsnitt 5.8.6B och 5.8.7D-G ovan. »Enligt koherentismen kan man inte skilja mellan fundamentala och icke-fundamentala åsikter. Koherentismen innebär att det är rationellt att hålla fast vid de åsikter man har, om de hänger ihop med ens övriga åsikter – och detta även om man inte har tillgång till något bevis för dem... De enskilda åsikter som ingår i en sådan åsiktsmängd kan hänga ihop därigenom att de dels är logiskt förenliga och dels implicerar – eller impliceras

av, eller förklarar, eller utgör evidens för – varandra» (Bergström 1990, 100).

Följande motiveringsteser och principer motsvarar detta förhållande.

Motiveringstes 5.1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler ömsesidiga empiriska stödrelationer mellan olika satser som den innefattar.

Motiveringsprincip 5.1.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många ömsesidiga empiriska stödrelationer mellan olika satser som möjligt.

Motiveringstes 5.2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler ömsesidiga analytiska stödrelationer mellan olika satser som den innefattar.

Motiveringsprincip 5.2.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många ömsesidiga analytiska stödrelationer mellan olika satser som möjligt.

Motiveringstes 5.3. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler ömsesidiga normativa stödrelationer mellan olika satser som den innefattar.

Motiveringsprincip 5.3.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många ömsesidiga normativa stödrelationer mellan olika satser som möjligt.

7.5 Relevans

7.5.1 Relevans och relevant stöd

A OLIKA DISCIPLINER

Mänsklig kunskap och argumentation kan delas upp i olika kategorier (typer, discipliner, former, nivåer) såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap m.m. Bland dessa kategorier måste man nämna etisk och juridisk

argumentation. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger stöd åt olika slutsatser.

B RELEVANSBEGREPPET

Argumentationens uppdelning i olika kategorier medför att man inom varje kategori förfogar över olika mängder relevanta satser. Varje argumentationskategori har sina egna måttstockar för relevans.

Språkliga konventioner medför att det överhuvudtaget är *språkligt naturligt* (dvs. inte besynnerligt) att åberopa vissa satser i en viss argumentationstyp. I fysik är det t.ex. språkligt naturligt att åberopa det man ser och hör men knappast religiösa uppenbarelser.

Vissa (språkligt naturliga) satser är relevanta i den ifrågavarande argumentationstypen, andra är det inte. En sats är således *relevant* om vår kultur tvingar oss till att beakta den i denna argumentationsnyp. I fysik måste man således ta ställning till rapporter om genomförda fysiska experiment. Alla normala människor som har expertkunskap på det ifrågavarande området uppträder som om de hade tagit för givet att dessa satser inte får ignoreras. Däremot får de relevanta satserna kritiseras med användning av motskäl. Det går t.ex. att ifrågasätta experimentets trovärdighet.

Det ovan sagda gör det möjligt att införa begreppet relevant stöd.

En bestämd sats ger relevant stöd åt en annan sats i den ifrågavarande argumentationstypen om, och endast om,

1) den förra tillhör en viss satsmängd av vilken den senare logiskt följer; och

2) denna satsmängd endast omfattar rimliga satser som är relevanta i denna argumentationstyp.

Vår kultur tvingar oss först och främst att beakta sådana typer av argument som redan *etablerat sig* i den ifrågavarande argumentationstypen (primär relevans). Kulturen tvingar oss *dessutom* att beakta vissa »nya» argumentslag som inte är på detta sätt etablerade men som *kan stödas av en sammanhängande beskrivning* av de etablerade argumenten (*sekundär* relevans). Elektriska fenomen var inte primärt relevanta för 1700-talets fysik men vann relevans i den takt de kunde knytas samman med den redan etablerade vetenskapen.

Vårt språk medger sålunda att listan på de inom en viss argumentationstyp relevanta satserna ständigt ändras. Vår kultur tvingar oss att beakta förändringarna. Relevanta satser borde egentligen betecknas som »relevanta här och nu, vid oförändrade förhållanden» (*rebus sic stantibus*).

C ETISK RELEVANS

En *prima facie* värde- eller normsats är ett *etiskt* relevant skäl om vår etiska kultur tvingar oss att beakta den vid en etisk avvägning. De etiskt relevanta skälen får kritiseras med användning av motskäl men får inte ignoreras. De etiskt relevanta skälen omfattar framför allt olika i samhällets historia och praxis förankrade principer och motsvarande värden, såsom rättvisa, sanning, liv, frihet, integritet, ägande, miljö, ordning, framsteg m.m. (se avsnitt 5.8.2F ovan). Dessutom har den etablerade *prima facie*-rätten också en viss etisk relevans (se avsnitt 6.1 ovan).

D SÄRSKILD RELEVANS

Vissa argument kan vara *särskilt* relevanta i den ifrågavarande argumentationstypen, dvs. ha en särställning. (Angående en generell idé om satser som har en särställning inom en teori jfr Quine 1961, xii ff. och Lakatos 1970, 132 ff.). I vetenskapen kan ett förkastande av sådana särskilt relevanta satser innebära ett s.k. forskningsprogram- eller paradigmskifte, se avsnitt 4.5 ovan.

Särställningen kan ha olika karaktär.

Den kan t.ex. innebära att vissa argument *väger* särskilt tungt. Visserligen kan motskälen ha en ännu större vikt, men för att visa att så är fallet krävs det en synnerligen djupgående och omfattande argumentation. Vissa etiska värden, framför allt mänskligt liv, kan således uppfattas som särskilt relevanta i etisk argumentation, eftersom de *prima facie* väger tyngre än andra värden.

Särställningen kan innebära att vissa argument är ägnade att i olika såväl normativa som kausala sammanhang besvara frågan *»varför?»*, dvs. stöda påståendet att x föreligger *därför att* y föreligger. Svaret på en fråga »varför?» är detsamma som en (kausal eller normativ) förklaring.

Naturvetenskapen t.ex. uttalar inte blott satser om vissa betingelser för föreliggande fakta utan även kausalsatser som utpekar orsaker. Varför dör skogen i Sachsen? Därför att man där förbrukar stora mängder brunkol. Det finns emellertid ett oändligt antal nödvändiga villkor för skogsdöden, däribland att träden har en bestämd ämnesomsättning, att klimatet är som det är m.m. Men alla sådana villkor förpassas till processens »normala bakgrund», medan brunkolsanvändningen upphöjs till dess orsak. En orsak är inte blott ett nödvändigt villkor (*conditio sine qua non*) utan ett villkor som besvarar frågan »varför?» (*conditio per quam*, jfr Kelsen, t.ex. 1960, 197).

Villkorslogiken har inga medel för att definiera den kausala nödvändigheten. Skillnaden mellan orsak och övriga nödvändiga villkor kan inte heller påvisas

empiriskt utan måste uppfattas som ett förutsatt *a priori* postulat, jfr Kant 1781, B 233-235; Burks 1977, 619). Visserligen kan det sägas att orsakssammanhang grundas på naturlagarna (jfr Peczenik 1979, 333 ff.) men begreppet »naturlag» är inte heller lätt att analysera.

Vissa argument är särskilt relevanta i etisk argumentation eftersom de är ägnade att besvara frågan »varför?» i en *normativ* bemärkelse. Även om vissa etiska system kräver t.ex. att man hjälper sina fiender är det språkligt besynnerligt att säga »A bör hjälpa B *därför att* B är A:s fiende». Å andra sidan är det helt naturligt att säga »A bör hjälpa B *därför att* B är A:s vän». För att förklara denna skillnad räcker det inte med att påpeka att slutsatsen »A bör hjälpa B» logiskt följer från satsen »B är A:s vän» tillsammans med rimliga och etiskt relevanta tilläggspremisser. Slutsatsen »A bör hjälpa B» följer ju även från satsen »B är A:s fiende» tillsammans med det kristna påbudet »älska dina fiender».

Särställningen kan även innebära att vissa argument är *nödvändiga* för att i den ifrågavarande argumentationstypen härleda centrala eller särskilt betydelsefulla slutsatser. En stor del av etiken skulle sålunda framstå som obegriplig om man t.ex. tog bort satsen »lika skall behandlas lika».

Olika typer av särskild etisk relevans kan kanske knytas samman. Om principen »lika skall behandlas lika» uppfattas som *nödvändig* inom etiken så är det naturligt att säga »A bör behandlas lika som B *därför att* A och B är lika».

Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten m.m. har en särställning i juridisk argumentation. Oavsett vilken juridisk motivering som man föredrar, m.a.o. vilken alternativ satsmängd som man väljer för att juridiskt motivera en slutsats, måste åtminstone en rättskälla beaktas eller på något sätt öva inflytande på argumentationen. Se närmare avsnitt 3.1 och 3.2 ovan.

E NÖDVÄNDIGT STÖD

Den sistnämnda iakttagelsen gör det angeläget att införa begreppet »nödvändigt stöd».

Vissa slags observationer kan t.ex. uppfattas som ett nödvändigt stöd för naturvetenskapliga teorier. En viss observationssats kan ge ett nödvändigt stöd åt en viss naturvetenskaplig teori. Teorin följer då av denna observationssats tillsammans med vissa relevanta tilläggssatser. Teorin följer å andra sidan inte av någon mängd relevanta satser som inte omfattar denna observationssats. Nödvändigt stöd i juridiken har behandlats i avsnitt 3.1.1B och 3.2.4A ovan.

En bestämd sats, p, ger nödvändigt stöd åt en bestämd slutsats i den ifrågavarande argumentationstypen om, och endast om,

1) p tillhör åtminstone en mängd av satser varav ingen är vare sig
- irrelevant i denna argumentationstyp; eller
- bevisligen falsk respektive inte riktig;

2) slutsatsen följer logiskt av p;

3) alla satser som tillhör denna mängd är nödvändiga för att härleda slutsatsen; dvs. slutsatsen följer inte av den ifrågavarande satsmängden om någon av dem har avlägsnats därifrån; *och*

4) p är nödvändig även i en starkare bemärkelse; slutsatsen följer nämligen inte heller av någon annan mängd satser som är relevanta i den ifrågavarande argumentationstypen men inte omfattar p.

Det som är nödvändigt i en viss argumentationstyp är således sällan ett visst konkret argument. Oftast rör det sig om *något* argument som tillhör ett visst argumentationsslag, t.ex. någon empirisk observation eller något slags experiment. Vad skulle t.ex. återstå av fysiken om man inte längre fick åberopa experiment? Vad skulle återstå av juridiken om man inte längre fick åberopa vare sig lagen eller sedvanan?

F MOTIVERINGSKRAVET AVSEENDE SÄRSKILD RELEVANS

Följande motiveringskrav preciserar den roll som spelas av de premisser vilka inom den ifrågavarande argumentationsformen har en särställning:

Motiveringstes 6. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering i den ifrågavarande argumentationstypen ju fler av dess satser som har stöd av särskilt relevanta satser i denna argumentationstyp.

Motiveringsprincip 6.* Man bör i den ifrågavarande argumentationstypen beakta så många satser som möjligt som har särskild relevans i den.

7.5.2 Relevans och argumentkedjor

A PROBLEMSTÄLLNING
– VARFÖR FINNS DET ARGUMENTKEDJOR?

Relevansteorin möjliggör en fruktbar behandling av nyckelfrågan om argumentkedjors betydelse för kunskapen.

Anta att en argumentkedja föreligger, dvs. satsen_1 stöder satsen_2 och satsen_2 stöder satsen_3. Uttryckt exaktare innebär det att

- satsen$_2$ logiskt följer av satsen$_1$ tillsammans med vissa tilläggssatser, t.ex. satsen$_4$ och satsen$_5$; och
- satsen$_3$ logiskt följer av satsen$_2$ tillsammans med t.ex. satsen$_6$ och satsen$_7$.

Kan då inte mellansteget satsen$_2$ undvaras? Kan det inte i stället helt enkelt sägas att satsen$_3$ logiskt följer av satsen$_1$ tillsammans med satsen$_4$, satsen$_5$, satsen$_6$ och satsen$_7$? Är inte detta en »riktig» logisk rekonstruktion? Är inte talet om argumentkedjor blott en av logiker föraktad »psykologism»?

Hade detta förenklade uttryckssätt exakt samma mening som motsvarande argumentkedja skulle kedjan egentligen upplösas. Det enda som skulle kvarstå är en logisk slutsats av ett antal satser. Idén om argumentkedjor bildar emellertid kärnan i sammanhangs- och motiveringsteorin (se avsnitt 7.4.2 ovan). På så vis skulle teorin falla sönder.

B ARGUMENTKEDJOR OCH ARGUMENTATIONSNIVÅER

För att försvara teorin om argumentkedjor kan man först och främst rikta uppmärksamhet på följande samband. Endast om argumentationen framställs som en kedja av olika steg, kan skilda argumentationstyper – såsom fysik och biologi, etik och juridik m.m. – etableras. Först konstateras det att satsen$_2$ ger ett i den ifrågavarande argumentationstypen nödvändigt stöd åt satsen$_3$ och sedan – *kanske i en annan argumentationstyp* – fastslås det att ett mer djupgående skäl, satsen$_1$ ger ett nödvändigt stöd åt satsen$_2$. På så sätt kan mänskligheten totala kunskap och argumentation delas upp i olika nivåer. Denna uppdelning är svår att uttrycka om man i stället för argumentkedjor endast talar om *en* komplex logisk slutledning.

C ARGUMENTATIONENS FAKTISKA UPPDELNING I OLIKA TYPER

Samtidigt bekräftas argumentationens uppdelning i olika typer av vissa historiska och psykologiska fakta. Kunskapstillväxt, såväl i vetenskapshistoria som i en individs utveckling, sker stegvis varvid allt längre argumentkedjor uppstår, vilka uppdelas mellan olika argumentationstyper.

D VARFÖR FINNS DET OLIKA ARGUMENTATIONSTYPER? EN KAUSALFÖRKLARING

Argumentationens uppdelning i olika nivåer (kategorier) orsakas bl.a. av en nödvändig arbetsdelning. Den totala kunskapsmassan kan inte behärs-

kas av någon individ. Ingen människa kan besitta en fullständig kunskap om allting. Därför uppstår olika specialiserade discipliner, ämnen och yrken.

E EN HYPOTES OM KUNSKAPENS BESTÅENDE STRUKTUR

Argumentkedjor, särskilt relevanta satser och motsvarande argumentationsnivåer återkommer gång på gång i många olika sammanhang. Det är följaktligen rimligt att anta att de har något att göra med kunskapens bestående struktur.

Hade nivåerna eliminerats skulle sålunda en viktig insikt i kunskapens struktur gått förlorad. En sammanhangs- och motiveringsteori som möjliggör distinktion mellan nivåerna är därför bättre än en sådan som inte gör det.

F VARFÖR FINNS DET ARGUMENTKEDJOR, SÄRSKILT RELEVANTA SATSER OCH ARGUMENTATIONSNIVÅER? INRE SAMMANHANG INOM EN ARGUMENTATIONSTYP

Varje sådan kategori karakteriseras som sagt av vissa grundläggande premisser som ger stöd åt olika slutsatser.

Argumentationens uppdelning i olika nivåer respektive kategorier medför att man inom varje kategori har tillgång till grundantaganden vilka stöder en stor mängd slutsatser. På så sätt ökar argumentationsnivåns eller argumentationskategorins interna sammanhang. Att så är fallet följer bl a av den ovan angivna motiveringstes 3.1: Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som har stöd av en och samma premiss. Å andra sidan skulle det vara mycket svårt att finna gemensamma grundantaganden för all mänsklig kunskap och all argumentation.

G VARFÖR FINNS DET ARGUMENTKEDJOR, SÄRSKILT RELEVANTA SATSER OCH ARGUMENTATIONSNIVÅER? ANTAGANDET OM INRE SAMMANHANG OCH SANNING

Följande antagande är därför rimligt. Genom att öka argumentationens interna sammanhang medför argumentationens uppdelning i olika nivåer (kategorier, discipliner) en ökad sannolikhet för att de ifrågavarande disciplinerna innehåller en *sann* kunskap.

En teoris interna sammanhang uppfattas här som en indikation på att det i verkligheten är just så som den säger. M.a.o. kan följande hävdas: Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en mängd satser desto

närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering denna mängd har (se avsnitt 8.4.3 nedan).

7.6 Generalitet

7.6.1 Allmänt om begreppens generalitet

A SAMBANDET MELLAN EGENSKAPER HOS EN TEORIS STÖD OCH EGENSKAPER HOS DESS BEGREPP

Det finns ett analytiskt samband mellan egenskaper hos en teoris stöd och egenskaper hos *begrepp*. Ingen stödstruktur i den ovan behandlade bemärkelsen är möjlig utan sådana *logiska* begrepp som »om... så». Många stödstrukturer är möjliga tack vare relationer mellan vissa andra, t.ex. etiska och juridiska begrepp.

I idéhistorien finns det både exempel på filosofer som betonade begrepp, t.ex. Hegel, och sådana som betonade satser, t.ex. många logiker under första hälften av 1900-talet. Den klassiska tyska begreppsjurisprudensen betonade begrepp, men många av dess teser kan översättas till påståenden om stödrelationer mellan satser.

En teoris inre sammanhang beror även på hur pass generella dess begrepp är (se strax nedan) och hur väl sammanbundna de är med andra teoriers begrepp (se avsnitt 7.6.2 nedan).

B INLEDANDE ANMÄRKNING OM GENERALITET

Ett motiveringskrav gäller således begreppens och argumentens generalitet i vidsträckt mening (jfr Hare 1972/73, 2 ff.).

I detta sammanhang kan man tala om (a) universalitet, (b) generalitet i strikt mening och (c) likhet.

C UNIVERSALITET

Universalitet består i att man använder begrepp vilka betecknar alla föremål av en viss klass, inte namn på individuella ting. Universalitet utgör en nödvändig betingelse för en teoris sammanhängande motivering. En »teori» som endast använder namn på individuella ting och inga begrepp är knappast tänkbar. Den har ju inget större informationsinnehåll. Vad skulle man kunna säga om ens ordförråd blott hade bestått av namn, sådana som »Fido», och inte omfattat några begrepp, sådana som »hund»?

Varje etisk *prima facie* sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag (jfr avsnitt 5.4.1 ovan om Hares teori). Etikens universalitet har en urgammal förhistoria, omfattande t.ex. bibelns bud: behandla inte andra som du inte själv vill behandlas, jfr t.ex. Hobbes 1651, kap. 14: *quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.* I detta sammanhang kan det även erinras om *Kants* kategoriska imperativ: handla endast efter den maxim om vilken du kan vilja att den också skall vara en allmän lag (1785, BA52: *handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*).

En förnuftig tankeverksamhet bestämmer vad som således »kan» önskas. »Den bärande tanken... synes vara följande: Ett flertal... individer som förenas i ett samhälle har en mängd motstridiga intressen... Hade olika krafters och intressens fria spel varit den enda styrande faktorn..., skulle resultatet vara ett kaos... Mot detta är nu enligt Kant den förnuftiga reflexionen om handlingsmaximerna det enda, men också tillräckliga hjälpmedlet» (Patzig 1980, 162 ff.).

Enligt min mening måste denna reflexion omfatta en *avvägning*. Det kategoriska imperativet blir däremot omstritt om det uppfattas som en logiskt tillräcklig grund för *avvägningsfria* slutsatser om att bestämda och generella normer, t.ex. förbudet att döda, är slutgiltigt bindande, oavsett konsekvenserna; jfr avsnitt 5.8.3D ovan.

D GENERALITET I STRIKT MENING

Ju mer omfattande den klass av föremål är som det ifrågavarande begreppet betecknar desto mer generellt är begreppet (jfr Hare 1972/73, 2 ff.).

Denna form av generalitet spelar en stor roll såväl i etiken som i rätten.

Den etiska och juridiska principen »lika skall behandlas lika» är inte rent logisk utan uttrycker generalitet i strikt mening. Hävdar någon att två personer skall behandlas olika har denna ståndpunkt inte någon *etisk* karaktär om den inte kan motiveras med en mängd *rimliga* satser som anger skillnaden mellan dessa personer och därmed stöder den olika behandlingen. Omvänt, om någon hävdar att två personer skall behandlas lika förutsätter han att de tillhör samma väsentliga kategori. Väsentlighetsbedömningen måste då stöda sig på rimliga skäl. Kravet på rimligt stöd är starkare än den logiska universaliteten.

Chaim Perelmans s.k. formella rättviseprincip uttrycker universalitetskravet. Den kräver nämligen att människor som tillhör samma väsentliga kategori skall be-

handlas lika. Eftersom den väsentliga kategorin kan omfatta antingen alla individer eller definieras efter sådana egenskaper som förtjänst, utfört arbete, behov m.m. måste även olika (generalitets)principer för rättvisa i en »materiell» (dvs. inte blott formell) mening formuleras och jämkas samman, t.ex.

- varje individ skall behandlas likadant som varje annan,
- varje individ skall behandlas i proportion till sina förtjänster, och
- varje individ skall behandlas i proportion till sina behov; jfr avsnitt 5.5.2 ovan.

Rätten uppvisar generalitet i strikt mening bl.a. tack vare allmänna delar i olika länders strafflagar, vilka generellt behandlar sådana frågor som uppsåt, straffrihetsgrunder m.m. angående alla klassiska brottstyper. Sådana civillagar som den tyska BGB har också en allmänn del.

I juridisk argumentation använder man dessutom ofta generella argument förankrade i praktisk filosofi, t.ex. då man hävdar att straffrättsligt ansvar utan culpa skulle vara orättvist.

Juristerna utvecklar även generella teorier, såväl samhällsvetenskapliga som rättsdogmatiska. De sistnämnda kan ge generella svar på sådana normativa frågor som vad som bör utgöra straffets ändamål (att avskräcka, att bättra, att vedergälla osv.), vad som bör anses bilda ett adekvat orsakssamband, eller när äganderätten bör anses övergå från säljaren till köparen. Se närmare avsnitt 4.4 ovan. Teorierna stöder sig på s.k. juridisk induktion och omfattar generella hypoteser, jfr avsnitt 4.5 ovan.

E BEGREPPSLIG FAMILJ

En begreppslig familj finns då det ifrågavarande begreppet betecknar en rad fenomen varav det ena liknar det andra, det senare liknar ett tredje sådant osv.

Detta slags generalitet i den juridiska argumentationen visar sig genom att man använder olika slags analogislut, bl.a. *analogia intra legem* (jfr avsnitt 4.9 ovan).

Inte endast teorier utan även konkreta juridiska beslut har ett samband med generalitetskraven. Besluten är konkreta men deras motivering kan vara generell i alla de ovan angivna betydelserna. I vissa fall skall domstolen explicit ange en generell motivering, i andra är det tillräckligt att en sådan kan tänkas.

F MOTIVERINGSTESER OCH MOTIVERINGSPRINCIPER OM GENERALITET

Följande motiveringsteser och principer belyser betydelsen av generalitet.

Motiveringstes 7.1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler satser den omfattar, vilka inte innehåller några individuella namn.

Motiveringsprincip 7.1.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin omfattar så många satser som möjligt, vilka inte innehåller några individuella namn.

Motiveringstes 7.2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler generella begrepp den använder och ju mer generella de begrepp är som den använder.

Motiveringsprincip 7.2.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många generella begrepp som möjligt, och dessa bör vara så generella som möjligt.

Motiveringstes 7.3. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju större antal begrepp den använder som liknar varandra.

Motiveringsprincip 7.3.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många begrepp som möjligt som liknar varandra.

G GENERALITET OCH ENKELHET

Generalitetskravet hänger samman med det kända och naturliga kravet på enkelhet. Det sägs ofta att en koherent åsiktsmängd är så enkel som möjligt (jfr t.ex. Bergström 1990, 102). Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en teori enklare ju fler generella begrepp den använder och ju mer generella de begrepp är som den använder.

7.6.2 *Mer om generalitet – begreppsligt förhållande mellan olika teorier*

Olika teorier hänger samman till en grad som bestäms av likhet mellan de begrepp, strukturer, regler m.m. som de använder.

Följande motiveringsteser och principer preciserar detta förhållande.

Motiveringstes 8.1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden hänger olika teorier mer samman ju fler gemensamma begrepp de använder.

Motiveringsprincip 8.1.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många begrepp som möjligt, vilka även ingår i andra teorier.

Motiveringstes 8.2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden hänger olika teorier mer samman ju fler begrepp den ena använder, vilka liknar motsvarande begrepp inom den andra.

Motiveringsprincip 8.2.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin innehåller så många begrepp som möjligt, vilka liknar de som ingår i andra teorier.

Ett par exempel belyser frågan.

- Den deontiska logiken uppvisar en strukturlikhet med modallogiken; den förra bearbetar relationer mellan olika slags normativa satser som uttrycker påbud, tillåtelser m.m., den senare behandlar relationer mellan det möjliga och det nödvändiga. Följaktligen kunde logikerna använda de modallogiska relationerna som ett mönster för att besvara vissa urgamla frågor om förhållanden mellan olika normativa begrepp (jfr den banbrytande uppsatsen av G.H. v. Wright, 1957, 58 ff.). I denna mening hänger den deontiska logiken samman med modallogiken.
- Ekonomisk begreppsbildning, såsom »Paretooptimalitet» och »indifferenskurvor» kan likaledes användas som ett mönster för problemlösningar avseende juridisk och etisk avvägning (jfr Alexy 1985, 100 ff. och 145 ff.).

7.7 En teoris räckvidd

7.7.1 Sammanhang och data

A HUVUDTESEN

En sammanhängande teori förklarar en stor mängd data. Följande motiveringsteser och principer belyser detta förhållande.

Motiveringstes 9. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju större mängd data den förklarar.

Motiveringsprincip 9.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin förklarar så stor mängd data som möjligt.

B SKEPTIKERNS FRÅGA

Frågan om data är av grundläggande betydelse, eftersom en skeptiker kan ställa följande principiella fråga. Kan inte en dröm eller en saga vara mer sammanhängande än sanningen? Skeptikerns fråga måste kunna besvaras med ett »nej»; i annat fall skulle sammanhängande motivering vara värdelös. Begreppet »sammanhängande motivering» måste sålunda tolkas på så sätt att en teori antas ha mer sammanhängande motivering ju större mängd data den förklarar.

C SAMMANHÄNGANDE MOTIVERING SOM ETT »FILTER» FÖR »DATAKANDIDATER»

Ingen exakt definition av »data» behövs i detta sammanhang. Det räcker med följande antaganden.

1) Datasatser har en viss särställning, eftersom de tas för givna *prima facie*, som argumentationens *utgångspunkt*. Men ingen datasats är immun mot modifikationer. Argumentationens slutgiltiga *resultat* kan bestå av att de ursprungligen förutsatta datasatserna modifieras eller t.o.m. elimineras.

2) Datasatsernas särställning består dessutom i att ingen person på en och samma gång kan förkasta ett betydande antal av de inom den ifrågavarande argumentationstypen godkända datasatserna och ändå anses bedriva detta slags argumentation. Jfr avsnitt 5.8.6 och 5.8.7 ovan om »säkra» satser.

Ordet »empirism» kan »användas så att en empirist kan vara koherentist. En koherentist kan ju lägga särskild vikt vid sina åsikter om observerbara förhållanden, och han eller hon kan dessutom anse att alla teorier om verkligheten bör

kunna förklara några empiriska observationer» (Bergström 1990, 102). Förvisso kan observationssatsernas fullständiga mening och referens inte uppfattas teorifritt, jfr avsnitt 7.4.5C – »*The unit of empirical significance is the whole of science*», Quine 1953, 42. Men själva distinktionen mellan data och teori låter sig göras. En observationssats kan t.ex. karakteriseras som en sats som uppfattas likadant av alla som använder samma språk och utsetts för samma sinnesstimulans (»*an observation sentence is one on which all speakers of the language give the same verdict when given the same concurrent stimulation*», Quine 1969, 86 ff.).

3) Men inte enbart datasatser har en sådan särställning. Även vissa generella riktlinjer för deras bearbetning, t.ex. olika vetenskapliga metoder, är *prima facie* säkra i denna mening.

4) Antag att man beaktar *alla* åsikter och ståndpunkter som finns i ens miljö, inklusive observationsdata, olika vetenskapers antaganden, vardagliga erfarenhetssatser, hypoteser och gissningar, filosofiska insikter och t.o.m. religiös erfarenhet och drömmar. Därmed skaffar man sig en bred databas, vilken omfattar alla »datakandidater», dvs. satser som kan tänkas vara olika slags data. De andra motiveringsprinciperna, vilka kräver såväl hög komplexitet hos en stödstruktur (1-6) som de begagnade begreppens generalitet (7 och 8) utgör då ett »filter» som sållar bort tvivelaktiga »datakandidater». De är m.a.o. i många fall tillräckliga för att skära bort drömmarna, metafysiken och uppenbarelserna. Det som stannat kvar är rimliga teoretiska och praktiska satser, däribland sådana som är säkra i den ovan utvecklade bemärkelsen samt sådana som tas för givna inom juridiken och vetenskapen, t.ex. rättsfallsreferat eller naturvetenskapliga experiment.

Vissa *juridiska* data utpekas dessutom direkt av motiveringsprincipen 6, som kräver att olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat och lagens förarbeten tilldelas en särställning inom den juridiska argumentationen.

5) Man får sålunda hoppas att den så fastställda datamängden kommer att omfatta

- det som spontant brukar uppfattas som uppenbart var för sig, t.ex. »det här är min hand», »andra människor liknar mig själv» och »jorden fanns för hundra år sedan»;
- dessutom olika *prima facie* säkra observationsdata och generella riktlinjer för deras bearbetning; och till sist
- olika, intentioner, intressen, värderingar, tolkningar m.m.

7.7.2 Antal livsområden

Ur en annan synvinkel är en teori mer sammanhängande (och dess räckvidd större), ju mer olikartade de fall är på vilka den är tillämplig. En teori som kan tillämpas på olikartade fall brukar uppfattas som framgångsrik och viktig.

En viss logisk kalkyl kan således uppfattas som viktig eftersom den är tillämplig på såväl modallogik som deontisk logik. En generell teori om avtagande nytta kan uppfattas som viktig eftersom den tillämpas på så skilda områden som ekonomi, juridik och etik.

En teori eller en mängd teorier kan närma sig maximal räckvidd om den täcker nästan alla livsområden. De viktigaste fysiska, kemiska och biologiska teorierna hänger således argumentativt och begreppsligt samman med nästan alla livets dimensioner.

Å andra sidan kan vissa politiska ideologier och religioner, ja t.o.m. en skickligt skriven science fiction, kanske uppfylla många andra motiveringskrav, men de saknar samband med de flesta livsområden. Hade en sådan fiktion varit förankrad i vardagslivets mångfald, dvs. så väl hängt samman med livets olika områden att den i samma mån som olika fysiskt, biologiskt och sociologiskt konstaterbara villkor påverkat en individs vardagliga handlingar, så skulle den inte längre vara någon fantasiskapelse utan en sammanhängande och sannolikt sann teori.

Också rättsordningen bildar en komplex helhet som täcker många livsområden. *Tore Strömbergs* analys av bestämmelserna om fel i sålt gods bildar ett intressant exempel. Författarens försök att utarbeta en »lathund för lagläsare» (skämtsamt kallad för »laghund») har lett till följande slutsatser. »Om man vidare gör tankeexperiment, att laghunden kunde återge allt som rättssystemet innehåller om 'fel i försålt bestämt gods', skulle man... kunna få fram Rättsregeln med stort R... Jag är övertygad om att det inte står i mänsklig makt att i ord uttrycka hela denna vidunderliga regel... Regeln är väldig som Midgårdsormen, vilken omslingrade hela jordskivan. Dess försats är oformligt stor med alla sina konditioner, vilka måste vara oräkneliga» (1969, 204). Eftersatsen får »ofta sin mening av andra Rättsregler, ja, ibland kanske rentav av samma Rättsregel. Rättssystemet såsom helhet blir på detta sätt utan begynnelse och utan ända. Även häri liknar det Midgårdsormen, som biter sig själv i stjärten» (id. 205). Förvisso har dessa ord skrivits för ett annat ändamål, men för oss belyser de rättens komplexa sammanhang med livets mångfald.

Följande motiveringskrav återspeglar det ovanstående.

Motiveringstes 10.1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en teoris motivering mer sammanhängande ju fler livsområden berörs av motiveringen.

Motiveringsprincip 10.1.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin respektive motiveringen omfattar så stort antal livsområden som möjligt.

Visserligen kan mänsklig kunskap och argumentation delas upp i olika kategorier såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap och annat. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger relevant stöd åt olika slutsatser (se ovan om motiveringstes 6). Sambandet mellan t.ex. naturvetenskaper och historia eller sociologi är följaktligen inte tillräckligt för att hela komplexet skall kunna uppfattas som en sammanhängande helhet. Men olika discipliners inbördes isolering är inte fullständig. Våra institutioner och deras historia har åtminstone det sambandet med fysik, kemi och biologi att de finns i ett universum underkastat fysiska och kemiska lagar och måste följa människans biologiska begränsningar. Samhälleliga institutioner som åsyftar det fysiskt eller biologiskt omöjliga är självfallet inte livsdugliga.

Följande motiveringskrav belyser detta förhållande.

Motiveringstes 10.2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler andra teorier som hänger samman med den och ju starkare sambandet är.

Motiveringsprincip 10.2.* När en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin hänger så väl samman som möjligt med så många andra teorier som möjligt.

Tesen 10.2 och principen 10.2* har inte formulerats tidigare, men de följer indirekt av Alexy och Peczenik 1990.

7.8 Avvägning mellan olika motiveringskrav

7.8.1 Sammanjämkning

Jag har redan sagt att inget motiveringskrav självständigt bestämmer i vilken grad teorins motivering är sammanhängande. Tvärtom, måste olika motiveringskrav jämkas samman, eftersom de kan konkurrera med varandra: det ena kan i vissa fall uppfyllas mer just därför att det andra uppfylls mindre.

Beakta t.ex. motiveringstes 1, att en teori har mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som stöds med skäl. Denna tes gäller endast »vid i övrigt oförändrade förhållanden». De andra motiveringsprinciperna kan rättfärdiga det faktum att relativt många satser tillhörande en teori inte har något stöd utan blott tas för givna. Så är t.ex. fallet då teorin också innehåller många datasatser, många generella begrepp, mycket långa argumentkedjor m.m.

Motiveringstes 2, att en teori har mer sammanhängande motivering ju längre argumentkedjor den innehåller, måste likaledes jämkas samman med generalitetsteserna 7.1–7.3. och datatesen 9. Argumentkedjorna kan krympa då begreppen blir generellare eller då teorin förklarar ett stort antal data. En komplex avvägning behövs för att besvara frågan vilken teori som är mest sammanhängande, den som innehåller längst argumentkedjor, den som omfattar störst antal data eller den vars begrepp är generellast.

För att bestämma en teorins sammanhangsgrad (m.a.o. dess koherensgrad) måste man således utföra en avvägningsakt.

Dessutom kan motiveringskraven stundtals jämkas samman med andra värden, t.ex. effektiviteten. En brandsoldat i aktion bör t.ex. hellre lyda order än ständigt begära tidskrävande motivering. *Denna* avvägning kan ha en etisk karaktär.

Viktigast är sammanjämkningsbehovet mellan en teoris interna koherens och dess koherens med andra teorier. Ett särfall gäller olika argumentationstyper. Motiveringsprincip 6*

man bör i den ifrågavarande argumentationstypen beakta så många satser som möjligt som har särskild relevans i den

måste sålunda jämkas samman med motiveringsprincip 10.2*

när en slutsats motiveras med stöd av en teori bör man se till att teorin hänger så väl samman som möjligt med så många andra teorier som möjligt.

Förvisso måste en ökning av internt sammanhang inom t.ex. juridisk argumentation »betalas» genom att argumentationens sammanhang med den »fria» etiska argumentationen minskar. Juridikens existensberättigande beror på att den interna sammanhangsvinsten väger tyngre än den externa sammanhangsförlusten.

Detsamma gäller den juridiska argumentationens eventuella splittring i ett antal varianter, anpassade till olika »problemformuleringar, lösningsmodeller, skyddsvärda intressen och rangordningen mellan dessa» m.m. (jfr avsnitt 3.10.2A. om »rättens polyscenografi» i *Christian Dahlmans* mening). »I avsaknad av förmågan, att tillhandahålla en diskurs, som griper över hela det juridiska fältet, har rättssystemet skapat ett antal diskurser inom sig strukturerade efter det som härigenom har blivit juridiska ämnesområden» (Dahlman 1994, 67). Dahlman analyserar problemet i *Niklas Luhmanns* anda: »Om att differentieras internt... är en lösning där reduktion av komplexitet i omvärlden inte utlöser mer än en tålbar irritation, så är detta rationellt» (id. 69). Ur sammanhangssynvinkel kan detsamma uttryckas så här: Juridikens interna differentiering är rationell endast om den medför en viktigare koherensvinst inom respektive delområden än koherensförlust inom helheten. Enligt min mening är det snarare tvärtom. Därför kan den juridiska argumentationens enhet försvaras; jfr även avsnitt 3.10.2B ovan om rättssystemets enhet.

7.8.2 Rutinfall och motiveringskrav

Det ovan sagda gäller även *rutinfall.* Ett rutinfall föreligger som sagt när en klar rättsregel problemfritt kan tillämpas på klara fakta. Andra motiveringskrav spelar då inte någon praktisk roll. Det spelar t.ex. ingen roll hur långa argumentkedjor den juridiska motiveringen innehåller, hur väl dessa argumentkedjor är sammanbundna med varandra eller hur generella begrepp som används. Ändå har fallets lösning en sammanhängande motivering, eftersom relevansprincipen uppfylls maximalt: Fallets lösning följer av en satsmängd som endast omfattar en faktabeskrivning och en etablerad rättsregel, dvs. en juridiskt sett särskilt relevant premiss.

Andra sammanhangskrav spelar emellertid en stor roll i en djupgående, icke-juridisk argumentation som avgör huruvida det ifrågavarande fallet

»verkligen» bör uppfattas som ett rutinfall. För en jurist är en sådan argumentation överflödig. Han har en förmåga att spontant känna igen rutinfallen. Men en djupgående argumentation kan vara viktig för en moralfilosof, samhällskritiker eller politiker. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är denna djupgående argumentation desto bättre ju längre argumentkedjor den innehåller; ju bättre dessa argumentkedjor är sammanbundna med varandra; ju fler och generellare begrepp som används osv.

7.8.3 Ytterligare om personliga preferensers roll i argumentationen

I detta sammanhang måste vi återvända till sammanhangsteorins tillämpning på etiska och juridiska frågor. Såväl etiken som juridiken bygger på en sammanjämkning av olika värden. Det finns ingen sammanjämkningskalkyl, utan argumentationens slutpunkt måste bestå av individens personliga preferenser. Därmed uppkommer en subjektivitetsfara som emellertid motverkas genom krav på en sammanhängande motivering. Men inte heller dessa krav bildar någon kalkyl, utan de måste jämkas samman. Den juridiskt-etiska sammanvägningen bygger således på den sammanhangsteoretiska sammanvägningen. Och även den sistnämnda beror ytterst på personliga preferenser. Hur kan då en subjektiv sammanvägning – den sammanhangsteoretiska – minska subjektiviteten av en annan sådan – den juridiskt-etiska?

Förvisso kan subjektiviteten inte elimineras. Ändå kan man hoppas att den minskar i den takt som det ifrågavarande argumentsystemet kompliceras. Det antas m.a.o. att en spontan ståndpunkt i en isolerad – juridisk eller etisk – fråga är mer subjektiv än ett komplext system som bygger på en sammanjämkning av såväl olika motiveringskrav som juridiska och etiska värden (*se* avsnitt 8.4.5 nedan!).

7.9 Tidsmässig koherens

7.9.1 Koherens och tradition

En rättsordning, en juridisk teori, ett etiskt system m.m. kan motiveras som koherent i ljuset av en legitim *tradition*.

En tradition kan uppfattas som en vidareföring av ett tanke- eller handlingsmönster (jfr Rolf 1991, 147).

Den berömda vetenskapsfilosofen *Michael Polanyi* (1962, 54) betraktar Common Law som ett klassiskt exempel på en tradition och hävdar att »domarens handling anses vara mer autentisk än det som han säger att han gör»; se även avsnitt 5.8.7B ovan om »livsformer».

Varje tradition omfattar vissa grundvärderingar och rationalitetsuppfattningar som inom traditionen tas för givna och nästan aldrig kritiseras. Den är förankrad i bestämda samhälleliga och politiska institutioner. Den uppställer sina egna krav på rationell argumentation och problemlösning. En tradition kännetecknas av en viss grad av »narrativ koherens». Dess nutida komponenter harmonierar i viss mån med såväl det förflutna som med förutsägelser om framtiden. Harmonin uttrycker sig i olika slags sammanhang i tid och rum (jfr avsnitt 4.9.5D och 7.2.4 ovan). En levande tradition är emellertid inte statisk, utan den utvecklas, varvid gamla frågor finner nya svar som ger upphov till nya frågor. Mottagligheten för nya frågeställningar finns latent hos traditionsbärarna och kan komma att utvecklas i dem som ett nytt »djupare och sannare perspektiv».

Jfr även t.ex. MacIntyre 1988, avsnitt 5.6.2D ovan, Rolf 1991, 147 ff. (med referenser till Polanyi 1962) och avsnitt 5.9.6B5 ovan om sekundär relevans.

Angående *juridisk* tradition, jfr Bankowski 1991, 208 och följande sammanfattning: »Rätten är en tradition. Liksom alla traditioner omfattar rätten övertygelser {och} verksamheter... som är eller anses vara överförda från det förflutna och som behåller auktoritetsställning i folkets nuvarande övertygelser, verksamheter, osv.» (Krygier 1991, 68). Se närmare Krygier 1986, 237 ff.

Motiveringen innebär att klargöra

- att vi alla genom vårt sätt att leva redan har accepterat huvuddelen av en viss kulturtradition;
- att denna tradition innehåller »andra ordningens traditioner» som kan legitimera förändring, såväl sin egen som traditionens övriga komponenter; och
- att ett rättfärdigande i ljuset av traditionen är en optimeringsfråga i betydelsen »*maximerande av diakron koherens*».

Följande utmärkta sammanfattning (Rolf 1991, 219-220) kan tjäna som en lämplig bakgrund för ytterligare funderingar. »Frågan om traditionella normers legitimitet kan uppfattas på flera sätt:

A. Weber uppfattar frågan som ett sökande efter de motiv hos de enskilda, som gör att de frivilligt rättar sig efter traditionens bud.

B. Oakeshott uppfattar frågan om traditionens legitimitet som ett imperativ att försvara den rådande tradition han befinner sig inom.

C. Menger och Hayek försöker rättfärdiga traditionen genom att visa att den är rationell i betydelsen 'nyttomaximerande'. De uppfattar frågan om legitimitet som en optimeringsfråga.

D. Popper försöker legitimera traditionella normer i huvudsak genom att inordna dem under rationalismen. Denna utgör... 'andra ordningens traditioner' som kan legitimera första ordningens handlingsföreskrifter och som själv rättfärdigas genom att härledas från ett godtyckligt beslut...

E. Polanyi ser rättfärdigandeproblemet som en existentiell fråga. Rättfärdigandet innebär att klargöra för den som ifrågasätter legitimiteten att han genom sin blotta existens redan har accepterat huvuddelen av den tradition han menar sig ifrågasätta.»

7.9.2 Diakron koherens och logiken

Logisk motsägelsefrihet utgör som sagt ett nödvändigt men inte något tillräckligt villkor för synkron koherens. Ingen motsägelse föreligger t.ex. mellan atomfysiken och den straffrättsliga uppsåtläran men de är knappast koherenta med varandra. Motsägelsefrihet är emellertid inte något nödvändigt villkor för *diakron* koherens. Vetenskapen, rättsordningen, kulturen m.m. undergår ständiga förändringar. Det nya kan mycket väl vara logiskt oförenligt med det gamla. Ändå kan det nya och det gamla bilda en sammanhängande helhet. Kulturarvet kan bära med sig frön till sin egen förändring.

7.9.3 Ändringar inom en tradition

»Koherentister brukar säga att en åsiktsrevision skall vara *konservativ* (den skall ändra så litet som möjligt, både i fråga om vilka åsikter som ingår i personens åsiktsmängd och i fråga om den olika grad av tilltro som personen har till de olika åsikterna) ... (V)arför är konservativa revisioner att föredra? Koherentismens svar på detta är, att det är irrationellt att ändra åsikt utan anledning» (Bergström 1990, 102).

En koherent förändring stöder sig således ofta på vissa förutbefintliga och grundläggande åsikter, regler, principer och värden.

De av *Herbert Hart* analyserade (jfr Hart 1961, 92 ff och avsnitt 2.2.3B1 ovan) sekundära rättsreglerna är ett belysande exempel. Medan primära regler bestämmer de handlingar som individer skall eller inte skall

utföra, handlar de sekundära om hur de primära reglerna fastställs och ändras.

Juridiska rättskälle- argumentations- och kollisionsregler är också exempel på koherensskapande normer.

Logiska aspekter av kollisionsregler och ett samspel mellan regler och undantag berörs kortfattat i avsnitt 8.5.2D nedan.

En omtolkning av gällande lag och ett »skapande dömande» genom prejudikatbildning bygger således ofta på etablerade rättsregler och metodprinciper.

Ett annat exempel kan hämtas ur vetenskapsteorin. Kuhns och Lakatos' teorier om paradigm och forskningsprogram exemplifierar idén om en bestående, särskilt relevant kärna som gör den föränderliga vetenskapen koherent; jfr avsnitt 4.5.4, 4.5.5 och 7.5.1D ovan. Jfr även avsnitt 4.5.4 ovan om traditionens betydelse för vetenskapen enligt Popper, Polanyi, Toulmin och Tranøy.

7.9.4 Traditionens successiva förändring

En koherensskapande motivering kan således bygga på en tradition, en teori respektive ett normsystem. En sådan motivering kan emellertid leda till att dess ursprungliga utgångspunkt förändras. Följande exempel belyser detta förhållande.

- Påståenden om gällande rätt kan nästan alltid stödjas på en tidigare gällande rättsnorm. Ett sådant stöd skapar rättssystemets inre koherens. Så är fallet även om den tidigare gällande normen redan förlorat sin giltighet. Den gamla grundlagen kan t.ex. bestämma hur den nya, kanske radikalt förändrade, skall komma till stånd.

Jfr Luhmann 1993, 109-110. Luhmann hävdar emellertid att en »temporal giltighetsteori» borde träda i stället för de klassiska, hierarkiska giltighetsteorierna; han föreslår att rättsteorin borde »ställas om från hierarki till tid». Luhmanns förslag är måhända fruktbart inom hans rättssociologiska teori, men inte inom en rättsteori som förutsätter juristernas interna synvinkel. De hierarkiska giltighetsteorierna borde inte förkastas utan endast kompletteras med en temporal teori. Rättsordningens hierarkiska uppbyggnad är ett empiriskt konstaterbart, institu-

tionellt faktum. Rättsnormernas hierarki ökar dessutom rättsordningens *synkrona* koherens. Rättsvetenskapen försöker framställa rättsordningen som koherent, såväl synkront som i tiden.

- Rättens vidareutveckling genom laganalogi och prejudikatbildning bygger på väsentliga likheter mellan olika (verkliga eller tänkta) fall. Väsentlighetsbedömningen måste förankras i samhällets rättstradition. Men samtidigt kan vidareutvecklingen leda till att rättstraditionen förändras.
- Kort sagt bestämmer såväl rättsliga ändringsregler i Harts mening (se strax ovan) som juridiska rättskälle- och argumentationsreglerna (se avsnitt 3.2.7 och 4.3.1 ovan) villkor för sin egen förändring.

En liknande tanke antyds av följande formulering: »hanteringsreglerna (rättskälleprinciperna)... är ju... de enda som till sitt innehåll s.a.s. handlar om sig själva» (Strömholm 1988, 297-298).

Detsamma gäller utanför juridik.

- I vissa fall föreligger det en »teorispiral». Observationssatser (»data») av ett visst slag, $data_1$, stöder $teori_1$. Denna stöder $data_2$, som stöder $teori_2$ osv. (jfr Kutschera 1972 band 1, 258; Hermerén 1973, 73 ff.).

Hade $teori_2$ varit identisk med $teori_1$, skulle det föreligga ett ömsesidigt stöd (närmare bestämt en »teoricirkel») mellan teorin och »data». Så är inte fallet men $teori_1$ och $teori_2$ uppvisar ändå väsentliga likheter.

- Ett s.k. *övertänkt jämviktsläge* (»reflektivt ekvilibrium») är ett särfall. Begreppet har utvecklats i moralfilosofin. Man försöker anpassa tolkningen av allmänna principer och enskilda etiska uppfattningar till varandra (jfr Rawls 1971, 20; Prawitz 1978, 153; Föllesdal o.a. 1993, 161 ff.). Såväl principerna som de enskilda uppfattningarna förändras så pass mycket att de stöder varandra. En sådan anpassning av olika skäl och slutsatser till varandra innebär visserligen inte någon fulländad motiveringsprocedur, eftersom prioritetsfrågan lämnas öppen. Man vet inte exakt vilketdera som bör modifieras. Ibland är det lättare att hålla fast vid den allmänna principen och ändra de detaljerade reglerna respektive besluten. Ibland är det precis tvärtom. Men det går knappast att ifrågasätta att proceduren är rimlig och bidrar till att argumentationen blir mer sammanhängande.

  Strävan efter ett övertänkt jämviktsläge kan komma att förändra den befintliga moraltraditionen.

7.9.5 Motiveringstes och princip om diakron koherens

Följande motiveringstes kan uttalas i detta sammanhang.

Motiveringstes 11. Vid i övrigt oförändrade förhållanden uppvisar en kultur (däribland en rättsordning, en vetenskap m.m.) en större grad av diakron koherens

- ju större mängd av förändringar som inträffar inom denna kultur tillkommer i enlighet med förutbefintliga procedurer, regler, principer och analogigrundande mönster;
- ju större mängd av kulturens nuvarande komponenter (regler, data, teorier osv.) överhuvudtaget kan förklaras och motiveras i anslutning till kulturens förhistoria (tradition);
- ju längre tid traditionen omfattar och
- ju mer denna motivering approximerar den bästa sammanvägningen av olika principer för *synkron* koherens.

Följande exempel belyser denna motiveringstes.

- Ett rättsfall kan motivera en generell prejudikatregel. Denna kan sedan bekräftas och modifieras i samband med senare rättsfall. På så sätt uppstår rådande rättspraxis och juristernas härskande uppfattning.

I NJA 1948 s. 584 uttalades en generell princip, enligt vilken endast de fakta som explicit anförts av åklagaren kunde användas som åtalsunderlag. Principen bekräftades i NJA 1976 s. 368. Samma princip uttrycktes i NJA 1987 s. 194 med en omfattande motivering. I NJA 1988 s. 665 upprepades skälen från NJA 1987 s. 194 med en hänvisning till detta rättsfall. Detsamma skedde återigen i NJA 1990 s. 361 (jfr Bergholtz 1992, 1 ff.).

- Juridiska teorier som t.ex. bygger på romersk rätt, omfattar hela privaträtten, motiveras med långa och väl sammanbundna argumentkedjor och använder sig av relativt generella begrepp är mer koherenta än sådana som saknar historiska rötter, förklarar en mycket liten del av rättsordningen, serveras utan argumentation och uttrycks kasuistiskt.

Motiveringsprincip 11.* När en beståndsdel av en kultur (en teori, en rättsnorm, en juridisk slutsats osv.) motiveras bör man se till att motiveringen

- fäster en så stor vikt som möjligt vid att denna beståndsdel tillkom i enlighet med en förutbefintlig procedur, regel, princip eller ett analogigrundande mönster;
- så mycket som möjligt bygger på den ifrågavarande kulturens tradition överhuvudtaget;
- beaktar en så lång historisk utveckling som möjligt och
- så mycket som möjligt approximerar den bästa sammanvägningen av olika principer för *synkron* koherens.

Vid första anblick verkar det ovan sagda överdrivet konservativt. Intrycket försvagas emellertid då man beaktar följande.

- Inga normer, inte heller några teorier kan skapas utan att man i någon mån bygger på det bestående. Allt kan ändras men inte allt på en gång (jfr avsnitt om 5.8.7B ovan om »livsformen»).
- Tiden (och rummet!) är ett »laboratorium» i vilket man kan testa det förespråkade värdesystemet. En fysiker testar sina teorier genom experiment, genom att se hur de klarar sig i varierande och avsiktligt skapade förhållanden. Samhällsvetare eller jurister kan sällan använda experiment. I stället skaffar de sig olika prövningsinstanser genom att iaktta såväl främmande samhällen och sitt eget samhälles förflutna. En juridisk teori som passar till många samhällstillstånd i tid och rum är således bättre testad än en sådan som inte gör det.
- Varje kulturtradition är dynamisk. Den omfattar regler, principer och analogigrundande mönster (jfr avsnitt 4.9.5D ovan) som i viss mån bestämmer villkor för förändring, såväl sin egen som traditionens övriga komponenter.
- Historiskt väl förankrade teorier eller normer kan uppvisa en relativt låg grad av *synkron* koherens. Om denna brist väger tyngre än den historiska förankringen är en sådan teori respektive norm alltför konservativ och följaktligen inte att rekommendera.

7.10 Rationell diskurs

7.10.1 Sakligbet och konsensus

A UTGÅNGSPUNKT: ENDAST EN RELATIV SÄKERHET AV SAMMANHÄNGANDE MOTIVERING

Jag har redan angett tre olika faktorer som begränsar utrymmet för godtycke i etisk och juridisk argumentation. Två har redan behandlats:

En etisk eller juridisk värde- eller normsats kan framställas som en logiskt korrekt slutsats av vissa satser.

Premisserna kan dessutom bedömas som motiverade på ett mer eller mindre sammanhängande sätt.

Det har även konstaterats följande: Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem som har den mest sammanhängande motiveringen det riktiga. Är då kraven på sammanhängande motivering tillräckliga för att helt eliminera godtycket?

Svaret på den sistnämnda frågan är »nej».

För det första är motiveringskraven ganska vaga.

För det andra har jag redan sagt att inget motiveringskrav självständigt bestämmer graden av teorins interna sammanhang. Tvärtom förhåller det sig så att olika motiveringskrav måste jämkas samman. Avvägningen bestäms inte helt av motiveringskraven.

För det tredje kan följande sägas om den praktiska argumentationen, däribland den juridiska och den etiska. Den praktiska argumentationen förutsätter en avvägning mellan olika skäl och motskäl. En sådan avvägning involverar som sagt en individs personliga preferenser. Olika norm- respektive värdesystem kan följaktligen lika perfekt uppfylla motiveringskraven, varför det behövs ett förnuftigt sätt att välja mellan dem.

B INLEDANDE ANMÄRKNINGAR OM SAKLIG DEBATT

Närmare bestämt begränsas argumentationens godtycke av att det går att föra en saklig debatt om etiska frågor.

Sakligheten beror på (1) kraven på sammanhängande motivering och (2) relationer mellan debattens olika deltagare.

En debatt är *helt saklig* endast om dess utgång så mycket som möjligt bestäms av sammanhängande skäl. Om debattörerna använder sig av få och osammanhängande skäl kan debatten knappast betecknas som saklig. Den är inte heller saklig om debattörerna ignorerar relevanta data, eller

vägrar beakta olika samband mellan debattens föremål och andra livsområden.

C KORT OM HABERMAS OCH ALEXY

När det gäller debatt*proceduren* kan inspiration hämtas från *Jürgen Habermas'* sofistikerade konsensusteori. Enligt Habermas (1973, 252 ff.) är konsensus om en sats förnuftig om satsen skulle godkännas av alla deltagare i en helt rationell debatt. Denna kännetecknas av den »idealiska språksituationen», dvs. ett läge då den intellektuella kommunikationen inte hindras av våld och då alla har samma chans att ställa och besvara frågor, tolka andras uppfattningar, rekommendera olika handlingssätt m.m. *Robert Alexy* har förtydligat denna teori genom att uppställa vissa regler för debattens ordnande m.m., vilka måste uppfyllas för att dess utgång så mycket som möjligt skall bestämmas av sammanhängande skäl och inget annat. Alexys debattregler kräver närmare bestämt uppriktighet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång och en viss fördelning av argumentationsbördan.

D HUVUDTESEN OM SAMMANHANG OCH SAKLIGHET

Att »argumentera» genom att ljuga, godtyckligt ändra ords mening, tillgripa tvång osv. innebär att man använder andra »argumentations»-medel än sammanhängande skäl. Att göra så är sakligt motiverat endast om sammanhängande skäl motiverar avsteg från debattreglerna.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är debatten sakligare ju bättre den uppfyller

(1) kraven på sammanhängande motivering, såsom att
- så många påståenden, värdesatser och normer som möjligt stöds med skäl;
- de argumentkedjor som läggs fram är så långa som möjligt;
- argumentkedjorna är så väl sammanbundna med varandra som möjligt;
- argumentationen beaktar så många fall och livsområden som möjligt m.m.;

(2) vissa *procedurkrav* som åsyftar *förnuftig enighet (konsensus)*, såsom
- uppriktighet;
- gemensamt språkbruk;
- öppenhet;
- frihet från inslag av tvång; och
- fördelning av argumentationsbördan.

Debattens korrekthet kan framställas som ett medel för att uppnå norm- eller värdesystemets korrekthet, dvs. dess mest sammanhängande motivering. Följande hypotes belyser det ovan sagda:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett norm- eller värdesystem mer sammanhängande, ju bättre det följer kraven på en saklig debatt, dvs. en debatt som är uppriktig, öppen; fri från inslag av tvång m.m.

Denna teori är mycket mer sofistikerad än den enkla konsensusteorin, enligt vilken en enig uppfattning i praktiska frågor alltid är den rätta. Det korrekta beror inte på faktisk konsensus utan på *godtagbarhet* (jfr Aarnio 1978, 143 ff. och 1987, 185 ff.).

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som enigt skulle godtas av dem som argumenterar så förnuftigt som möjligt, dvs. så väl som möjligt uppfyller krav på sammanhängande motivering och saklig debatt.

En person, A, kan således anse att systemet är godtagbart utan att han själv godtar det: Det räcker med att A medger att en annan, B, får godta systemet i ljuset av de enigt accepterade måttstockarna (»*norms of inquiry*», jfr Tranøy 1980, 191 ff.). Olika krav på sammanhängande motivering och saklig debatt bildar självfallet en viktig delmängd av dessa måttstockar.

E MOTIVERING, DEBATT, KULTUR OCH LIVSFORM

Konsensus omfattande *alla* är svår att uppnå. I synnerhet är det svårt att försvara en teori som gör gällande att vissa motiverings- och saklighetskrav enigt godtas av alla människor överhuvudtaget.

Det går att helt generellt (analytiskt och rättsfilosofiskt) argumentera för att det *måste* finnas några motivering- och saklighetskrav som begränsar den etiska och den juridiska argumentationens godtycklighet.

Analytiska och filosofiska medel är dessutom tillräckliga för att stöda en bestämd lista av motiverings- och saklighetskrav. Den ovan angivna listan har ett sådant stöd. Det går emellertid inte att visa att en sådan lista är fullständig. Inte heller är det helt visst att den är tillämplig på alla tider och alla kulturer. Ju mer konkret en argumentationsteori är, desto mer begränsad måste dess räckvidd vara.

Argumentationsteorin måste följaktligen relateras till en bestämd *kulturkrets* som kännetecknas av en bestämd *världsbild*, uttryckt i människors *levnadssätt* (»livsform», se avsnitt 5.8.7B ovan).

A och B kan enas endast om deras respektive livsformer tillräckligt liknar varandra. Detta kan inträffa såväl inom en bestämd kulturkrets som mellan olika kulturer (jfr avsnitt 5.8.5D ovan). Är livsformerna alltför olika, »så förklarar den ene den andre som »dåre och kättare» (jfr Wittgenstein 1979 § 611; jfr även a.a. § 105 och Trigg 1973, 94 ff.). A och B kan följaktligen förbli oense fast de så väl som möjligt följer motiverings- och debattkraven.

A och B tillhör samma livsform om deras respektive kunskaps- och värdesystem så pass liknar varandra, att de genom att följa vissa gemensamma motiverings- och debattkrav kan enas om de mest relevanta tingen i deras respektive liv.

Kan A och B på så vis enas om x (t ex fysik) men inte y (t ex rättvisa) tillhör de samma livsform i förhållande till x, men olika livsformer i förhållande till y.

Livsformens olika aspekter motsvarar olika »auditorier» i *Aulis Aarnios* mening. »Beroende på situationen» kan ett sådant auditorium t.ex. bestå av landets »medborgare, jurister, domare, forskarsamfundet eller t.o.m. en grupp, som slumpmässigt hopsamlats eller kommit samman» (Aarnio 1978, 151; jfr bl.a. Aarnio 1987, 221 ff.). En rationell argumentation är möjlig endast inom ett bestämt auditorium.

Fortsättningsvis skall jag presentera *Robert Alexys* teori om den rationella praktiska debatten. Teorin kan anses uttrycka vissa grundregler som gäller i vår västerländska kulturkrets (i vid bemärkelse, inkluderande t.ex. Östeuropa). Det är emellertid inte helt visst att dessa regler har universell giltighet (se avsnitt 7.10.5 nedan).

7.10.2 Robert Alexys regler för den rationella praktiska diskursen

Alexys väl kända teori handlar om *rationell praktisk diskurs*. Ordet »diskurs» betyder ungefär detsamma som »debatt». Ordet »praktisk» innebär i detta sammanhang att debatten leder till svar på värdefrågor och normativa frågor. Alexy påstår att den rationella praktiska diskursen rättar sig efter vissa regler. Endast om dessa regler följs är debatten optimal eller idealisk (så perfekt som möjligt). Alexys rationalitetsregler är egentligen regler för debattens *saklighet*. Ju oftare dessa regler kränks desto mindre saklig blir

debatten och ju mindre saklig debatten är desto irrationellare är den. Låt mig kommentera vissa av Alexys regler.

Reglerna bildar fem olika klasser. Jag bortser från vissa problem angående indelningens grunder.

1. *Grundregler* (Alexy 1989, 188 ff.)

Debattregel 1.1. Logisk korrekthet. Ingen talare får motsäga sig själv.

Debattregel 1.2. Uppriktighet. Varje talare får endast hävda det han själv tror på.

Regeln motiveras av följande hänsyn.

Utan uppriktighetsregeln vore inte ens lögn möjlig; man kan ljuga effektivt endast om andra tror att man talar sanning.

Visserligen kan en lögn utgöra en rationell handling. Det kan t.ex. vara rationellt att ljuga i ett samtal med en dödsfiende. Men i den optimala debatten finns det inga dödsfiender. En lögn är inget sakligt skäl. Den kan aldrig utgöra ett inslag i en optimalt saklig debatt.

Debattregel 1.3. Generalitet. Varje talare, vilken kallar ett föremål, a, för F måste vara redo att likaså kalla varje annat föremål för F som i alla relevanta avseenden liknar a. Jfr avsnitt 7.6 ovan.

Ett särfall av 1.3 är detta:

(1.3') Varje talare får endast uttala sådana värde- och skyldighetsomdömen som han även skulle fälla i alla situationer vilka i samtliga relevanta avseenden liknar den i vilken han fäller den.

Debattregel 1.4. Gemensamt språkbruk. Olika talare får inte använda samma uttryck i olika betydelser.

Uppfylls inte det kravet är debatten inte optimalt saklig, eftersom den ene då inte kan förstå vad den andre talar om.

2. *Förnuftsregler* (Alexy a.a. 191 ff.)

Debattregel 2. Skyldighet att ge skäl. På begäran måste varje debattör motivera det han hävdar, om det inte är så att han kan ge skäl för sin vägran att motivera.

Denna regel uttrycker kravet på stöd. I en optimalt saklig debatt har slutsatser stöd av skäl. Det är det centrala kravet på sammanhängande motivering.

Debattregel 2.1. Subjektiv öppenhet. Varje person som kan debattera får deltaga i debatten.

Om vissa personer utesluts är debatten inte optimalt saklig.

Debattens utgång blir som sagt den mest korrekta, om så många som möjligt får framställa sina avvägningar mellan olika praktiska skäl.

Självfallet kan begränsningar vara rationella. Endast riksdagsmän får t.ex. delta i riksdagsdebatten. Ett beslut att begränsa antal debattörer måste emellertid motiveras med generella skäl, t.ex. debattens funktion, tidsbrist eller resursknapphet. Detta följer av generalitetskravet, vilket är ett viktigt krav på sammanhängande motivering.

Debattregel 2.2. Objektiv öppenhet. (a) Varje deltagare får ifrågasätta varje påstående. (b) Varje deltagare får tillföra debatten vilket påstående som helst. (c) Varje deltagare får fritt ge uttryck för sina ställningstaganden, önskningar och behov.

Debattregel 2.3. Frihet från inslag av tvång. Ingen talare får genom tvång hindras från att utnyttja sina rättigheter, uttryckta i (2.1) och (2.2).

Tvång är inget skäl, och den optimalt sakliga debatten avgörs av skäl och inget annat. Visserligen kan det vara rationellt att i extrema fall med tvång hindra t.ex. spridning av terroristpropaganda. Men i den optimalt sakliga debatten finns det inga terrorister.

Öppenhet och frihet från inslag av tvång är ägnade att garantera att det problem som debatteras behandlas så mångsidigt som möjligt. På så vis kan debattens utgång i enlighet med motiveringsprincipen 1* basera sig på så många skäl som möjligt.

3. *Argumentationsbörderegler* (Alexy a.a. 195 ff.)

Debattregel 3.1. Den som vill behandla personen A annorlunda än personen B måste motivera det.

Debattregel 3.2. Om någon angriper ett påstående eller en norm, vilken över huvud inte är föremål för debatt, måste han ge skäl för detta.

Debattregel 3.3. Den som har anfört ett skäl har ingen skyldighet att ange vidare skäl, om det inte är så att motskäl har anförts.

Debattregel 3.4. Den som säger något som inte har samband med någon tidigare utsaga måste på begäran motivera varför han för in detta.

Regeln (3.1) uttrycker generalitetskravet, alltså ett krav på sammanhängande motivering.

Alla argumentationsbörderegler uttrycker tanken att den optimalt sakliga debatten styrs av skäl i enlighet med det centrala motiveringskravet. Om någon hävdar att olika personer skall behandlas olika måste han säga varför. Även urvalet av debattfrågor måste stödas av skäl.

4. *Argumentformer* (Alexy a.a. 197 ff.)

Den praktiska debatten kan framställas som en serie logiskt korrekta slutledningar. På så sätt uppfylls kravet på *logisk* rationalitet. Den grundläggande slutledningsstrukturen (»formen») är att man härleder en norm, ofta en singulär sådan (som säger vad man skall göra i det konkreta fallet), ur en satsmängd som omfattar en teoretisk sats och en regel:

(Argumentform 4)
(1) en teoretisk sats
(2) en regel

– –

Slutsats: en norm

Ett särfall avser *regelinriktat beslutsfattande.* Man utgår från en regel, konstaterar att föreliggande fakta uppfyller dess tillämpningsbetingelser (rekvisit) och härleder därur avgörandet, dvs. den singulära norm som motsvarar regeln. Schematiskt uttrycks detta sålunda:

(Argumentform 4.1)
(1) en teoretisk sats om att föreliggande fakta uppfyller en regels, R, rekvisit
(2) regel R

– –

Slutsats: ett avgörande som motsvarar regel R

Ett annat särfall avser *följdinriktat beslutsfattande.* Man utgår från att ett visst avgörande skulle ha vissa följder, tillägger en norm som säger att man skall se till att dessa följder inträffar, och härleder därur avgörandet. Schematiskt uttrycks detta så här:

(Argumentform 4.2)
(1) en teoretisk sats om att ett visst tänkbart avgörande, N, skulle ha vissa följder, F
(2) en regel som säger att dessa följder skall inträffa

– –

Slutsats: avgörande N

Två särfall av argumentstrukturen 4 gäller *motivering av en regel*, som kan vara *följdinriktad* (4.3) eller *av ett annat slag*, t.ex. genom regelns ursprung (4.4):

(Argumentform 4.3)
(1) en teoretisk sats om att en viss tänkbar regel, R, skulle ha vissa följder, F
(2) en regel som säger att dessa följder skall inträffa

– –

Slutsats: regel R

(Argumentform 4.4)
(1) en teoretisk sats om att en viss tänkbar regel R åtföljs av vissa omständigheter
(2) en regel som säger att dessa omständigheter motiverar R

– –

Slutsats: regel R

Två ytterligare särfall avser prioritetsordningar. Argumentform 4.5 innebär en *ovillkorlig prioritetsordning*: Regel_1 går före Regel_2. Argumentform 4.6 innebär en *villkorlig prioritetsordning*: Regel_1 går före Regel_2 om betingelse C är uppfylld.

5. *Motiveringsregler* (Alexy a.a. 202 ff.)

Alexys s.k. motiveringsregler kräver att etiska normer måste kunna motiveras och godtas av alla.

Följande regler *utesluter positiv särbehandling*:

Debattregel 5.1.1. Varje person som deltar i debatten måste kunna godta följderna av en (etisk) norm som han accepterar eller förutsätter, även om de berör honom själv.

Debattregel 5.1.2. Varje norm som skyddar intressen som är knutna till en viss enskild person måste kunna godtas av alla.

Även dessa regler uttrycker generalitetskravet, dvs. ett krav på sammanhängande motivering. Lika skall behandlas lika.

Vidare måste de etiska normer som man åberopar i en helt saklig debatt kunna kontrolleras av andra. Debatten är helt saklig endast om dess utgång bestäms av godtagbara skäl, däribland etiska normer. Om någon inte känner igen de etiska normer som andra anför, kan han inte kontrollera om dessa är godtagbara eller inte. Följande motiveringregel uttrycker kravet på *intersubjektiv kontrollerbarhet (överprövbarhet)*:

Debattregel 5.1.3. Varje (etisk) norm måste vara tillgänglig för alla och sådan att alla kan lära sig den.

Etiska regler som godtas i den sakliga debatten måste kunna motiveras. I detta sammanhang formulerar Alexy följande rationalitetsregler.

Debattregel 5.2.1. En debattörs etiska omdömen och de etiska normer som motiverar dessa måste kunna stå sig vid en prövning i ljuset av deras samhälleligt-historiska ursprung. En etisk regel gör inte det

a) om den ursprungligen hade stöd av rationella skäl men sedan dess förlorat detta stöd

eller

b) om den ursprungligen inte var rationellt motiverbar och inte heller sedermera blivit det till följd av nya omständigheter.

Debattregel 5.2.2. En debattörs etiska omdömen och de etiska normer som motiverar dessa måste kunna stå sig vid en prövning i ljuset av deras individualhistoriska ursprung. En etisk regel gör inte det om en individ har antagit den till följd av omotiverade »socialiseringsbetingelser»

Omotiverade »socialiseringsbetingelser» syftar på t.ex. hjärntvätt, mutor och annan manipulation, dvs. sådana företeelser som inte får förekomma i en rationell debatt.

Debattregel 5.3. De faktiskt givna gränserna för möjligheten att förverkliga (etiska) normer måste beaktas.

Det är således inte rationellt att kräva det omöjliga.

6. *Övergångsregler* (Alexy a.a. 206)

Utgången av den helt sakliga debatten bestäms av olika slags skäl: praktiska, empiriska och logiska. Vissa rationalitetsregler uttrycker tanken, att en debattör i varje givet ögonblick fritt får välja vilka av dessa som skall anföras.

Debattregel 6.1. Det skall i varje givet ögonblick vara möjligt att övergå till en empirisk debatt.

En sådan debatt kan t.ex. gälla en viss rättsregels följder.

Debattregel 6.2. Det skall i varje givet ögonblick vara möjligt att övergå till en språkanalytisk (logisk) debatt.

En sådan debatt kan t.ex. gälla innebörden av vissa ord som används vid formuleringen av de omdebatterade reglerna.

Debattregel 6.3. Det skall i varje givet ögonblick vara möjligt att övergå till en diskussion avseende själva debattens rationalitet.

7.10.3 Alexys rationalitetsprinciper

Alexys system av rationalitetsregler är således mycket komplext. I efterhand har Alexy därför angivit sex enklare principer, vilka rättfärdigar reglerna (Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 266 ff.). Dessutom gör principerna rationalitetsreglernas innehåll mer tillgängligt för läsaren.

1. *Konsistensprincipen* kräver att de satser som uttalas inom den praktiska debatten är logiskt motsägelsefria. Jfr debattregel 1.1.

Denna princip uttrycker minimikravet på sammanhängande motivering. (Se emellertid avsnitt 7.9.2 ovan om diakron koherens.)

2. *Koherensprincipen (dvs. sammanhangsprincipen)* kräver att de satser som uttalas inom den praktiska debatten bildar en väl sammanhängande helhet.

Sambandet mellan olika debattregler och skilda krav på sammanhängande motivering har redan angetts ovan.

3. *Generaliserbarhetsprincipen* kräver bl.a. att lika skall behandlas lika. Den motsvarar motiveringsprinciper 7.1*–7.3*.

Vidare avser följande principer förhållandet mellan deltagare i den sakliga praktiska debatten.

4. *Uppriktighetsprincipen* kräver framför allt att man menar det man säger (jfr debattregel 1.2). Tolkad extensivt kräver den också att allt tvång är förbjudet inom debatten (jfr debattregel 2.3).

Principen kräver således logisk konsistens (motsägelsefrihet) mellan två nivåer: det som sägs och det som menas.

5. *Överprövbarhetsprincipen* uttrycker kravet på intersubjektiv kontrollerbarhet, dvs. att andra skall kunna kontrollera att en debattörs argumentation stöder hans slutsatser.

Låt mig tillägga att kravet på stöd är poängen med den ovan utvecklade teorin teori om sammanhängande motivering.

6. *Ändamålsrationalitetsprincipen* (effektivitetsprincipen) kräver två ting. För det första skall debatten effektivt uppfylla de mål som man formulerar under debattens gång (jfr argumentformer 4.2 och 4.3). För det andra skall debatten effektivt garantera den språkliga kommunikatio-

nen mellan människorna (jfr debattregler 1.4, 2, 3.2-3.4 och indirekt 6.2-6.3).

Den språkliga kommunikationen garanteras bäst genom att kraven på sammanhängande motivering uppfylls.

7.10.4 Alexys regler för den rationella juridiska debatten

Den rationella *juridiska* argumentationen är för Alexy ett särfall av den rationella praktiska debatten (jfr avsnitt 7.10.2 ovan).

Det enkla rättfärdigandet motsvarar en enkel subsumtion. *Det komplexa rättfärdigandet* motsvarar en kedjesubsumtion (se ovan avsnitt 4.1). En sådan förekommer t.ex. i följande situationer (Alexy a.a. 223 ff.):

- Den ifrågavarande bestämmelsen anger olika alternativa tillämpningsvillkor (»rekvisit»). Den som tillämpar bestämmelsen måste fastslå vilken av dessa som gäller i det ifrågavarande fallet.
- För att tillämpa den ifrågavarande bestämmelsen måste vissa andra normer beaktas. Dessa är antingen lagstadgade eller formulerade av den som tillämpar lagen.
- Den ifrågavarande bestämmelsen anger olika rättsliga konsekvenser att välja emellan.
- Den ifrågavarande bestämmelsen innehåller ord som kan tolkas på olika sätt.

Det komplexa rättfärdigandet uttrycks schematiskt som följande kedja.

(Argument-form J 1.2)	Premiss 1 (allmän regel)	Om någon uppfyller villkoret (»rekvisitet») T, skall han göra R.
	Premiss 2	Om någon uppfyller villkoret M_1, uppfyller han även villkoret T.
	Premiss 3	Om någon uppfyller villkoret M_2, uppfyller han även villkoret M_1.
	Premiss 4	Om någon uppfyller villkoret S, uppfyller han även villkoret M_n.
	Premiss 5	A uppfyller villkoret S.
	- - -

Rationalitets*regler* för det *interna* juridiska rättfärdigandet är i Alexys mening dessa (a.a. 223 ff.):

Rationalitetsregel J 2.1. För att motivera ett juridiskt avgörande måste åtminstone en universell norm anföras.

Rationalitetsregel J 2.2. Det juridiska avgörandet måste följa logiskt av åtminstone en universell norm tillsammans med vissa tillagda satser.

Rationalitetsregel J 2.3. Om det är tveksamt huruvida ett faktum faller under en viss regel måste en ytterligare regel anges, vilken löser det ifrågavarande problemet.

Rationalitetsregel J 2.4. På så sätt skall man komma fram till en kedja satser som innehåller sådana uttryck, att det inte längre föreligger någon tvekan om att dessa omfattar det ifrågavarande fallet.

Rationalitetsregel J 2.5. En sådan kedja satser skall vara så lång som möjligt.

Dessa rationalitetsregler uttrycker två olika principer för sammanhängande motivering, nämligen 2* (motiveringens djup) och 7.1* (universalitet); jfr avsnitt 7.4 och 7.6 ovan.

Externt juridiskt rättfärdigande i Alexys mening gäller frågan om motivering av de i juridisk argumentation antagna premisserna. Alexy (a.a. 230 ff.) har utvecklat följande rationalitetsregler och strukturer (»former») för det externa juridiska rättfärdigandet.

Empirisk argumentation

Alexy förutsätter att det finns vissa regler för empirisk argumentation i juridik, t.ex. vad avser frågor om bevisning. Han formulerar emellertid inte dessa regler.

Tolkning

Alexy anger däremot ett antal strukturer (»former») för juridisk tolkning.

Först urskiljer han olika former av semantisk tolkning. Den semantiska tolkningen, t.ex. en lagtolkning efter den ifrågavarande bestämmelsens ordalydelse, avgör inte alltid den juridiska tolkningsfrågan. Former av *genetisk* och *teleologisk* (egentligen objektivteleologisk) tolkning kommer därnäst (jfr avsnitt 4.10.2 ovan). Alexy (a.a. 239 ff.) förutsätter att motsvarande logiska strukturer kan utvecklas för den historiska, den komparativa och den systematiska tolkningen, men han behandlar inte denna fråga.

Vidare formulerar Alexy (a.a. 246 ff.) följande rationalitetsregler för den optimala juridiska tolkningen.

Tolkningsregel J 6. Vid juridisk tolkning skall varje relevant argument, oavsett dess form, fullständiggöras genom angivande av alla premisser vilka behövs för att göra slutsatsen logiskt korrekt.

Tolkningsregel J 6 följer av den grundläggande motiveringsprincipen 1* (se avsnitt 7.4 ovan).

Tolkningsregel J 7. Tolkningsargument som åberopar lagens bokstav eller den historiska lagstiftarens vilja går före andra argument, om inte förnuftiga skäl kan anföras för att ge företräde åt de andra argumenten.

Denna *prima facie* prioritetsordning följer enligt Alexy (a.a. 248) av att juridiska slutsatser måste ha lagstöd. (Jfr även t.ex. Bydlinski 1982, 557 och 560). J 7 kan emellertid ifrågasättas. Savigny (1840, band I, 215) ansåg inte att någon prioritetsordning behövdes, eftersom dessa lagtolkningsmetoder »inte är fyra tolkningssätt, mellan vilka man kunde välja efter behag och smak, utan olika verksamheter som måste samverka om tolkningen skall lyckas». (Jfr även Kaufmann 1992, 300 ff.). Vissa rättsvetenskapsmän såsom t.ex. Per Olof Ekelöf (se avsnitt 4.10 ovan) har föreslagit tolkningsmetoder som beaktar kravet på lagstöd men inte är förenliga med denna prioritetsordning. Fast dessa metoder i sig är omstridda kan man inte gärna beteckna dem som rätt och slätt irrationella, dvs. oförnuftiga.

Tolkningsregel J 8. Bestämmandet av den inbördes vikten av olika tolkningsargument skall ske med stöd av vissa avvägningsregler och inte godtyckligt.

Ovanstående följer av motiveringsprincipen 4* (se avsnitt 7.4 ovan).

Tolkningsregel J 9. Alla tillämpliga tolkningsargument skall beaktas.

Jfr åter den grundläggande motiveringsprincipen 1*.

Alexys regler för *rättsdogmatisk argumentation* är följande:

Motiveringsregel J 10. Varje rättsdogmatisk sats måste – när den ifrågasätts – motiveras med beaktande av åtminstone ett argument som tillhör den allmänna praktiska diskursen.

På så sätt knyts rättsdogmatiken samman med den allmänna praktiska diskursen. Sambandet motsvarar motiveringsprincipen 10.1*: argumentationen bör förankras i så många livsområden som möjligt. När en slutsats motiveras juridiskt bör man sålunda se till att argumentationen kan förankras i allmänna etiska skäl som även gäller utanför juridiken.

Motiveringsregel J 11. Varje rättsdogmatisk sats måste kunna stå sig vid en systematisk prövning, varvid det skall kontrolleras att den inte är logiskt oförenlig med andra rättsdogmatiska satser och att den kan motiveras med hjälp av andra rättsdogmatiska satser.

I detta sammanhang kan det erinras om det grundläggande motiveringskravet och relevanskravet (jfr motiveringsprinciper 1* och 6*, avsnitt 7.4 och 7.5 ovan). Samma kommentar gäller följande tolkningsregel:

Motiveringsregel J 12. Alla tillämpliga rättsdogmatiska argument skall beaktas.

Alexys *rättsfallstolkningsregler* är följande (a.a. 274 ff.).

Tolkningsregel J 13. Om ett prejudikat kan anföras för respektive mot ett avgörande skall det anföras.

J 13 följer av ett antagande om prejudikats ställning som rättskälla tillsammans med den grundläggande motiveringsprincipen 1*. Om förhållandet mellan den juridiska diskursens olika deltagare beaktas är dess konsekvens följande:

Tolkningsregel J 14. Den som vill avvika från ett prejudikat har argumentationsbördan.

Till sist omfattar Alexys teori följande speciella juridiska argumentstrukturer.

(Argumentform J 15) Handling G skall utföras eller faktum G skall föreligga endast om faktum F föreligger.

– – – – – – – – – – – – – – – – – – –

Slutsats: Om F inte föreligger skall G inte utföras (respektive föreligga).

Slutledningen är logiskt bindande. Den utgör en beståndsdel av det juridiska motsatsslutet.

(Argumentform J 16)
(1) Om antingen faktum F eller något som liknar F föreligger skall handling G utföras eller faktum G föreligga.
(2) H liknar F.

– – – – – – – – – – – – – – – – – – –

Slutsats: Om H föreligger skall G utföras (respektive föreligga).

Slutledningen är logiskt bindande. Den utgör en beståndsdel av det juridiska analogislutet, se avsnitt 4.9 ovan. Den sistnämnda uttrycker generalitetsprincipen 7.3*.

(Argumentform J 17)
(1) Z är förbjudet.
(2) Om regel R följs så Z.

– – – – – – – – – – – – – – – – – – –

Slutsats: R skall inte följas.

Följande regel avslutar Alexys behandling av den juridiska rationaliteten.

Motiveringsregel J 18. Vid användning av de speciella juridiska argumentformerna skall varje argument göras fullständigt genom angivande av alla premisser som behövs för att göra slutsatsen logiskt korrekt.

Jfr återigen den grundläggande motiveringsprincipen 1*.

Alexys system av rationalitetsregler för juridisk argumentation uttrycker först och främst olika *motiverings*principer. Jag har nämnt principerna 2* (om motiveringens djup), 4* (om prioritetsordning), 6* (om relevans), 7.1*–7.3* (om generalitet), 10.1* (om anknytning till olika livsområden) och framför allt den grundläggande principen 1* som kräver att praktiska satser motiveras. *Debattens* saklighet intar en mindre framträdande plats i

framställningen, jfr bl.a. regel J 10, som hänvisar till den generella praktiska diskursen, och regel J14 om argumentationsbördan. Indirekt ingår vissa krav på debattens saklighet i den av Alexy antagna rättskälleläran, jfr regel J 7 om lagstöd samt hans behandling av den semantiska, historiska, komparativa och systematiska tolkningen, m.m. Rättskälleläran genomsyras utan tvekan av olika saklighetskrav: Det förutsätter en viss uppriktighet, eftersom rättskällornas innehåll bör återges sanningsenligt. Likaledes förutsätter den ett gemensamt språkbruk bland alla jurister. Öppenhet befrämjas av att de flesta rättskällor publiceras. Givetvis förutsätter den på rättskällorna uppbyggda juridiska argumentationen frihet från inslag av tvång. Rättskälleläran innebär även en viss fördelning av argumentationsbördan, se t.ex. avsnitt 3.2.4B ovan.

7.10.5 Är Alexys system av rationalitetsnormer allmängiltigt?

Alexy har anspråk på att ha utarbetat en lista av rationalitetsregler, principer och argumentformer, vilka karakteriserar all praktisk och juridisk debattrationalitet. Är anspråket befogat?

Alexys system får visserligen inte framställas med något monopolanspråk. Liknande grundtankar skulle kunna utvecklas på ett annat sätt. Måhända är flera olika rationalitetsteorier tänkbara, vilka mer eller mindre kan »översättas» till varandra. Inte heller är Alexys teori immun mot detaljkritik. Som nämnts kan t.ex. regel J 7 ifrågasättas.

I den mån som Alexys teori återspeglar de generella motiveringskraven är emellertid ett anspråk på universell *prima facie* giltighet väl motiverat. Vidare är kraven på uppriktighet, gemensamt språkbruk, öppenhet och frihet från inslag av tvång *prima facie* generellt giltiga *i den västerländska kulturkretsen*. Hävdar man att de inte bör gälla i vissa praktiska (däribland juridiska) argumentationsslag måste man säga varför.

Till sist framstår en väl sammanhängande och saklig debatt som en nödvändig betingelse för *modern demokrati*. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett modernt stats- eller samhällsskick mer demokratiskt, ju större frihet som medborgarna har att uttrycka sina åsikter, ju friare tillgång till politiskt relevant information som medborgarna har, ju bättre motiverade politiska beslut är och ju sakligare den politiska debatten är (jfr avsnitt 1.5.1C7, 1.5.2 och 1.5.3E ovan).

7.10.6 Diskurs, motivering och etiskt handlande

Debatteorin har förvisso en stor filosofisk betydelse. Den får emellertid inte överskattas.

- En teori om debattens rationalitet måste kunna motiveras rationellt. Debatteorin bygger således på motiveringsteorin.
- Debatten kan inte försäkra att en »amoralist» följer några moralrespektive rättsregler, jfr avsnitt 6.1.5A ovan. Men en människa som *vill* göra det riktiga kan med stöd av teorin om den rationella debatten försöka finna vad hon bör göra.
- Enligt Alexy (1991, 14 ff.) är debattreglerna tillsammans med detta riktighetsintresse ett tillräckligt medel för att motivera vissa grundläggande mänskliga rättigheter. Problemet är emellertid svårt. Inte ens den mest elementära friheten kan motiveras problemfritt; se avsnitt 8.2.7C3 nedan.

Jan-Reinard Sieckmann (1994) har emellertid gjort gällande att en rationell debatt är det enda sättet att uppfylla etikens anspråk på objektivitet. En sammanhängande motivering utan debatt kan inte tillfredsställa objektivitetskravet. Den kan visserligen beakta människors behov, intressen och preferenser. Olika människor hyser emellertid olika åsikter om den bästa rangordningen mellan egna och andras intressen. Förvisso kan preferensordningen motiveras på ett mycket sammanhängande sätt. Men varje person som framställer en sådan motivering gör det ur sin egen synvinkel, och placerar därmed sig själv i en särställning. En rationell debattprocedur kan å andra sidan uppfattas som ett rationellt sätt att åstadkomma universell enighet. Endast en sådan debatt beaktar alla människors etiska autonomi, eftersom alla får delta i debatten och därvid fatta sina egna beslut.

8 kap. Det rätta svaret?

8.1 Rationalitet och kunskap om rättigheter

8.1.1 Utgångspunkt: rationalitet och det rätta svaret

Låt mig anta att ett visst exempel på juridisk argumentation i hög grad uppfyller de ovan angivna rationalitetskraven. Den ifrågavarande juridiska slutsatsen kan nämligen framställas som en logisk följd av vissa språkligt korrekta och logiskt motsägelsefria premisser. Premisserna har en väl sammanhängande motivering. Såväl premisserna som slutsatsen skulle överleva en saklig och opartisk debatt. Garanterar då argumentationen att det finns ett enda rätt svar på den aktuella rättsfrågan?

8.1.2 Kort om Dworkins teori

Den berömde angloamerikanska rättsfilosofen *Ronald Dworkin* hävdar att så är fallet. Varje rättsfråga gäller nämligen ytterst individuella rättigheter och dessa är »förutbefintliga» (*pre-existent*). Den ifrågavarande rättigheten har m.a.o. existerat redan innan argumentationen slutförts. Den juridiska argumentationen är följaktligen ett medel för att fastställa de förutbefintliga rättigheterna. Den skapar dem inte utan ger oss endast motiverad kunskap om dem.

8.2 Rättighetstesen

8.2.1 Inledning – Dworkin om rättsprinciper

Enligt Dworkin är domaren bunden såväl av rättsregler som av rättsprinciper.

Den språkliga skillnaden mellan regler och principer har definierats ovan i avsnitt 5.8.2A1. Dworkins egen definition är som följer. Om en regels rekvisit är uppfyllt är regeln antingen gällande, och då måste den godtas, eller så är den inte gällande, och då bidrar den inte alls till avgörandet. En princip uttrycker å andra sidan

endast ett skäl som är användbart vid en argumentation och leder i en viss riktning, men den nödvändiggör inte något bestämt avgörande (jfr Dworkin 1977, 24 ff. och 71 ff.).

Rättsregler och rättsprinciper skiljer sig enligt Dworkin från varandra inte endast genom sin olika språkliga karaktär utan även genom sina skilda *giltighetsgrunder.*

En rättsregel gäller tack vare sitt ursprung, t.ex. därför att riksdagen stiftat den. (Denna tes skiljer sig inte från rättspositivisternas uppfattning).

En rättsprincip gäller däremot därför att två villkor samtidigt uppfylls:
- principen passar väl till rättens »institutionella historia», nämligen till lagar, prejudikat och andra rättskällor, och
- principen uttrycker juristers och allmänhetens föreställningar om riktighet, rättvisa eller någon annan »dimension» av etiken (Dworkin 1977, 40 och 340).

Ingen princip kan räknas som den institutionella historians rättfärdigande om den inte någorlunda passar till denna.

Om flera principer uppfyller detta minimikrav måste den etiskt bästa föredras (Dworkin 1977, 342).

Dworkin hävdar således att vissa etiska principer tillika är rättsprinciper, om de väl passar till rättens »institutionella historia». Denna uppfattning liknar *Josef Essers* (1964, 39 ff.) teori om att rättsordningen genom lagstiftning eller praxis transformerar etiska principer till rättsprinciper. *Hans Kelsen* (1979, 92 ff.) har däremot hävdat att rättsprincipernas rättsliga ställning är helt oberoende av deras etiska karaktär.

För att bestämma vad som är etiskt bäst måste domaren beakta såväl sina kollegors och allmänhetens ståndpunkter som sina egna värdeomdömen (Dworkin 1977, t.ex. 160 ff.).

Närmare bestämt måste domaren skapa en »konstruktiv modell», dvs. betrakta prejudikat som konsekvenser av principer som han konstruerar, medveten om sitt ansvar för att de måste vara förenliga med det som inträffat förut (Dworkin 1977, 161). Dworkin fördömer följaktligen en praxis som isolerat från andra hänsyn verkar vara riktig men inte kan inordnas i en omfattande teori om generella principer och värden förenliga med andra beslut vilka likaledes uppfattas som riktiga (a.a. s. 87). Dworkins teori om rättens »integritet» (dvs. *koherens*, inre sammanhang, se

Dworkin 1986, 176 ff. och 225 ff.; jfr avsnitt 7.2.4 ovan) utgår från en analogi mellan en jurist och en författare av en kedjeroman. Varje sådan författare vidareutvecklar en berättelse som föregångarna skrivit. Varje jurist måste likaledes samordna sina ståndpunkter med såväl rättens institutionella historia som sina egna värdeomdömen.

Cees W. Maris (1991, 81) har kallat detta argumentationssätt för *super analogia iuris*. En vanlig *analogia iuris* (rättsanalogi) innebär att ett fall avgörs genom att man tillämpar en allmän och oskriven norm härledd ur ett antal väl sammanhängande bestämmelser (jfr avsnitt 4.9.4 ovan). En *super analogia iuris* innebär att man tillämpar en generell princip härledd ur *hela rättsordningen*; denna tolkas på ett så väl sammanhängande sätt som möjligt. Maris bortser från att rättsanalogi i juridisk mening förutsätter att det aktuella fallet ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för de ifrågavarande bestämmelserna.

Rättsprincipers giltighet fastställs således med beaktande av både vissa fakta, såsom att riksdagen har stiftat en lag, och bedömarens egna etiska omdömen. Det senare villkoret påminner om naturrättsläran, medan det förra kan godtas av moderata rättspositivister. En extrem rättspositivist skulle inte kunna godta den heller, eftersom även en oskriven princip kan passa till institutionell historia. Som ett exempel anger Dworkin att en amerikansk domstol kunnat fastställa (konstatera) att principen »ingen får profitera på sina rättsstridiga handlingar» var gällande, fast den inte tidigare uttryckts vare sig i någon lag eller något prejudikat (rättsfallet *Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188, 1889).

Jag har inga större invändningar mot det ovanstående.

8.2.2 Dworkins rättighetstes

Mot denna bakgrund har Dworkin uttalat sin berömda *rättighetstes* (Dworkin 1977, 82 ff. och 90 ff.). Rättsprinciper »beskriver» rättigheter. Alla deltagare i en rättslig process tar för givet att processens ändamål är att fastställa (konstatera, inte skapa!) en parts rättigheter. Domstolarnas uppgift består följaktligen i att fastställa sådana rättigheter.

Dworkin är väl medveten om att domsmotivering i vissa fall helt består av nytto- och policyfrågor och tiger om rättigheter.

Jfr t.ex. NJA 1991 s. 720 (jfr Hellner 1992, 99 ff.) där strikt ansvar för fjärrvärmeanläggningar motiveras rättsekonomiskt. »...Med hänsyn till den utveckling som har skett på det grannelags- och miljöskaderättsliga området synes

det följdriktigt att här tillämpa ett strängt skadeståndsansvar... Anläggningsinnehavaren har i praktiken en monopolställning. Goda skäl kan anföras för att kostnaderna bör drabba denne och därmed slås ut på alla som nyttjar anläggningen... Ett strängt ansvar för skador av den typ här gäller bör också stimulera till att öka anläggningarnas säkerhet...» – osv.

Även i sådana fall måste emellertid domstolen enligt Dworkin ha utgått från *frågan* om en part haft rätt till dom med ett visst innehåll. Domstolen behandlar således en rättighetsfråga, även om de skrivna domskälen inte nämner några rättigheter (Dworkin 1977, 297).

8.2.3 Att ha rätt och att ha en rättighet

Dworkins argumentation kan emellertid kritiseras. Alla deltagare i en rättslig process måste visserligen – om de förstår sådana ord som »domstol», »rättegång» m.fl. – ta för givet att processens ändamål är att avgöra vilken part som *har rätt*. Att »ha rätt» betyder emellertid inte alltid samma sak som »att ha en rättighet».

De två uttrycken kan lätt förväxlas. Såväl det svenska ordet »rätt» som dess engelska motsvarighet »right» kan rent språkligt användas till att beteckna såväl riktighet (rätt i motsats till fel) som en rättighet. Har Dworkin vilseletts av denna tvetydighet?

Att ha rätt betyder i ett juridiskt sammanhang att riktigt tolka rättsnormer, bl.a. de handlings- och kvalifikationsregler som riktar sig till en. Vissa av dessa normer avser rättigheter, andra inte. Vissa är rättsprinciper, andra regler.

8.2.4 Skyldigheter utan rättigheter

Vidare är det rimligt att hävda att det förekommer skyldigheter utan motsvarande rättigheter.

Visserligen är varje rättegång i så måtto individinriktad att dess poäng består i att fastslå parternas rättsliga läge. Men ett sådant rättsligt läge behöver inte vara en rättighet. Den kan även vara en skyldighet, t.ex. att betala böter. Förvisso kan rättighetstesens förespråkare göra gällande att en parts skyldighet motsvarar en annan parts rättighet. Det juridiska rättighetsspråket är notoriskt vagt. Följaktligen går det nästan alltid att

konstruera en rättighet som anses »motsvara» den föreliggande skyldigheten. Svaret på frågan om en sådan rättighet *bör* konstrueras bestäms emellertid av etiska och politiska hänsyn, inte av språkbruket. Ett tänkbart skäl för att tala om rättigheter är att de kan förklara och motivera förekomsten av vissa skyldigheter. Det kan således antas att rättsordningen ålägger en part skyldighet att utföra en bestämd handling *därför att* motparten har rätt till att handlingen utförs. Den härledda rättigheten uppfattas då som den föreliggande skyldighetens giltighetsgrund. En sådan förklaring och motivering är emellertid inte alltid rimlig. Förvisso kan det t.ex. sägas att en statlig myndighet har rätt att kräva böter, men poängen med ett sådant språkbruk är inte alldeles klar. Myndighetens rättighet har inte något förklarings- eller motiveringsvärde. Det är orimligt att hävda att den ifrågavarande parten är skyldig att betala böter just därför att myndigheten har rätt härtill. Skyldigheten att betala böter måste motiveras på ett annat sätt, t.ex. med hänvisning till den straffbelagda handlingens farliga egenskaper.

I synnerhet behöver inte en persons skyldighet åtföljas av en annans *anspråk*. I vissa fall motiveras och förklaras en skyldighet genom att vissa personer behöver skydd, men dessa personer saknar något motsvarande anspråk. Alkoholmonopolet – och därmed livsmedelsaffärernas skyldighet att inte sälja sprit – grundar sig således på tänkbara alkoholisters skyddsbehov. Anspråk på att alkohol inte säljs i livsmedelsaffärer tillerkänns emellertid inte alkoholkonsumenterna utan behöriga statliga myndigheter som således kan föra åtal m.m.

I ett *process*förhållande åtföljs förvisso den ena partens skyldighet av den andres anspråk. Men det sistnämnda kan tänkas vara rätt diffust. Äldre rättsordningar byggde ofta på en inkvisitorisk rättegång. En persons rättsläge kunde prövas av en domstol utan att något egentligt partsförhållande var vid handen. Domstolen hade då en plikt att bedöma saken, men inte alltid någon skyldighet att avkunna en dom. Vidare: en eventuell skyldighet att avsluta saken med dom behövde inte åtföljas av några exakta regler om domens innehåll. Den ifrågavarande parten hade endast anspråk på att få saken avgjord i enlighet med domstolens lämplighetsbedömning, gärna baserad på rättspolitiska överväganden. Antagandet om att en part alltid har anspråk på att erhålla en dom med ett bestämt innehåll är m a o en produkt av lång historisk utveckling.

Det är likaledes rimligt att hävda att det förekommer *etiska* skyldigheter utan motsvarande rättighet (jfr Petrazycki 1959-1960 band 1, 70 ff.; jfr Feinberg

1980, 144). Måhända har varje människa en generell etisk skyldighet att hjälpa nödlidande djur men det är tveksamt om djur har en generell etisk rättighet att erhålla sådan hjälp. Se vidare avsnitt 5.4.5A ovan.

8.2.5 En rättighet som ett »trumfkort»?

Dworkin hävdar tillika att rättigheter är individuella anspråk vilka fungerar som »trumfkort» med företräde framför kollektiva mål. Även denna uppfattning kan bestridas: Visserligen har rättigheterna ett *prima facie* företräde framför andra värden (jfr Alexy 1992b, 178 f). Men det kan ifrågasättas om de alltid bör »vinna» den *slutgiltiga avvägningen mot dem* (jfr avsnitt 5.8.3D ovan).

8.2.6 Förutbefintliga rättigheter?

A DWORKINS TES OM FÖRUTBEFINTLIGA RÄTTIGHETER

Till sist gör Dworkin gällande att parternas rättigheter är »förutbefintliga» (*pre-existent*), dvs. att de måste ha existerat redan före processen. Domstolen kan enligt Dworkin endast konstatera (inte nyskapa) parternas rättigheter.

B DOMARE SOM RÄTTIGHETSSKAPARE

Men även detta påstående kan diskuteras. Såväl processdeltagarnas föreställningar som det juridiska språket bygger förvisso på att processens poäng är att debattera *frågan* vilken part som har rätt men denna fråga kan besvaras på olika sätt. Det kan nämligen konstateras

- att en bestämd part har en förutbefintlig rättighet, eller
- att ingen part har en förutbestämd rättighet men en avvägning av skäl och motskäl motiverar slutsatsen att domstolen bör nyskapa en parts rättslig ställning.

I det senare fallet kan olika personer komma med olika rättighetsförslag. En domstol kan då genom sin maktutövning transformera sitt förslag till ny rättighet. Denna nyskapade rättighet kan emellertid inte anses vara förutbefintlig, föreliggande redan innan beslutet fattats.

Det ovan sagda påminner i viss mån om »misstagteorin» (jfr Mackie 1977, 15, särskilt 48-49) enligt vilken tron på objektiva värden (däribland tron på förutbefintliga rättigheter) är falsk fast den genomsyrar såväl gängse etiska föreställningar som vardagsspråket.

Visserligen är varje rättegång i så måtto tillbakablickande att domaren måste ta hänsyn till vissa förutbestämda faktorer, sådana som rättskällorna, de i samhället etablerade etiska normerna, de traditionella juridiska argumentationsnormerna m.m. Men han måste även vara beredd att genom avvägningar samordna (harmonisera) dessa faktorer, dvs. så pass mycket ändra dem, att de bildar en motsägelsefri och väl sammanhängande helhet. Denna samordning är kreativ, harmonin skapas av domstolen och behöver inte ha funnits före avgörandet.

Rättstillämpningens poäng i ett demokratiskt samhälle är antingen att fastställa vilka rättigheter och skyldigheter parterna redan har, eller åtminstone *bestämma* huruvida deras intressen bör skyddas. I det sistnämnda fallet måste en parts *prima facie*-rättighet respektive skyldighet vägas samman med andra hänsyn, däribland de i rättsnormerna förankrade samhälleliga nyttosynpunkterna.

Låt mig nu komplettera det ovan sagda med vissa anmärkningar om olika typer av rättigheter, såsom frihet, anspråk och kompetens.

8.2.7 Frihet

A FRIHETSBEGREPPET

Frihetsbegreppet är omstritt. Först och främst måste man skilja mellan *viljefrihet* och *handlingsfrihet*. Den förstnämnda är *förmågan att vilja* både handling H och handling icke-H. Den sistnämnda är förmågan att *göra* det man vill, trots olika inre och yttre hinder (jfr Steinvorth 1994, XIV).

Denna definition måste jämföras med *Max Webers makt*begrepp (jfr 1976, 37): makt är detsamma som sannolikhet att få igenom egen vilja i ett samhälleligt förhållande, trots motstånd. En individs makt kan uppfattas som ett särfall av handlingsfrihet. Särfallet kännetecknas av att

- det hinder som man kan övervinna läggs av en annan människa, och
- den ifrågavarande handlingen överskrider gränserna för individens privata sfär.

Om makt uppfattas som ett slags handlingsfrihet innebär makthavarens frihet den andres ofrihet.

Medan filosoferna ofta behandlar viljefrihet och inre handlingsfrihet riktar sig stats- och rättsteoretikernas intresse främst mot yttre handlingsfrihet.

Vidare måste två ytterligare distinktioner beaktas,

- mellan *faktisk* och *normbestämd* handlingsfrihet, samt

- mellan *handlingsfrihet överhuvudtaget* och *handlingsfrihet gentemot andra personer.*

Handlingsfrihet gentemot andra personer kan sedan vara av skilda slag, bl.a. *etisk* eller *rättslig.*

En persons *faktiska* handlingsfrihet är större, ju fler handlingsalternativ står till buds. Individen A har faktisk frihet att göra H om han *kan* göra H.

En persons *normbestämda* handlingsfrihet bestäms däremot av värden och normer, inte av faktiska valmöjligheter. Friheten är större, ju fler handlingsalternativ som tillåts av det ifrågavarande värde- respektive normsystemet. Individen A har normbestämd frihet att göra H om han *får* göra H.

Begreppsbestämningarna kan kombineras med varandra, t.ex. kan A:s *faktiska* handlingsfrihet *gentemot andra personer* att göra H i vissa fall innebära att andras *norm*givande respektive normtillämpande verksamhet inte tvingar A att avstå från H.

Handlingsfrihet gentemot andra personer (framför allt gentemot staten) kallas ofta för *negativ* frihet. »Med att vara fri i denna betydelse menar jag att inte vara utsatt för andras ingripande i mina förehavanden. Ju vidare icke-inblandningens område är, desto mer omfattande är min frihet» (Berlin 1984, 134).

Faktisk handlingsfrihet överhuvudtaget kallas ibland för *positiv* frihet. »Den positiva innebörden av ordet frihet härrör ur individens önskan att vara sin egen herre» (id. 142). »Men kan man inte... vara slav under naturen?» (id. 143). Begreppet positiv frihet leder till ett antal komplikationer, såväl filosofiska som politiska (jfr id. 142 ff.).

Ordet »frihet» betecknar i fortsättningen endast *normbestämd yttre handlingsfrihet gentemot andra personer respektive staten.*

Jag instämmer till fullo med *Isaiah Berlins* bedömning (1984, 181-182): »Med det mått av negativ frihet som pluralismen medför förefaller den mig vara ett sannare och mer humant ideal än målen hos dem som i de stora, disciplinerade, auktoritära strukturerna söker det 'positiva' självherreväldets ideal för klasser eller folk eller för hela mänskligheten».

Individens *rättsliga prima facie*-frihet att utföra en handling kan ofta konstateras genom att man läser lagen och andra rättskällor som uttryckligt eller implicit tillåter handlingen. Rättskällorna bildar då rättsliga frihetsgrundande fakta. I svåra rättsfall måste emellertid även *etiska* frihetsgrunder beaktas.

Individens *etiska* frihet att utföra en handling kan i sin tur bedömas med stöd av såväl samhälleligt etablerad som kritisk etik. Denna framställning behandlar endast den senare formen. Orden »etisk frihet» och »etiskt motiverad frihet» betecknar i fortsättningen endast *den yttre handlingsfrihet som man bör åtnjuta i ljuset av kritisk etik.*

B KORT OM UTILITARISTISKA FRIHETSGRUNDER

Frågan varför varje individs fria handlingsutrymme bör vara tämligen stort kan besvaras i preferensutilitaristisk anda. Det går t.ex. att argumentera för tesen, att en fulländad preferensordning vari alla människors önskemål i alla tänkbara fall jämkas samman (se närmare avsnitt 5.8.2E3 ovan) måste omfatta en preferens för att varje individ har ett omfattande handlingsutrymme. På många håll försökte man gynna samhällsnyttan på frihetens bekostnad och resultaten var alltid desamma – ekonomisk ineffektivitet och kulturellt förfall som säkert inte motsvarar någon sådan preferensordning. Avvägningsfrågor mellan olika människors preferenser kan emellertid inte besvaras utan att man beaktar det konkreta samhällets kulturarv.

C UNIVERSELLA FRIHETSGRUNDER?

C1 Minimala frihetsläror. Förvisso kan man bortse från samhällets historia och endast beakta olika slags universella grunder som anses motivera slutsatsen att alla individer har rätt till ett visst fritt handlingsutrymme. Enligt min mening kan emellertid sådana universella grunder inte bestämma frihetsutrymmets omfattning. De duger endast till att besvara den »minimala» frågan varför en individ bör ha något fritt handlingsutrymme överhuvudtaget. Låt mig ge två exempel på sådana minimala läror.

De nedan åberopade författarna har förvisso uttalat även vissa starkare påståenden, men dessa behandlas inte i denna framställning.

C2 En handlingslära. Följande argumentation är en parafras av *Alan Gewirths* teori (jfr Hudson 1984, 115 ff.): Alla normala människor utför avsiktliga *handlingar*. Ett visst fritt handlingsutrymme är ett nödvändigt villkor för sådana handlingar. Varje människa bör ha det som är nödvändigt för att hon skulle kunna utföra några avsiktliga handlingar. Följaktligen bör varje människa ha ett visst fritt handlingsutrymme.

Argumentationen innehåller ett steg från teoretiska satser till en normsats. Detta steg kan uttalas generellt som följande grundantagande:

Om
- alla brukar utföra avsiktliga handlingar och
- att ha x är ett nödvändigt villkor för att en individ kan utföra några avsiktliga handlingar,

så bör varje människa ha x.

Det ovan sagda är oberoende av det preferensutilitaristiska antagandet om att etikens poäng är att följa människornas fulländade preferensordning. En motsvarande preferensutilitaristisk tes kan tänkas vara följande.

Om
- alla *vill* utföra avsiktliga handlingar och
- att ha x är ett nödvändigt villkor för att en individ skall kunna utföra några avsiktliga handlingar

så bör varje människa ha x.

Det ovan angivna grundantagandet kan måhända anses vara en analytisk sanning, bestämd av en möjlig tolkning av ordet »bör» i vår kultur. Andra tolkningar är emellertid likaledes möjliga.

Det kan t.ex. hävdas att detta antagande uttrycker en värdering, nämligen att en människas autonomi (eller hennes frihetssfär) är god. Frågan »varför det?» kan besvaras med ett påstående om att autonomin möjliggör en människas självförverkligande varvid det antas att detta självförverkligande är gott (jfr Nino 1992, 320 ff.).

En viktig fråga att ställa i detta sammanhang är om denna teori inte borde försvagas genom att »börat» uppfattas som ett *prima facie* böra. Följande distinktioner underlättar bedömningen.

- Förvisso kan man argumentera för att alla har en slutgiltig skyldighet att inte genom egna handlingar helt eliminera *samtliga* människors valfrihet. Inget samhälle, inga människor och följaktligen inga värden skulle kunna existera om inte ens en enda människa hade någon som helst valfrihet.
- Det slutgiltiga förbudet att helt eliminera *en enskild persons* valfrihet kan måhända rättfärdigas, men det kan även ifrågasättas. Är det t.ex. inte etiskt riktigt att genom medicinering hålla en mentalsjuk medvetslös om det enda alternativet är permanent raseri?

- En *partiell* eliminering av valfriheten kan utan tvekan rättfärdigas av *tyngre vägande* värden. Olika slags friheter, såsom yttrandefrihet, rörelsefrihet m.m. är således *prima facie*-värden, att respektera i det ifrågavarande fallet om inte andra värden väger tyngre. Yttrandefriheten kan följaktligen begränsas med hänsyn till andra människors integritet, rörelsefriheten med hänsyn till invandringspolitiken osv.

Den »negativa» *prima facie* skyldigheten att inte begränsa en annans frihet väger oftast tyngre än en eventuell »positiv» skyldighet att bidra till att samma persons valfrihet ökar genom att vissa frihetsbegränsande faktorer avlägsnas. Man får t.ex. *prima facie* inte tvinga en person att spara pengar (och därmed att avstå från sin frihet att slösa) för att därmed på sikt bli rik och således få den större frihet som ett »fett» bankkonto ger. Varje individs valfrihet väger också i princip tyngre än *andras* eventuella frihetsökning som kan tänkas bli ett resultat av denna individs ofrihet. Därför får man *prima facie* inte heller tvinga en person att spara för att göra andra rikare.

Ett särskilt viktigt särfall består av att *staten prima facie* inte genom normgivning respektive myndighetsutövning får eliminera medborgarnas grundläggande friheter. Individens autonomi utgör således liberalismens yttersta grund (jfr Spector 1991 kap 4 och 5). Men vissa former av valfrihet bör självfallet begränsas av staten, inte minst genom straffrättslig lagstiftning, t.ex. för att skydda sådana värden som medborgarnas liv, integritet och egendom.

Sådana avvägningsfrågor kan inte besvaras genom att man endast åberopar universella grunder. Ett motiverat svar måste dessutom beakta samhällets kulturarv.

C3 En diskurslära. En annan universell motivering av frihetssfären är följande.

Det strider med en människas intresse att godta en samhällsordning som inte lämnar andra människor något som helst fritt handlingsutrymme. En sådan ordning skulle ju sannolikt inte lämna något fritt handlingsutrymme åt henne själv heller. Följaktligen bör alla människor ha ett visst fritt handlingsutrymme.

Robert Alexy har förenat denna motivering med sin teori om rationell praktisk debatt. Grundidén är följande. Om individen inte tillerkänns vissa minimirättigheter kan man inte ens förstå poängen med så grundläggande och överallt högt värderade företeelser som en rationell debatt. Om det t.ex. inte antas, att medborgarna har *rätt* att tas på allvar, kan man inte heller förstå varför förnuftig argumentation är bättre än känslomässig påverkan med mutor och manipulation.

Följande argumentation kan sålunda tänkas (jfr Alexy 1991, 9 ff.).

(1) Alla individer som deltar i samhällslivet (i »människors mest generella livsform») brukar uttala påståenden och dessa kan motiveras.

(2) Motiveringen är bättre, ju närmare den följer reglerna för den rationella praktiska debatten.

(3) Alla bör kunna delta i samhällslivet uppfattat på detta sätt.

(4) Alltså: Alla bör kunna delta i den rationella praktiska debatten.

(5) Att en deltagare i en sådan debatt har en självständig ställning som individ är ett nödvändigt villkor för hans deltagande.

(6) Ett visst fritt handlingsutrymme är ett nödvändigt villkor för att en deltagare i en sådan debatt har självständig ställning som en individ.

(7) Om en deltagare i en sådan debatt hade godtagit en samhällsordning som inte lämnar andra människor något fritt handlingsutrymme, skulle något sådant handlingsutrymme sannolikt inte lämnas åt honom själv.

(8) Alltså: Alla deltagare i en rationell praktisk debatt bör vägra godta en samhällsordning som inte lämnar andra människor något fritt handlingsutrymme.

(9) En rationell praktisk debatt skulle dessutom visa att det är lönsamt för makthavare att medge alla människor ett visst fritt handlingsutrymme, inte blott i debatten utan även utanför denna.

(10) Alltså: En sådan debatt skulle visa att varje människa bör ha ett visst fritt handlingsutrymme, inte blott i debatten utan även utanför denna.

(11) Alltså: Alla människor bör ha ett visst fritt handlingsutrymme, inte blott i debatten utan även utanför denna.

Alexy uppfattar väsentliga delar av sin teori som »kantianska», motiverbara genom filosofiskt eftertanke, helt oberoende av vare sig människors preferenser eller samhällets kulturarv. Detta måste gälla inte minst antagandet (3). Ingen människa kan sålunda säga till sig själv: Jag bör *inte* delta i samhällslivet (i »människors mest generella livsform»). Alltså bör alla människor kunna delta i samhällslivet uppfattat på detta sätt.

Det må förhålla sig hur som helst med en sådan »kantiansk» filosofi. I vart fall utgör antagandet (3) ett steg från teoretiska satser till en normsats. Detta steg kan uttalas generellt som följande tes:

Om
- alla brukar delta i samhällslivet (i »människors mest generella livsform») och
- att ha x är ett nödvändigt villkor för att en individ kan delta i samhällslivet uppfattat på detta sätt,

så bör varje människa ha x.

Denna tes kan t.o.m. uppfattas som analytisk, dvs. bestämd av en möjlig tolkning av begreppet »bör» i vår kultur. Kan det sägas meningsfullt att jag »bör» göra det som ställer mig utanför samhället?

Återigen kan det konstateras att denna tes är oberoende av det preferensutilitaristiska antagandet om att etikens poäng är att följa människornas fulländade preferensordning. En motsvarande preferensutilitaristisk tes kan tänkas vara följande.

Om
- alla *vill* delta i samhällslivet uppfattat på detta sätt och
- att ha x är ett nödvändigt villkor för att en individ kan delta i samhällslivet uppfattat på detta sätt,

så bör varje människa ha x.

Denna teori måste enligt Alexy åtföljas av en »hobbesiansk» nyttomaximering. Det är på lång sikt lönsamt för makthavare att medge alla människor ett tämligen omfattande frihetsutrymme som omfattar personlig integritet, yttrandefrihet, »egendomsfrihet», »yrkesfrihet» m.m.

Makthavarnas nyttokalkyl måste emellertid ha stöd av en rad avvägningar. Dessa kan inte utföras genom att man endast åberopar universella grunder. Endast genom att beakta samhällets kulturarv kan makthavarna förvissa sig om hur mycket ofrihet medborgarna är beredda att tåla.

D »FÖRUTBEFINTLIG» ETISK PRIMA FACIE-FRIHET

Vill man säga något om det fria handlingsutrymmets rätta omfattning måste man sålunda avstå från universalitetsanspråk och beakta vissa data om samhällets kulturarv. Vissa etiska frihetsgrundande fakta är historiskt etablerade. Språkliga konventioner medför att det är språkligt naturligt att åberopa dessa fakta som stöd för sådana slutsatser som att A *prima facie* får utföra handlingen H. Det föreligger dessutom en historiskt utvecklad enighet inom vår kulturkrets om att det dessutom är relevant att således åberopa dessa fakta.

En fullständig lista av sådana fakta är svår att utarbeta men det går att utarbeta ett antal konkurrerande listor, ofullständiga men tillräckliga för att förmedla en grov uppfattning om vilka värden som är grundläggande inom en viss kultur. Det tycks således vara väl förankrad i den västerländska kulturen att varje individ får *prima facie* fritt förfoga över sin privata sfär (*suum*), t.ex. sitt liv, kropp, goda rykte, ära (jfr avsnitt 2.3.1F ovan), produkter av sitt arbete m.m.

En etiskt motiverad *prima facie*-frihet kan följaktligen vara »förutbefintlig».

E INGEN »FÖRUTBEFINTLIG» OCH SLUTGILTIG ETISK FRIHET

De skäl som utvecklats ovan talar däremot mot att en etiskt motiverad *slutgiltig* frihet kan vara »förutbefintlig». En individs etiskt motiverade frihetsutrymme skiftar från fall till fall, i ständigt samspel med andra individer. Den etiska motiveringen bygger på avvägningar som beaktar det konkreta samhällets komplexa egenskaper (jfr t.ex. Bauman 1988, 49 ff. och 71 ff.). Vidare måste sådana avvägningar beakta varje konkret fall i dess unika och fullständiga kontext. Den privata sfärens slutgiltiga omfattning bedöms olika, beroende på den ifrågavarande individs ständigt skiftande roller i det konkreta samhället. Avvägningen betingas ytterst sett av den etiska bedömarens personliga (intuitiva) preferenser, dels förutbefintliga, dels nya, utvecklade i det ifrågavarande fallet.

Någon *slutgiltig rättslig* frihet kan inte heller vara förutbefintlig i förhållande till den juridiska argumentationen i det ifrågavarande svåra fallet. Slutgiltig rättslig frihet är den juridiska argumentationens produkt. Närmare bestämt måste den fastställas genom en avvägning. Vid denna avvägning måste såväl den »förutbefintliga» rättsliga som den »förutbefintliga» etiska friheten beaktas, men endast som skäl för den slutgiltiga friheten. Dessa skäl kan vika mot tyngre vägande motskäl.

8.2.8 Anspråk

A ANSPRÅKSBEGREPPET

Förutom olika slags frihet finns det även andra typer av rättigheter.

En individ kan ha ett *anspråk* på att inte behöva tåla ett visst handlingssätt av en annan (*non pati*, Petrazycki 1959-1960 band 1, 103 ff.). Anspråket motsvarar andras skyldighet att inte uppträda på detta sätt (*non facere*). A har t.ex. ett anspråk på att inte misshandlas, och andra har skyldigheter att inte misshandla honom.

Följande antagande är sålunda rimligt:

Om en person har ett *prima facie*-anspråk på att en annan utför en viss handling så har den andre en *prima facie*-skyldighet att utföra handlingen.

Jfr Lindahl 1977, 15 ff. om Benthams motsvarande begreppsbildning.

A:s anspråk är inte detsamma som hans frihet att utföra någon handling. Vilken handling skulle det kunna vara? Inte heller är anspråket detsamma som A:s kompetens att göra något, t.ex. att stämma gärningsmannen. A:s anspråk på att inte störas uppfylls då ingen misshandlar honom, utan att A själv behöver göra någonting alls.

Kelsen (1960, 134-135) kallar ett sådant anspråk för en reflexrättighet, en »spegelbild» av en annan persons skyldighet. Jfr även Lindahl 1977, 26 om Hohfelds motsvarande begrepp. Stig Kanger anser likaledes att A:s anspråk gentemot B att F är detsamma som B:s skyldighet att se till att F, jfr Lindahl 1977, 44.

Likaledes kan det talas om en persons anspråk att få något (*accipere*); anspråket motsvarar en annans skyldighet att utföra en positiv handling (*facere*). Ett spädbarn har således ett anspråk på att få mat av sin mor (jfr Petrazycki 1959-1960 band 1, 103 ff.).

Ett anspråk på andras underlåtenhet kan vara universellt och ovillkorligt, såsom A:s anspråk att inte misshandlas av någon. Ett anspråk på en positiv handling riktas i regel mot bestämda personer (jfr Levin 1984, 91). »Sociala och ekonomiska» rättigheter såsom rätt till arbete är därför meningsfulla endast om det finns (eller bör finnas) en bestämd person, B (framför allt staten), som skall se till att anspråket uppfylls, t.ex. att A får arbete.

B »FÖRUTBEFINTLIGT» PRIMA FACIE-ANSPRÅK

Rättsliga prima facie anspråk grundas på lagen och andra rättskällor. I svåra fall måste dessa kompletteras med etiska hänsyn.

Olika *etiska prima facie* anspråk *härleds* av sådana »anspråksgrundande» fakta som människors grundläggande preferenser, behov och intressen (jfr Peczenik 1970, 154-155). Språkliga konventioner medför att det är *språkligt naturligt* att åberopa vissa fakta som *stöd* för slutsatser om A:s *prima facie*-anspråk. I vår kulturkrets råder dessutom *enighet* om att det är *relevant* att sålunda åberopa dessa fakta. Någon fullständig lista av sådana fakta är svår att utarbeta. Följande antagande måste anses vara rimligt, men det är endast ett ofullständigt exempel.

Om en viss person har
- en grundläggande preferens för att annan utför en viss handling;
- ett grundläggande intresse för att den andre utför handlingen; *eller*
- ett grundläggande behov av att den andre utför den; *osv.*,

så har denna person ett *prima facie*-anspråk på att den andre utför handlingen.

Självfallet är sådana grundläggande preferenser, intressen och behov inte *detsamma* som motsvarande *prima facie* anspråk (jfr t.ex. Opalek 1957, 302). Men de utgör en i den förevarande kulturen tillräcklig motivering av anspråken.

Begreppet »grundläggande» är förvisso vagt. Frågan om vilka preferenser, behov och intressen som är grundläggande kan emellertid i viss mån besvaras i anslutning till olika kulturbestämda *grundvärden*.

Vissa *prima facie* etiska anspråk kan därför anses vara »förutbefintliga» i förhållande till juridisk argumentation i det ifrågavarande svåra fallet.

C INDIREKT PRIMA FACIE-ANSPRÅK HÄRLETT AV PRIMA FACIE-SKYLDIGHET

Man kan som sagt härledda en persons *prima facie*-skyldighet att utföra en handling ur en annans person *prima facie*-anspråk på att handlingen utförs.

Den *omvända* inferensen är komplexare. Om en person har en skyldighet att utföra en bestämd handling *och* en viss anspråksgrundande relation mellan honom och en annan person föreligger, så har den andre ett *prima facie*-anspråk på att handlingen utförs. Låt mig ge två exempel på sådana relationer.

1) En (etisk eller rättslig) norm kan bestämma explicit att B har en viss skyldighet *gentemot A*, t.ex. bestämmer normen »modern är skyldig att ge mat åt sitt barn» explicit att det är barnet som skall få mat.

2) En skyldighetsnorm såsom »B skall göra H» kan emellertid stöda en sådan norm som »A har ett anspråk på att B gör H», även om den förra inte nämner A.

Anta t.ex. att det faktum att en person utför en bestämd handling väsentligt bidrar till uppfyllelse av en annans rimliga preferenser, behov eller intressen. Anta vidare att en etisk eller rättslig norm bestämmer att den förra har en *prima facie*-skyldighet att utföra handlingen. Det är då rimligt att

- den senare har ett *prima facie*-anspråk att den förra utför handlingen; och
- den förra har en *prima facie*-skyldighet att göra det *därför att* detta anspråk föreligger.

För att stöda A:s anspråk måste hans preferenser, intressen och behov vara etiskt *relevanta* (jfr t.ex. Martin 1986, 158). Den (primära) etiska relevansen är emellertid (avvägningsfritt) konstaterbar med stöd av kulturarvet (jfr avsnitt 5.8.5A ovan). Sådana indirekta *prima facie* etiska anspråk kan därför anses vara »förutbefintliga» i förhållande till juridisk argumentation i det ifrågavarande svåra fallet.

D INGET »FÖRUTBEFINTLIGT» SLUTGILTIGT ANSPRÅK

Med stöd av det ovan sagda måste man emellertid avvisa tanken på att *slutgiltiga* anspråk kan vara det, vare sig de bygger på juridiska eller etiska *prima facie*-anspråk.

8.2.9 Kompetens

A KOMPETENSBEGREPPET

En rättighet kan vara en kompetens. Rättsliga kompetenser grundar sig ofta på lagen och andra rättskällor (jfr avsnitt 2.6.6 ovan). I svåra fall måste dessutom etiska hänsyn beaktas. *Rättslig kompetens* kan definieras som en persons förmåga att skapa en rättslig effekt. En sådan effekt kan bestå av att en annan person erhåller vissa rättigheter eller skyldigheter (generellt uttryckt, en viss rättslig ställning eller »position», jfr Lindahl 1977, 212 m.m.).

B »FÖRUTBEFINTLIG» PRIMA FACIE-KOMPETENS. INGEN SLUTGILTIG KOMPETENS

Vissa *prima facie rättsliga* kompetenser kan givetvis anses vara »förutbefintliga» i förhållande till juridisk argumentation i det ifrågavarande svåra fallet. Dessa kompetenser kan t.ex. explicit uttryckas i en lagtext. Med stöd av det ovan sagda måste man emellertid avvisa tanken på att *slutgiltiga* kompetenser kan vara det.

C IMPLICIT RÄTTSLIG PRIMA FACIE-KOMPETENS

En rättslig *prima facie*-kompetens kan även uttryckas implicit, utan att lagtexten använder ordet »kompetens». Närmare bestämt: En person har kompetens att ändra en annans rättsliga ställning om, och endast om, det finns en handling och en situation om vilka följande gäller: om den förre utför denna handling i denna situation (och gör det på ett riktigt sätt) så kommer han därmed att ändra den senares rättsliga ställning (jfr Spaak 1992, 105). »Situationen» kan inte beskrivas i formallogiska (sanningsfunktionella) termer. Den situation som kompetensbegreppet sålunda förutsätter är dessutom ovanligt komplex, eftersom dess existens beror på olika slags *rättsliga* villkor.

Ingenting förhindrar att sådana implicita rättsliga *prima facie*-kompetenser anses vara »förutbefintliga» i förhållande till juridisk argumentation i svåra fall.

D IMPLICIT ETISK PRIMA FACIE KOMPETENS

Måhända går det att på ett liknande sätt tala om en »förutbefintlig» *prima facie etisk kompetens*, definierad som en persons förmåga att se till att en annan erhåller vissa etiska rättigheter eller skyldigheter. I vissa samhällen kan t.ex. föräldrarnas etiska kompetens att bestämma i sina barns angelägenheter vara längre gående än deras rättsliga kompetens. I vilket fall som helst kan endast *prima facie* etiska kompetenser, inte *slutgiltiga* sådana tänkas vara »förutbefintliga» i förhållande till juridisk argumentation.

8.2.10 Sammansatta rättigheter

Det finns även sammansatta rättigheter (se vidare Lindahl 1977, 34 ff.), som bildar ett komplex av vissa friheter, anspråk och kompetenser. Sådana rättigheter består ofta av att en person har *rätt till* en viss sak eller annan nyttighet. Den enskilde kan t.ex. ha en etisk rätt till produkter av sitt arbete. Jfr avsnitt 2.6.7 ovan om *rättsliga* rättigheter, såsom äganderätt. En mängd friheter, anspråk och kompetenser förenas därmed i en helhet, dvs. en rätt till en viss nyttighet. Föreningen gör det lättare att kortfattat uttrycka komplexa förhållanden (se avsnitt 2.6.8 ovan) och att modifiera varje komponent utan att för den skull ändra den sammansatta rättighetens identitet (Finnis 1980, 202). Sammansatta rättigheter kommer emellertid inte att behandlas i detta arbete.

8.2.11 Samspel mellan olika personers slutgiltiga rättigheter

För att bestämma de viktigaste frihets-, anspråks-, kompetens- och rättighetsgrundande fakta av det ifrågavarande slaget måste man självfallet utföra avvägningar mellan olika etiska hänsyn. *Dessutom måste dessa avvägningar vägas samman med varandra.*

Följande tillspetsade och något »afrikanska» exempel belyser problemet. Anta att bonden B har ett grundläggande intresse av att få använda ett visst slags konstgödsel, medan grannen A har ett grundläggande intresse av att B inte gör det. Eftersom konstgödseln kommer att helt förgifta A:s fastighet kan A:s intresse anses utgöra det viktigaste bland de fakta som grundar A:s *prima facie*-anspråk på att B inte använder konstgödseln. Ändå måste A:s intresse vika för B:s, om konstgödseln är nödvändig för att B inte svälter ihjäl. B:s intresse av att inte svälta ihjäl är inte blott det viktigaste bland de fakta som grundar hans *prima facie*-frihet att bruka konstgödseln, utan dessutom viktigare än A:s intresse.

8.3 Ett enda rätt svar?

8.3.1 Tesen om ett enda rätt svar

A INLEDNING – TVÅ VERSIONER

Enligt Dworkin finns det ett enda rätt svar på varje rättighetsfråga, och detta alldeles oavsett hur svår frågan är.

Tesen om det enda rätta svaret har en stark och en svag version.

Den starka versionen förespråkades t.ex. av vissa extrema former av såväl naturrättsläran som den s.k. begreppsjurisprudensen. Den hävdade att det finns ett enda rätt svar på varje rättsfråga och att det alltid är möjligt att finna det rätta svaret.

Den svaga versionen kan beskrivas på följande sätt. Det finns ett enda rätt svar på varje rättsfråga men det är inte alltid möjligt att finna det rätta svaret.

B HERCULES

Dworkin förespråkar den svaga versionen av tesen. Visserligen kan en vanlig domare ha stora problem med att finna svaret, men den perfekte »domaren Hercules» skulle lyckas därmed (Dworkin 1977, 105 ff.).

»Domaren Hercules» är en idealmodell som har följande egenskaper:
- obegränsad tid till förfogande,
- obegränsad frihet,
- obegränsad kunskap,
- obegränsad intelligens, och
- ständig vilja att finna det bäst motiverade svaret på alla rättsfrågor.

»Domaren Hercules» skulle enligt Dworkin misslyckas med att finna det enda rätta svaret endast om skälen för och mot ett visst avgörande vägde exakt lika. Det finns emellertid så många rättskällor och etiska sakskäl att en sådan jämvikt inte är sannolik (Dworkin 1977, 2869. Därför finns det enligt Dworkin verkligen ett enda rätt svar på varje rättsfråga.

Dworkin är väl medveten om att en lagbestämmelse kan innehålla sådana vaga värdeord som »skälig», att domaren har det sista ordet i lagtolkningsfrågor, samt att lagens vaghet kan tvinga honom till att lita på sina egna värdeomdömen. Ändå förkastar han »den starka tesen om skönsmässiga avgöranden». Denna tes innebär att domstolen *fritt* nyskapar vissa normer, rättigheter m.m. inom lagreglernas vaga ram. Dworkin anser däremot att domstolen är bunden av såväl rättsregler som rättsprinciper. De sistnämnda konstrueras visserligen med beaktande av domarens personliga värdeomdömen. I förening med rättskällorna och de etablerade etiska ståndpunkterna kan emellertid värdeomdömena enligt Dworkin leda domaren till ett enda rätt svar på den föreliggande rättsfrågan. De vaga värdeord som lagen innehåller – satta i sitt rätta sammanhang med etablerad etik och domarens värdeomdömen – bestämmer sålunda det rätta svaret. M.a.o. uppfattar Dworkin lagens värdeord som kontextuellt exakta (fast lexikaliskt vaga).

C OM RÄTT OCH RÄTTIGHET

En viktig del av Dworkins argumentation kan rekonstrueras på följande sätt.

a) Dworkin anser som sagt att processens alla deltagare, under intryck av det rättsliga språket, tar för givet att processens ändamål är att fastställa vilken part som har rätt.

Alltså:

b) Vid varje rättslig process har en av parterna rätt.

Alltså:

c) Vid varje rättslig process har den omtvistade frågan ett riktigt svar, dvs. det svar som motsvarar rättsuppfattningen hos den part som har rätt.

Alltså:

d) Det finns ett enda rätt svar på varje rättsfråga.

I stället för denna »glidning» kan emellertid följande, långt försiktigare, argumentation utföras.

a) Under intryck av det rättsliga språket, tar processens alla deltagare för givet att processens ändamål är att fastställa vilken part som har rätt.

Alltså:

b) Vid varje rättslig process ställs *frågan* vilken part som har rätt.

Men:

c') Denna fråga kan besvaras på ett av följande olika sätt, beroende på det ifrågavarande rättsfallets beskaffenhet:

c1) Lagar, prejudikat och andra rättskällor utgör tillsammans en tillräcklig grund för att avgöra vilken part som har rätt.

c2) Lagar, prejudikat och andra rättskällor utgör inte någon tillräcklig grund för att avgöra vilken part som har rätt. En kombination av dessa rättskällor med de traditionella juridiska argumentationsnormerna och välgrundade etiska normer respektive värdeomdömen utgör emellertid en sådan grund.

c3) Inte ens en sådan kombination av premisser utgör någon tillräcklig grund för att slutgiltigt avgöra vilken part som har rätt. Domstolen måste således avgöra fallet genom en avvägning, vilken ytterst vilar på fritt skön.

Alltså

d) I vissa fall finns det ett enda rätt svar på den omtvistade rättsfrågan, i andra fall – jfr c3 – finns det många svar som domaren kan välja.

D EXKURS OM FILOSOFISK METOD

Några ord bör även ägnas åt Dworkins filosofiska metod. Hans teser bygger på processdeltagarnas dolda föreställningar. Enligt Dworkin kan man inte meningsfullt förneka det som processens deltagare under intryck av det rättsliga språket tar för givet. Om de tar för givet att processens ändamål är att fastställa rättigheter, så *är* processens ändamål att fastställa rättigheter. Om de tar för givet att det finns ett enda rätt svar på varje rättsfråga, så finns det ett enda rätt svar på varje rättsfråga.

Det har just konstaterats att det inte är så säkert att processens deltagare tar sådana ting för givna. Dessutom är en rättsteoretiker inte tvungen att instämma med dessa teser ens om de hade tagits för givna av parterna. Enligt min mening kan man förneka det som i processen tas för givet, nämligen om det strider med antaganden som i många andra sammanhang tas för givna. Man kan t.ex. under processens gång ta för givet att vissa rättigheter finns redan innan någon ens hade uttalat de rättsnormer av vilka de följer. Sedan kan man fundera över vad som tas för givet då man säger att någonting finns till. Kan sådana outtalade rättigheter överhuvudtaget sägas äga någon existens? Man kan – beroende på komplexa filosofiska antaganden – väl komma till den insikten, att det inte är möjligt.

Sådana filosofiska eftertankar har av Dworkin (1986, 78 ff. och 266 ff.) betecknats som en felaktig »extern skepticism». Enligt Dworkin kan en jurist inte på en och samma gång föreslå en lösning på ett svårt rättsfall och ändå förneka att det endast finns ett enda rätt svar på frågan hur fallet bör lösas. En jurist kan t.ex. inte hävda att A har rätt till X och att det ändå inte finns ett enda rätt svar till frågan om A har rätt till X. Det finns nämligen ingen viktig skillnad mellan satserna

(1) A har rätt till X, och

(2) det finns blott ett enda rätt svar på frågan om A:s rätt till X, nämligen att A har rätt till X.

Likaledes finns det enligt Dworkin ingen viktig skillnad mellan satserna

(1) slaveriet är fel, och

(2) det finns blott ett enda rätt svar på den etiska frågan om slaveriets berättigande, nämligen att slaveriet är fel.

Om någon anser att slaveriet är fel måste han följaktligen enligt Dworkin godta åsikten att det blott finns ett enda rätt svar på den etiska slaverifrågan.

Dworkin förbiser emellertid en avgörande skillnad mellan etiska respektive juridiska satser av typ 1 och filosofiska satser av typ 2. De förstnämnda uttrycker den talandes etiska respektive juridiska ståndpunkt som inte blott har en viss teoretisk utan även en viss praktisk innebörd. Den talande genomför nämligen en avvägning, finner t ex att skäl för att A har rätt till X, eller att skälen för att slaveriet är fel väger tyngre än respektive motskäl. Bedömningen av skälens vikt vilar ytterst sett på den talandes personliga preferenser. Dessa preferensers roll gör det förenligt med sådana etiska och juridiska ståndpunkter att samtidigt acceptera uppfattningen att det finns olika väl motiverade svar på svåra etiska och juridiska avvägningsfrågor. Det går nämligen på en och samma gång att hävda att

enligt den avvägning som jag gör har A rätt till X, och
- enligt den avvägning som en annan person gör har A ingen rätt till X.

Den värdefilosofiska satsen 2 saknar denna praktiska innebörd. Därför kan den juridiska satsen inte följa av den värdefilosofiska.

Dworkin har godtyckligt bestämt sig för att inte beakta denna olikhet.

Detta är ett särfall av Dworkins mera principiella beslut att helt konsekvent inta juristernas interna synvinkel, och bortse från alla metateorier som uttalar externa påståenden och värdeomdömen *om* juristernas metod. Däri ligger den huvudsakliga skillnaden mellan Dworkin och den kontinentaleuropeiska och nordiska traditionen inom rättsteori. Skillnaden framgår bl.a. av jämförelse mellan Dworkins teori och den finländske rättsteoretikerns Makkonen (jfr Oker-Blom (1978, 251 ff., särskilt 310 ff.; jfr Aarnio 1987, 164 ff.).

8.3.2 Ojämförbarhet och dess konsekvenser

A ALLMÄNT OM OJÄMFÖRBARHET

Man kan sålunda hävda att Dworkins tes om det enda rätta svaret är falsk. Dworkin räknar endast med följande tre möjligheter: (a) skälen väger tyngre; (b) motskälen väger tyngre; och (c) skälen och motskälen har samma tyngd. Han förbiser en fjärde möjlighet: (d) skälen och motskälen är ojämförbara, dvs. man kan aldrig veta vilka som väger tyngst (jfr Mackie 1977b, 9).

Möjligheterna (c) och (d) innebär att juridisk argumentation slutar med osäkerhet. Ännu större blir osäkerheten då *olika individer* försöker finna det gemensamma svaret på svåra rättsfrågor.

B AVVÄGNINGSMÄSSIG KONSEKVENS: FLERA RÄTTA SVAR

Notera väl att det ovan sagda gäller *slutgiltiga* juridiska norm- respektive värdesatser. Frågan om sådana *prima facie*-satser behandlas inte i detta avsnitt.

I detta sammanhang kan man återigen använda begreppen »avvägningsmässigt slutgiltig juridisk slutsats» och »slutgiltigt handlingsrättfärdigande juridisk slutsats» (se närmare avsnitt 5.9.1B ovan). Således behöver man inte anta att det bara finns *ett* fullständigt motiverat svar på en fråga om en *avvägningsmässigt* slutgiltig värdering eller slutgiltig skyldighet. Måhända är såväl ett visst svar som dess negation så bra motiverade som det överhuvudtaget kan tänkas. Närmare bestämt är både en bestämd värde- respektive normsats och dess negation motiverbara genom en slutgiltig avvägning, dvs. så pass väl att inga tänkbara motskäl väger tyngre i det ifrågavarande fallet. Skälen och motskälen kan vara ojämförbara, dvs. man kan aldrig veta vilka som väger tyngre.

På så sätt framstår det juridiska argumentationssystemet som *öppet* medan Dworkin tycks förutsätta att det är slutet.

Med användning av Dworkins metafor kan det ovan sagda – i strid mot hans egna åsikter – uttryckas så här. Om skälen för och emot ett visst avgörande inte kan jämföras finns det flera lika riktiga (dvs. lika väl motiverade) svar på den värderingsfråga som avgörandet gäller. Inte ens »domaren Hercules» skulle då lyckas med att finna det enda rätta svaret. Flera »Herculesar» är tänkbara, var och en utrustad med obegränsad tid, frihet, kunskap, intelligens och ständig vilja att finna det bäst motiverade svaret på alla rättsfrågor. »Herculesarna» skiljer sig från varandra endast genom olika personliga preferenser. Denna olikhet kan medföra att de ger olika svar på den aktuella värderingsfrågan. Ett enda korrekt svar finns det endast på *vissa* frågor, nämligen sådana som kännetecknas av att alla »Herculesar» har identiska preferenser.

Robert Alexy har gjort gällande att inte ens den perfekt rationella debatten måste leda till ett enda riktigt svar på varje rättsfråga. Enligt min mening är hans tankar tillämpliga t.o.m. på en debatt mellan olika »Herculesar». Anledningen till denna relativism är följande (jfr Aarnio, Alexy och Peczenik 1981, 272).

- Debatten styrs av bl.a. de rationalitetsregler som endast uttrycker vissa ideal, vilka man kan sträva efter men inte helt uppfylla, t.ex. regeln om debattens öppenhet för alla.
- Debattreglerna bestämmer inte entydigt alla steg i argumentationsprocessen.

- Debatten börjar med faktiskt föreliggande – och ofta olika – övertygelser hos olika debattörer. Även »Herculesar» kan ha olika övertygelser, ytterst motiverade med olika personliga preferenser.

C HANDLINGSMÄSSIG KONSEKVENS – INGET RÄTT SVAR

Att en juridisk slutsats är avvägningsmässigt slutgiltig behöver emellertid inte utgöra ett skäl att handla i enlighet med den.

En slutgiltigt *handlingsrättfärdigande* juridisk slutsats bestämmer vad man definitivt skall respektive får göra. Att en person på så sätt är slutgiltigt skyldig att utföra handlingen H innebär att han skall utföra handlingen. Så är fallet därför att den kan motiveras så pass väl att *alla* tänkbara motskäl väger *mindre tungt* i det ifrågavarande fallet.

Det behöver emellertid inte finnas *något* rätt svar på frågan om man skall göra H eller inte. Alla tänkbara argumentationslinjer leder till osäkerhet, eftersom skälen och motskälen är ojämförbara.

8.3.3 Varför kan skäl och motskäl vara ojämförbara?

A VISSA SYNPUNKTER PÅ SPRÅKET, AVVÄGNINGAR OCH VALFRIHETEN

Det finns följande orsaker till denna ojämförbarhet (jfr Peczenik 1988, 169 ff och 1989, 301 ff.).

1) Först och främst innehåller såväl det etiska som det juridiska språket många vaga, däribland värdeöppna ord.

Denna omständighet skulle emellertid inte övertyga Dworkin. Han vet givetvis att lagens ord kan vara lexikaliskt vaga. Han anser ändå att de är *kontextuellt* exakta, genom att den etiska argumentation som beaktar alla etiskt relevanta hänsyn ger ett tillräckligt stöd för deras exakta (och slutgiltiga, inte blott *prima facie*) tolkning.

Dworkin förkastar »den starka skönsmässighetstesen» som innebär att domstolen genom *fritt skön* nyskapar vissa normer, rättigheter m.m. inom lagreglernas vaga ram. Han anser att domstolen är bunden av såväl rättsregler som rättsprinciper. De sistnämnda konstrueras visserligen med beaktande av domarens personliga värdeomdömen. I förening med rättskällorna och de etablerade etiska ståndpunkterna kan emellertid värdeomdömena enligt Dworkin leda domaren till ett enda rätt svar på den föreliggande rättsfrågan.

2) En mer djupgående anledning till att såväl etiska som juridiska skäl och motskäl kan vara ojämförbara hänger samman med den roll som olika individers personliga preferenser spelar vid avvägning av dessa skäl.

Det finns visserligen ett etablerat språkbruk och en etablerad kulturtradition som bestämmer att vissa fakta kan och bör beaktas som provisoriska (*prima facie*) skäl för praktiska satser. Men definitiva (inte blott *prima facie*) etiska och juridiska slutsatser förutsätter en slutgiltig *avvägning* mellan olika sådana skäl.

Jag har emellertid hävdat att denna avvägning ytterst sett vilar på betraktarens personliga och intuitiva preferenser. I riktigt svåra fall kan följaktligen ingen »Hercules» på förhand veta hur andra »Herculesar» kommer att döma. Fallets utgång beror ytterst på deras personliga preferenser och dessa visar sig först i efterhand, efter att en fullständig avvägning genomförts.

3) Denna uppfattning skiljer sig som sagt både från emotivism, som endast betonar känslor, och från värdekognitivism, som underskattar de personliga preferensernas roll. Dworkin är emellertid värdekognitivist. Han skulle förneka, att den enskildes intuitiva preferenser spelar en så pass avgörande roll. Därför måste man betrakta saken på ett ännu mer djuplodande sätt och då kommer följande omständigheter in i bilden.

a) Ytterst sett har alla människor en viss frihet att godta eller förkasta olika värdesystem.

> »Den praktiska friheten kan bevisas genom erfarenhet» (Kant 1781, A 803, B 830; jfr en utförlig kommentar av Steinvorth 1994, 179 ff.). »Jag påstår nu: varje väsen som inte kan handla annat än under *idén att det är fritt* är också verkligen fritt i praktiskt avseende; precis som om dess vilja förklarats vara i sig själv fri i den teoretiska filosofins mening» (Kant 1785, BA 101; översättning av Marc-Wogau 1976 band 2, 409) – »dvs. fri i betydelsen av en vilja som har förmåga att av sig själv påböra en kausalkedja» (*Marc-Wogaus* kommentar, *id.*).

b) Visserligen föredrar en normal människa en väl motiverad (dvs. väl sammanhängande) etisk och juridisk uppfattning framför en mindre väl motiverad. Den nödvändiga betingelsen för att en sådan slutsats är riktig utgörs av att den så väl som möjligt uppfyller motiverings- och saklighetskrav. Men dessa krav är inte tillräckligt exakta för att tillförsäkra ett enda riktigt svar på alla värderande och normativa frågor. I de fall man inte kan bestämma vilket system som är mer och vilket som är mindre väl motiverat är man benägen att lita på intuitionen.

B OBJEKTIVITET OCH RELATIVISM

Denna benägenhet förklaras genom att man inte förväntar sig samma objektivitet i praktiska frågor som i de teoretiska. En teoretisk sats kan inte vara sann för vissa personer och falsk för andra. Men när det gäller praktiska satser ffnns det ett visst utrymme för relativism. En tavla kan vara vacker för vissa och ful för andra. En handling kan vara god för vissa och ond för andra. En lagtolkning kan vara riktig för vissa och mindre riktig för andra. Båda sidor kan från sina respektive utgångspunkter ha rätt, förutsatt att de presterar en väl sammanhängande och saklig motivering. Kraven på motivering leder emellertid till att enighet oftast nås, eller i vart fall till att skälen för oenighet klarläggs.

C RÄTT SVAR OCH SANNING

Skillnaden mellan objektivitetskravet i det teoretiska och det praktiska sammanhanget kan även förklaras på följande sätt. Vi antar alla att det endast finns en enda värld, gemensam för oss alla. Empiriska satser beskriver denna värld. Därför måste det i princip finnas ett enda rätt svar på alla empiriska frågor. Antingen är den sats man uttalar sann – och då stämmer den överens med verkligheten – eller också är den falsk, och då stämmer den inte överens med verkligheten.

Å andra sidan är det minst sagt omstritt om slutgiltiga etiska norm- och värdesatser beskriver några objektiva värden, gemensamma för alla människor. Följaktligen är det rimligt att anta att sådana satser saknar sanningsvärde. De är riktiga eller inte riktiga, men de kan inte vara sanna respektive falska.

8.4 Sammanhang, riktighet och sanning

8.4.1 Sanningsteorier

A SANNINGSBEGREPPETS OLIKA ASPEKTER

För att försvara denna ståndpunkt måste det sägas något om själva sanningsbegreppet. Jag börjar med teoretiska satsers sanning. På så sätt skapas en bakgrund för att senare kunna behandla förhållandet mellan sanningsbegreppet och praktiska, däribland juridiska satser.

I *formallogiken* finns det ingen anledning att skilja mellan sanning hos teoretiska och praktiska satser. Logikerna konstruerar kalkyler med två värden 1 och 0. Om kalkylen säger att en sats har värdet 1 är satsen i den formallogiska betydelsen sann. Men utanför logiken är skillnaden viktig.

Sanningsbegreppet har en *ontologisk* mening. Att en sats är sann betyder att den någorlunda motsvarar det som är fallet.

Samtidigt har sanningsbegreppet en *kunskapsteoretisk* och en *vetenskapsteoretisk* funktion, dvs. uppställer ändamålet med sådana verksamheter som debatt, argumentation och forskning. Ändamålet är att man bör sträva efter kunskap. Att så mycket som möjligt närma sig sanningen utgör utan tvekan den teoretiska argumentationens och vetenskapens ändamål (»regulativ idé», jfr Popper 1972, 29–30).

Följande frågor är däremot kontroversiella: Är teorier verklighetens adekvata »modeller» respektive tolkningar? Är de oersättliga: måste sann kunskap gå förlorad då de ersätts av »teorilösa» observationsdata? (jfr t.ex. Kutschera 1972 band 2, 391 ff.). Kunskapsteoretiska »realisters» svar på dessa frågor är »ja», instrumentalisters svar är »nej» (jfr Hempel 1958, 49 om »teoriparadoxen»; jfr Gärdenfors 1980, 78 ff.).

B SANNING SOM ÖVERENSSTÄMMELSE MELLAN TRO OCH FAKTA

Sanning betraktas av de flesta människor som överensstämmelse mellan tro och fakta. En något försiktigare definition är följande: satsen säger att det är så och så, och det är just så som satsen säger. Det är den klassiska sanningsteorin som också kallas för *korrespondensteorin*: satsens innehåll korresponderar med verkligheten.

Korrespondensteorin möter följande svårighet, som redan i antiken uppmärksammades av skeptiker. Vi kan redogöra för vår tro. Men kan vi jämföra den med det som är fallet? Känner vi till »verkliga» fakta? Det enda sättet att få kunskap om fakta är att lita på erfarenhet och förnuft, men hur vet vi med säkerhet att dessa kunskapskällor pålitligt redogör för fakta? *René Descartes* har sagt att om en elak demon hela tiden vilselett oss, skulle vi inte kunna veta det, utan vi skulle trott på fiktioner och inte på fakta. *George Berkeley* har därför konkluderat att en individ endast har kunskap om sina psykiska upplevelser, inte om fakta.

Till följd av dessa svårigheter har flera filosofer förespråkat s.k. icke-klassiska definitioner av sanning.

C KOHERENSTEORI OM SANNING

Att en sats är sann betyder enligt den s.k. *koherensteorin* (dvs. sammanhangsteorin) detsamma som att den ingår i en perfekt sammanhängande mängd av satser. Men måste en perfekt sammanhängande teori vara sann? Den uppenbara invändningen är att t.o.m. en roman fast osann kan vara sammanhängande. En mera sofistikerad koherensteori hävdar följaktligen

att en sann sats måste ingå i en sammanhängande världsbild, dvs. en satsmängd som har en väl sammanhängande motivering och spänner över alla livsområden; jfr avsnitt 7.7.2 ovan.

D KONSENSUSTEORI OM SANNING

Den s.k. *konsensusteorin* (dvs. enighetsteorin) definierar sanning på följande sätt. Att en sats är sann betyder detsamma som att det föreligger allmän enighet om att det är så som satsen säger. Att satsen »jorden är rund» är sann innebär t.ex. att alla anser att jorden är rund. Den uppenbara invändningen mot konsensusteorin är att jorden var rund även då alla ansåg att den var platt. En mera sofistikerad konsensusteori har utarbetats av bl.a. *Karl-Otto Apel* och *Jürgen Habermas*. Enligt Habermas (1973, 218) betyder satsen »en sats är sann» detsamma som att det giltighetsanspråk med vilket satsen uttalas är motiverbart. Så är fallet om och endast om alla skulle godkänna denna sats om de deltagit i en helt rationell debatt (a.a., 240). *Robert Alexys* teori (se avsnitt 7.10.2 ff. ovan) är en vidareutveckling av denna lära.

E PRAGMATISK TEORI OM SANNING

Enligt den *pragmatiska* teorin betyder uttrycket »en sats är sann» ungefär detsamma som »en tro på denna sats har ändamålsenliga konsekvenser». Det faktum att man t.ex. tror på fysikernas påståenden om ånga medför att man kan bygga ångmaskiner. Den mängd satser som bildar naturvetenskapen är således sann därför att den hjälper ingenjörerna att bygga fungerande maskiner. Den uppenbara invändningen är att även falska övertygelser kan vara ändamålsenliga. En ingenjör kan t.ex. tro, att Gud befallt honom att arbeta mer än 70 timmar i veckan. Ingenjören blir säkert framgångsrik även om trossatsen är falsk. En mer sofistikerad pragmatisk teori förutsätter därför att en sats är sann om den *generellt* (i normala förhållanden) bildar ett såväl tillräckligt som nödvändigt villkor för olika slags pragmatiska framgångar: Om och endast om man anpassar sina handlingar till den information som satsen uttrycker kan man förverkliga sina olika syften.

Inte ens en sådan teori är emellertid invändningsfri. Uttrycken »generellt» och »normala förhållanden» är vaga och måste kompletteras med en rad förklaringar och tillägg.

F DEN ICKE-KOGNITIVISTISKA TEORIN OM SANNING

Till sist uttrycker satsen »p är sann» enligt den *icke-kognitivistiska* teorin endast den talandes positiva attityd gentemot satsen p. Genom att säga »p är sann» beskriver man alltså ingenting utan visar blott sina känslor. Den självklara invändningen är att en sådan sanningsteori inte belyser utan i stället upplöser sanningsbegreppet.

G DE ICKE-KLASSISKA SANNINGSTEORIERNAS PRINCIPIELLA SVAGHET

De icke-klassiska sanningsteorierna möter följande svårighet (jfr avsnitt 5.2.2 ovan om Moores »öppna frågans argument»). Det är meningsfullt att ställa sådana frågor som »visserligen följer satsen av en teori som har en väl sammanhängande motivering, *men är satsen sann?*», eller »visserligen tror alla på det som satsen uttalar, men är satsen sann?» Om de icke-klassiska sanningsteorierna hade fullständigt återgivit betydelsen av ordet »sant» skulle sådana frågor vara lika meningslösa som frågan »visserligen är Jan kvinnoläkare men är han gynekolog?». Den sistnämnda frågan är meningslös därför att orden »kvinnoläkare» och »gynekolog» betyder samma sak. Det går inte att ifrågasätta definitionen av ordet »gynekolog» med ordet »kvinnoläkare». De frågor som rör sanning är däremot meningsfulla därför att ordet »sant» *inte* betyder det som de icke-klassiska teorierna hävdar.

Man måste därför trots alla problem godta korrespondensteorin som en teori om sanningsbegreppet. Att en sats är sann *betyder* att den befinner sig i en viss relation till det som är fallet (jfr även Strömholm 1988, 103 ff.). Visserligen är det svårt att helt exakt säga hurdan denna relation är. Men följande oklara formulering *approximerar* sanningsbegreppets betydelse: Sanning är detsamma som överensstämmelse mellan tro och fakta. De icke-klassiska teorierna pekar ut olika *kännetecken* på att en sats är sann, eller olika metoder att identifiera sanna satser, dvs. olika *indikationer* på att det är just så som satsen säger, men icke meningen med begreppet »sanning».

8.4.2 Mer om korrespondensteorin

A VAD ÄR FAKTA?

Korrespondensteorin möter emellertid vissa svårigheter. Huvudproblemet har redan antytts. Sanning är detsamma som överensstämmelse mellan tro och fakta. Vi kan redogöra för vår tro. Men kan vi jämföra den med fakta?

Det kan sägas att världen består av alla fakta (jfr Wittgenstein (1922 §§ 1.1). Man *vad* är fakta? Med vilka fakta överensstämmer sådana satser som »x *kan* inträffa» och »x orsakar y»? Vilka fakta motsvarar matematiska teser? Består själva världen av bl.a. möjligheter, orsakssammanhang och matematiska relationer? Är det inte i stället så att fakta, t.ex. det faktum att x orsakar y, är *teoribemängda*, beroende av våra teorier och vårt *språk*, inte endast av världen i sig? (jfr t.ex. Strawson 1964, 32 ff.; Habermas 1973, 211 ff. och Lauridsen 1977, 196 ff.).

Att fakta är färgade av vårt språk följer även av en analys av sådana uttryck som »det är ett faktum att Brutus dödade Caesar». Händelsen inträffade år 44 f.Kr. men även idag, två tusen år senare, kan det sägas att det *är* (och inte »var») ett faktum att Brutus dödade Caesar. Vidare är det ett faktum *att* Brutus dödade Caesar. Ordet »att» är språkets skapelse. Det kan knappast sägas att världen i sig innefattar något sådant som ett »att» (jfr t.ex. Patzig 1980, 20 och Mulligan, Simons och Smith 1987, 210 ff.).

Språkanalysens filosofiska betydelse kan emellertid ifrågasättas. Sådana uttryck som »det *är* ett faktum att Brutus dödade Caesar» vittnar snarare om vardagsspråkets inkonsekvens än om några djupgående filosofiska sanningar. Man kan säkert tänka sig ett språk i vilket det korrekta uttrycket är »det *var* ett faktum...». Kanske kan även mer »exotiska» språk tänkas som överhuvudtaget saknar »att» men ändå förmedlar upplysningar om fakta.

B VAD ÄR ÖVERENSSTÄMMELSE MED FAKTA?

Vad innebär att en sats *överensstämmer* med ett faktum? Det är inte lätt att klart säga hur så olika ting som språket och fakta kan stämma överens. Wittgenstein (1922 §§ 2.1 ff. och 4.01 ff.) ansåg antagligen att överensstämmelsen innebär att en sats och ett faktum har en och samma struktur. En sådan uppfattning kan emellertid kritiseras (jfr t.ex. Bunge 1974, 93) bl.a. på grund av språkets vaghet och föränderlighet. Är fakta i sig vaga? Ändras de då språket ändras? (Apel 1976, 124-125).

C EN FÖRSVAGAD KORRESPONDENSTEORI

Dessa två invändningar kan undvaras om korrespondensteorin modifieras på följande sätt.

1. »Genom att uppställa något som helst anspråk på sanning eller kunskap förpliktar vi oss till att anse att vissa ting, om vilka satsen ytterst handlar, existerar» (Black 1977, 57).

I ett rättsteoretiskt sammanhang har *Stig Jørgensen* (1990, 83) påpekat »at vi må fastholde den realistiske erkendelsesteori, som forudsætter, at virkeligheden eksisterer forud for og uafhængig af vor erkendelse. Hvis vi ikke gør det, vil vi miste forbindelsen med og kontrollen over realiteterne og ende som tidligere tiders retsteori i virkligedsfjærne spekulationer og automatiske deduktioner fra tomme begrebssystemer.» Enligt *Peter Høilund* »bortser Stig Jørgensen... fra den menneskelige grundvilkår, ifølge hvilken det ikke længre (sic!) er muligt at adskille verden fra vores forestilling om den. Formålet er at opretholde fiktionen om en rent objektiv verden, som bl.a juristerne har kontrol over, dvs.. postulatet om retssikkerhed»; supplement (1994), 45-6. Høilund uppfattar sålunda både rättsvetenskapen och rättssäkerheten som fiktioner. Men är det inte bättre att välja en sådan sannings- och kunskapsteori som undviker så pass absurda konsekvenser?

2. Det finns följaktligen något i den verkliga världen som gör en sats sann eller falsk. Den verkliga världen bestämmer satsens *sanningsvillkor*. Den verkliga världen innefattar vissa »sanningsmakare» (jfr Mulligan, Simons och Smith 1987, 210 ff.). Om satsen p är sann, så finns det en »sanningsmakare» som gör den sann (a.a. 246). Dessa sanningsvillkor existerar »därute» i själva världen och de har existerat redan innan satsen uttalats (jfr Patzig 1980, 38).

3. Genom att uppställa ett anspråk på att en sats är sann förpliktar vi oss till att tro att det är så som satsen säger.

4. Genom att uppställa ett anspråk på sanning eller kunskap förpliktar vi oss emellertid inte till att acceptera någon bestämd filosofisk teori om vad det något oklara uttrycket »det är så som satsen säger» egentligen betyder. Vi förpliktar oss m.a.o. inte till någon bestämd teori om sanningsvillkorens karaktär eller deras struktur.

5. Konsensus, sammanhang och måluppfyllelse (se ovan) är kännetecken på att den ifrågavarande satsen är sann.

8.4.3 Sanning och sammanhängande motivering

Men *varför* föreligger detta förhållande mellan sammanhängande motivering, saklig debatt, måluppfyllelse och det som är fallet? Frågan kan inte besvaras. Låt mig i stället utgå från följande ontologiskt *antagande*:

Världens tillstånd, dvs. det som är fallet, bestämmer att vissa satser kan motiveras på ett väl sammanhängande sätt, medan andra inte kan det.

Att försöka motivera en problemlösning på det mest sammanhängande sättet är dessutom detsamma som att *rationellt tänka* på detta problem. Är det inte naturligt att anta att en mängd satser närmare överensstämmer med det som är fallet, ju *rationellare genomtänkt* den är? Det är då rimligt att anta följande:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en teori närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering den har.

Visserligen har följande invändning uttalats. »Antag att vi i enlighet med Ewings (1934), Reschers (1973) och Lehrers (1974) förslag förespråkar en sammanhangsteori om motivering (*justification*) men förkastar en sammanhangsteori om sanning... Vi möter då en gåta. Förvisso bör vår teori visa... varför motiverade åsikter bör eftersträvas och antas... Ett uppenbart sätt att visa det är att visa... att motiverade åsikter sannolikt är sanna. Om vi antar sammanhang som ett kriterium för både sanning och motivering har vi en god chans att kunna göra det. Alternativet är att anta att motivering är en fråga om internt sammanhang, en fråga om överensstämmelse mellan föremål som alla är av samma slag, medan sanning gäller överensstämmelse mellan satser och föremål av ett annat slag, fakta eller tillstånd. Men då blir det svårt att finna något skäl för att tro att om den interna motiveringsrelationen föreligger så föreligger det sannolikt även den externa sanningsrelationen» (Dancy 1985, 117). Författaren anser m.a.o. att sammanhangsteorin om motivering leder till en sammanhangsteori om själva sanningen. Enligt min mening kan man emellertid förena teorin om sammanhängande motivering med den klassiska sanningsteorin om en korrespondens mellan satser och det som är fallet. Skälet är att motiveringens interna sammanhang är en produkt av förnuft och förnuft befrämjar (sann) kunskap. Hade denna relation mellan förnuft och sanning inte förelegat skulle människan gå under.

Men – å andra sidan – måste en perfekt sammanhängande mängd satser stämma överens med det som är fallet? Kan inte t.o.m. en roman vara sammanhängande?

Romanargumentet kan emellertid avvisas. För det första omfattar den ovan utvecklade sammanhangsteorin motiveringsteserna 9 och 10.1: Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju större mängd data den förklarar och ju fler livsområden den omfattar. Ingen roman förklarar en stor mängd data eller omfattar en stor mängd livsområden.

För det andra är uttrycket »vid i övrigt oförändrade förhållanden» ett »filter», vilket eliminerar väl sammanhängande men ändå osanna teorier. Endast vid vissa särskilda förhållanden kan en mindre sammanhängande teori komma närmare sanningen än en mer sammanhängande sådan.

Förvisso är det sistnämnda uttrycket vagt. Om det utelämnas måste antagandet försvagas: Det går då inte att generellt tala om »en sammanhängande mängd satser», utan enbart om en sammanhängande *världsbild*, dvs. en satsmängd som spänner över alla livsområden och omfattar såväl vissa konkreta data som vissa generella riktlinjer för deras bearbetning, t.ex. olika vetenskapliga metoder.

En väl sammanhängande världsbild måste till sist omfatta även de ovan formulerade kraven på sammanhängande motivering. På så sätt blir den ovan utvecklade motiveringsteorin självbekräftande, inte självförstörande.

Det ovan sagda motiverar följande ontologiskt antagande:

En världsbild överensstämmer närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering den har.

Man får vidare, i likhet med t.ex. *Hegel*, hoppas att en sammanhängande teori ger en tillräcklig grund för *kunskap om logiska och kausala samband.*

8.4.4 Konsensus, sammanhang, måluppfyllelse och sanning

A KONSENSUS, SAMMANHANG OCH SANNING

Sammanhängande motivering är emellertid inte det enda sanningskriteriet. Konsensus är ett annat kännetecken på att en sats är sann. Därför framstår följande antagande som rimligt:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en teori närmare med det som är fallet, ju större antal individer som godtar den.

Detta sanningskriterium är *graderbart*. Majoritetsuppfattning approximerar konsensus. Ju större majoritet desto närmare approximering.

B MÅLUPPFYLLELSE

Motsvarande kan antas om måluppfyllelse:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en teori närmare med det som är fallet, ju större antal fall som föreligger där en individ som lägger denna teori till grund för en handling därigenom uppnått syftet med handlingen.

Ordet »därigenom» antyder ett *kausalt* sammanhang mellan tron på den ifrågavarande teorin (respektive världsbilden) och uppfyllelsen av syftet med den ifrågavarande handlingen. Det pragmatiska sanningskriteriet bygger därmed på begreppen »sanning», »kausalitet», »handling» och »syfte».

Ett försök att precisera detta kausala sammanhang skulle leda för långt. Kanske kan det innebära att handlingen är en (kausal) s.k. *inus-betingelse*, dvs. »en otillräcklig men icke-överflödig beståndsdel av en icke-nödvändig men tillräcklig (kausal) betingelse» (Mackie 1974, 62).

När det gäller sanna *historiska* satser (sådana som »Brutus dödade Caesar») kan de visserligen inte uppträda som sådana systematiska måluppfyllelsebetingelser i *nutiden*. Men de är *hypotetiska* måluppfyllelsebetingelser i följande mening: Om en individ levde då det ifrågavarande faktum ägde rum, så skulle han ha en större chans att uppnå sina syften om han trodde på detta faktum än om han inte trodde på det.

C MÅLUPPFYLLELSE, KONSENSUS, SAMMANHANG OCH SANNING

Av uttrycket »vid i övrigt oförändrade förhållanden» följer att varken sammanhang, konsensus eller måluppfyllelse är det enda kännetecknet på att en teori är sann. Det är därför rimligt att kombinera dessa kännetecken med varandra:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en teori närmare med det som är fallet, ju större antal fall det föreligger där olika individer med stöd av en så sammanhängande argumentation som möjligt lägger denna teori till grund för sina handlingar och därigenom uppnår syftena med dessa handlingar.

En världsbild överensstämmer närmare med det som är fallet, ju större antal fall föreligger där olika individer med stöd av en så sammanhängande

argumentation som möjligt lägger denna världsbild till grund för sina handlingar och därigenom uppnår syftena med dessa handlingar.

D SANNINGSKRITERIERNA OCH SKEPTICISM

Visserligen är sådana antaganden både svårbevisbara och omstridda. Filosoferna har inte sagt det sista ordet om sanningsproblemet. Hur vet man att verkligheten inte är komplexare än den tycks vara? Hur vet man att en uppenbarelse inte stämmer överens med det som är fallet? Kan inte uppenbarelser vara en skymt av en »djupare» verklighet, lika mycket »verkligare» än vakenvärlden som vakenvärlden är »verkligare» än drömvärlden? Inget svar på dessa frågor kan tillfredsställa en skeptiker. Men ett övertygande svar har getts av *Ludwig Wittgenstein*. Man kan inte tvivla på allt, eftersom allt tvivel förutsätter vissa säkra grunder. Ett fåtal säkra satser tas för givna var för sig (jfr t.ex. Wittgenstein 1979, §§ 1, 412 ff. och 84 ff.). I övrigt bildar vår kunskap ett »stort system. Och endast i detta system har en enskild beståndsdel det värde som vi tillskriver den» (id. § 410; jfr §§ 99, 142, 144, 152, 225, 232, 256). Antagandet att en sammanhängande världsbild är en överlägsen kunskapskälla är säkrare än de grunder som kan tänkas stödja skeptikerns frågor (jfr id. 1979 § 115, 122, 217, 307 och 1 ff.). Det kan följaktligen ifrågasättas om frågorna har någon mening (jfr id. § 2 och 154). Se avsnitt 5.8.7 ovan.

8.4.5 Sanning och praktiska satsers riktighet

A SANNING AV NORM- OCH VÄRDESATSER I SPRÅKTEORETISK MENING

A1 Inledning. Den ovan framställda moralteorin (jfr avsnitt 5.7–5.9 *passim*) kan betecknas som en *etisk avvägningslära*. Den innebär en syntes av en kognitivistisk uppfattning om *prima facie* normer respektive värden och en icke-kognitivistisk uppfattning om slutgiltiga norm- och värdesatser.

Det speciella med denna teori är emellertid att den förenar den kognitivistiska uppfattningen om *prima facie* norm- och värdesatser med tesen att dessa satser vid sidan av en teoretisk mening även har en praktisk mening.

A2 Sanning av etiska prima facie norm- och värdesatser – frågan om praktisk mening. Etiska värden är förankrade i kulturarvet. I en bestämd kultur kan vissa (värdebärande) fakta fungera som skäl för etiska *prima facie* norm- och värdesatser.

Närmare bestämt har jag hävdat att följande antagande är rimligt i vår kultur. Om en handling har någon av sådana egenskaper som att
- den är väl anpassad till människors preferenser;
- den bidrar till att lika behandlas lika; eller
- den bidrar till att människors talanger förverkligas; osv.;

så är handlingen H *prima facie* god och bör *prima facie* utföras.

Påståenden om att det föreligger ett sådant faktum som att en handling är väl anpassad till människors preferenser kan som sagt uppfattas som teoretiska, dvs. som att de har sanningsvärde.

Förvisso har *prima facie* norm- respektive värdesatser en mer omfattande innebörd än påståenden om sådana fakta. Närmare bestämt har de inte endast en teoretisk utan även en praktisk mening. *Prima facie* norm- och värdesatser är i enlighet med sin mening handlingsrättfärdigande skäl; deras sammanvägning bestämmer att en handling är god respektive bör utföras. Men ett beslut att vid en avvägningsakt beakta kulturens *prima facie*-värden är inte fritt utan det framtvingas av det förutbefintliga språket och samhällslivet. Man kan följaktligen säga att det är *sant* att en handling som är väl anpassad till människornas preferenser är *prima facie* god osv.

A3 Sanning av etiska prima facie norm- och värdesatser – frågan om kulturrelativitet. Är tesen om att etiska *prima facie* norm- och värdesatsers sanningsvillkor bestäms av en viss kultur, tradition och språk förenlig med tesen att dessa satser har universell innebörd?

Detta är ett av relativismens huvudproblem; jfr t.ex. Wong 1991, 442 ff. och Larmore 1994, 78.

En fullt rationellt argumenterande person som tillhör den västerländska kulturkretsen kan t.ex. uppfatta påståendet

(1) alla människor har *prima facie* rätt till att fritt yttra sina åsikter

som sant, samtidigt som man i den kinesiska kulturen kan motivera en annan åsikt, nämligen att

(2) den politiska yttrandefriheten gäller *prima facie* endast väl informerade, omdömesgilla och ansvarskännande medborgare.

Dessa etiska satser kan visserligen tolkas på ett sätt som innebär en logisk motsägelse. Satsen (1) kan anses innebära detsamma som

(1') det finns skäl för att varje människa får yttra sig fritt

medan satsen (2) kan anses innebära detsamma som

(2') det finns inga skäl för att en illa informerad, omdömeslös eller ansvarslös individ får yttra sig fritt.

Om en europé anser att yttrandefriheten är ett universellt värde kan han nu välja mellan att

- hålla fast vid sin åsikt (1') och följaktligen anse att (2') är falsk, eller
- försvaga sin övertygelse, t.ex. genom att endast hävda att

(1*) alla människor som lever i västerlandet har *prima facie* rätt till att fritt yttra sina åsikter.

En sådan försvagning skulle innebära tesen att den etiska satsens ursprungliga formulering var falsk, men dess försvagade vidareutveckling sann.

Försvagningen är emellertid onödig om den kinesiska uppfattningen tolkas försiktigare, nämligen att

(2") det finns skäl för att en illa informerad, omdömeslös eller ansvarslös individ inte får yttra sig fritt.

Medan de rakt motsatta teserna (1') och (2') inte kan jämkas samman är en avvägning mellan (1') och (2") tänkbar. Kanske är den relativa vikten av (1') större i Europoa och den relativa vikten av (2") större i Kina.

Denna tolkning förutsätter emellertid att vår kinesiska samtalspartner är beredd att (*prima facie*) acceptera tesen (1') tillsammans med dess konsekvens, nämligen att

(1") det finns skäl för att t.o.m. en illa informerad, omdömeslös eller ansvarslös individ får yttra sig fritt.

Vilken grund har vi att tillskriva honom en sådan uppfattning?

Ur den västerländska kulturens interna synvinkel kan man hävda att den motsatta tesen,

(2') det finns inga skäl för att en illa informerad, omdömeslös eller ansvarslös individ får yttra sig fritt

är falsk eftersom den uttrycker bristande respekt för vissa människor. Dessa betraktas därmed orättfärdigt, nämligen som blotta medel, inte som mål.

Ur en antropologs externa synvinkel kan man dessutom göra gällande att alla kulturer måste uppvisa ett visst gemensamt minimum av *prima facie*-värden. I ett annat fall skulle någon språklig kommunikation mellan olika kulturer inte kunna förekomma. Man kan även hävda att detta minimum är nödvändigt för en kulturs överlevnad. Givetvis måste en sådan hypotes preciseras och testas.

Genom att således uppfatta moralsatser med universalitetsanspråk som *prima facie* sådana, visar man respekt för främmande etiska kulturer. En europé kan således på en och samma gång

- hävda att alla människor fritt får yttra sina politiska åsikter;
- hoppas på att denna etiska uppfattning är *sann* och
- ändå respektera den i bl.a. Kina vanliga övertygelsen att den politiska yttrandefriheten endast gäller väl informerade, omdömesgilla och ansvarskännande medborgare.

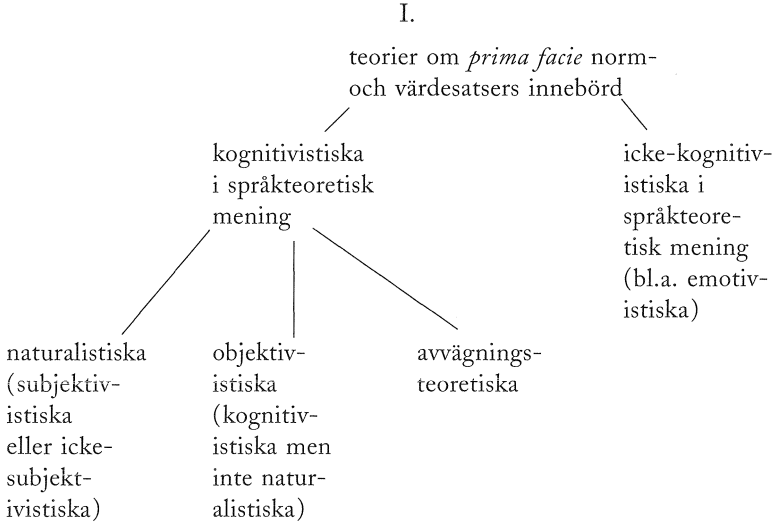
Förvisso är sanningsvillkor för hypoteser om universella värden, *prima facie* giltiga i alla kulturer, tämligen obestämda. Man kan inte exakt förutsäga under vilka omständigheter en sådan hypotes kommer att visa sig falsk. Att erkänna en sådan vaghet är emellertid en sak, att frånkänna etiska *prima facie* norm- och värdesatser sanningsvärde en annan.

A4 Ingen sanning av slutgiltiga norm- och värdesatser. Den ovan utvecklade teorin om *slutgiltiga* (inte blott *prima facie*) etiska norm- och värdesatsers innebörd är däremot icke-kognitivistisk eftersom den inte uppfattar sådana satser som teoretiska, dvs. sanna eller falska i språkteoretisk mening. Dessa satser förutsätter en avvägning av olika skäl och motskäl. I de fall man inte kan bestämma vilken av de inbördes konkurrerande normrespektive värdesatserna som är bättre motiverad är man följaktligen hänvisad till sina personliga preferenser. Ytterst sett har alla människor en viss frihet att godta eller förkasta olika värdesystem. Denna frihet hänger samman med att man inte förväntar sig samma objektivitet i praktiska frågor som i de teoretiska. Därför är det rimligt att anta att slutgiltiga

etiska norm- och värdesatser saknar sanningsvärde. Se även avsnitt 8.3.2B-C ovan och 8.4.5B5 nedan.

Vidare har emotivismen (dvs. en av icke-kognitivismens särarter) påverkat vårt antagande om att värde- och normsatser är ägnade att uttrycka vissa attityder och utgöra handlingsskäl. Vår teori är emellertid *inte* emotivistisk, eftersom den inte gör gällande att etiska norm- och värdesatser *endast* är känslouttryck. I stället hävdas att dessa satser både är ägnade att uttrycka attityder (preferenser) och kan motiveras i anslutning till *prima facie*-värden som är förankrade i språket och kulturen.

A5 En klassifikation av teorier om norm- och värdesatsers innebörd. Med hänsyn till det ovan sagda kan klassifikationen av teorier om norm- och värdesatsers innebörd kompletteras på följande sätt (se även s. 666):



B FINNS DET NÅGRA ETISKA VÄRDEN, SKYLDIGHETER ELLER RÄTTIGHETER?

B1 Etiska prima facie värdens, skyldigheters och rättigheters existens. Det är rimligt att påstå att *det* finns »förutbefintliga» *prima facie* värden, skyldigheter och rättigheter, förankrade i den ifrågavarande etiska kulturen.

Vidare är det rimligt att uppställa hypoteser om universella etiska värden, skyldigheter och rättigheter. Att en sådan hypotes är sann innebär detsamma som att det ifrågavarande värdet osv. finns i alla kulturer.



B2 Etiska prima facie värdens, skyldigheters och rättigheters existens – frågan om obestämdhet och relativitet. Förvisso kan det inte exakt förutsägas under vilka omständigheter en sådan universell hypotes kommer att visa sig vara falsk. Detta innebär att etiska satser är vaga. Att erkänna vagheten är emellertid en sak, att förneka universella *prima facie* värdens, skyldigheters och rättigheters existens en annan. Kort sagt är universella moralsatser sanna relativt till tämligen obestämda sanningsvillkor.

I stället för det ovan sagda kan man visserligen utgå från ett slags ontologisk relativism och anta att det inte finns en enda sanning om *prima facie*-värden, skyldigheter och rättigheter utan endast olika – alternativa – sanningar. Varje sanning motsvarar sin egen »verklighet». Olika »verkligheter» motsvarar olika kulturer. Så är fallet trots att etiska värdesatser har universell innebörd. Påståendet »alla människor har rätt till att fritt yttra sina åsikter» är t.ex. sant relativt till den västerländska kulturen och falskt relativt till den kinesiska. Detta slags filosofisk relativism är emellertid föga övertygande. Hur kan en universell sats vara sann relativt till icke-universella sanningsvillkor?

B3 Värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existenssätt. Värdenas, skyldigheternas och rättigheternas existenssätt är förvisso komplext. En närmare analys är förenad med stora svårigheter. Det går emellertid att hävda att värden, skyldigheter och rättigheter är (eller inkluderar) »ting» som tillhör *Poppers* värld 3, jfr avsnitt 2.5.4 ovan. Värld 3 omfattar som sagt olika ideella ting såsom begrepp, satser, matematiska tal, mängder, egenskaper m.m. Det går också att i stället göra gällande att varje värde är ett system av sammanhängande komponenter som finns på olika sätt: värdesatsers innehåll finns 3 i ideell mening; människors tankar om dem finns 2, i psykisk mening; handlingar som påverkas av dessa tankar omfattar fysiskt beteende som finns 1, i fysisk mening, tillsammans med bakomliggande intentioner som finns 2, i psykisk mening.

B4 En klassifikation av teorier om prima facie-värdens, skyldigheters och rättigheters existens
Olika (ontologiska, m.a.o. metafysiska) teorier om *prima facie*-värdens, skyldigheters och rättigheters existens kan sålunda klassificeras på följande sätt.



Värderealismen påstår att det finns förutbefintliga (etiska) värden, skyldigheter och rättigheter, antingen slutgiltiga eller åtminstone *prima facie* sådana. Den ontologiska värdenaturalismen i strikt mening tillägger att dessa värden, skyldigheter och rättigheter är identiska med vissa »naturliga» fakta. Värdenihilismen förnekar helt generellt, att det finns några objektiva värden, skyldigheter och rättigheter. Den ontologiska avvägningsläran påstår endast att det finns *prima facie*-värden, skyldigheter och rättigheter. Inom den ifrågavarande kulturen är dessa förankrade i sådana fakta som människornas preferenser, förverkligande av deras

talanger m m. Den ontologiska avvägningsläran kan ur denna synvinkel uppfattas som en särart av ontologisk värdenaturalism.

Det speciella med den etiska avvägningsläran är att den godkänner att *prima facie* norm- och värdesatser vid sidan av en teoretisk mening även har en praktisk mening. Den sistnämnda har en viss relevans i ontologiskt sammanhang. Den ger nämligen ett vagt besked om att något *finns till* i den ifrågavarande kulturen som gör det besynnerligt om en individ iakttar vissa värdegrundande fakta och ändå vägrar att beakta dem i sina etiska avvägningar; se avsnitt 5.7.2 och 5.8.2B3 ovan.

B5 Inga förutbefintliga och slutgiltiga värden, skyldigheter och rättigheter. Det går emellertid inte att meningsfullt säga att det finns några »förutbefintliga» värden, skyldigheter och rättigheter som återspeglas av *slutgiltiga* etiska norm- och värdesatser. Dessa satser är riktiga eller oriktiga beroende på en avvägning som ytterst beror på individens personliga preferenser. Preferenserna är i en viss mening »fria». Avvägningarna återspeglar följaktligen ingen förutbefintlig verklighet, utan de skapar en ny sådan.

Förvisso är det rimligt att anta att vissa teoretiska satser följer av en slutgiltig norm- respektive värdesats (se avsnitt 5.9.11 ovan).

Det har t.ex. antagits följande.

Om den ifrågavarande handlingen är slutgiltigt etiskt god eller sådan att den slutgiltigt bör utföras, så har den någon av följande (värdegrundande) egenskaper:
- den är väl anpassad till människors preferenser;
- den bidrar till att lika behandlas lika; eller
- den bidrar till att människors talanger förverkligas; osv.

Men sådana teoretiska slutsatser är oerhört komplexa – de säger ingenting bestämt om *vilken* av de otaliga värdegrundande fakta som följer av den etiska premissen, utan de omfattar ett stort eller t.o.m. oändligt antal *alternativa* beskrivningar av olika värdegrundande fakta, såsom att den ifrågavarande handlingen alstrar lycka, motsvarar preferenser, befrämjar talanger, m.m. För att minska komplexiteten måste man genom en *avvägning* bestämma vilket led i alternativet som egentligen är värdegrundande. Olika »Herculesar» kan välja ut olika fakta som bestämmande för den slutgiltiga avvägningen. Den ene skulle sålunda göra den etiska skyldigheten respektive godheten ytterst beroende på människornas preferenser, den andre på sambandet med främjande av mänskliga talanger osv.

Om förutbefintliga och samtidigt slutgiltiga etiska värden, skyldigheter och rättigheter finns till, måste de sålunda bilda oerhört komplexa och

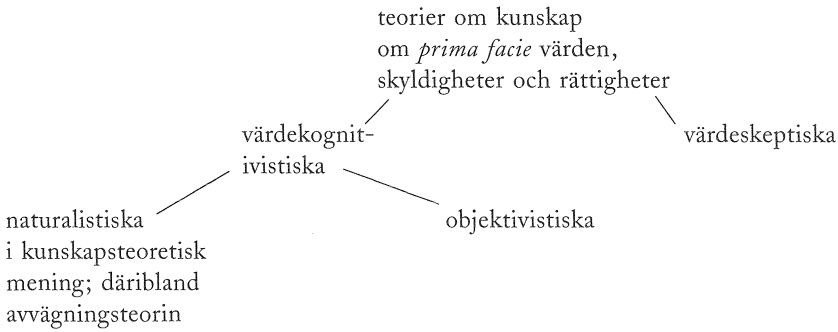
obestämda system. Det är därför rimligt att anta att de inte finns i någon definierbar mening.

B6 Ontologisk relativism i fråga om slutgiltiga värden, skyldigheter och rättigheter?
Förvisso kan man i stället för det ovan sagda återigen anta ett slags ontologisk relativism och hävda att det inte finns en enda sanning om slutgiltiga värden, skyldigheter och rättigheter utan endast olika – alternativa – sanningar. Varje sanning motsvarar sin egen »verklighet». Varje sådan »verklighet» motsvarar olika begreppssystem, B1, B2 osv. Olika etiska bedömare förfogar över olika begreppssystem. Det finns inte endast en utan flera etiska bedömare som motsvarar Dworkins »Hercules». Slutgiltiga värden, skyldigheter och rättigheter är »förutbefintliga», men de finns i olika »verkligheter». Varje »verklighet» är tillgänglig för någon som motsvarar »Hercules». En sådan filosofisk konstruktion är emellertid alltför omständlig. Låt mig instämma med följande ord. »Kan det finnas ett påstående P som är sant relativt till B1 och falskt relativt till B2? Jag har inte lyckats tänka ut något övertygande exempel på detta... Och även om man skulle stöta på något som ser ut som ett exempel, så skulle det förmodligen bli närmast omöjligt att på ett övertygande sätt visa, att det verkligen är *samma* påstående som är sant relativt till B1 och falskt relativt till B2. Det räcker ju inte att påståendet kan uttryckas med en och samma språkliga sats. Frågan är ju om denna sats har samma betydelse, samma mening, i de bägge fallen... För egen del är jag faktiskt benägen att hävda, att själva idén med ett ontologiskt sanningsbegrepp är att utesluta möjligheten av relativism. Om ett påstående är sant i denna mening, så kan det inte vara falskt» (Bergström 1990, 125. Jfr även Sturgeon 1994, 105 ff.).

C KUNSKAP OM VÄRDEN, SKYLDIGHETER OCH RÄTTIGHETER

C1 Kunskap om prima facie värden, skyldigheter och rättigheter. Ett etablerat språkbruk gör det möjligt att objektivt, dvs. fritt från känslomässiga ställningstaganden uppställa en väl grundad hypotes om vilka fakta som utgör möjliga praktiska (etiska respektive juridiska) *prima facie*-skäl, ägnade att motivera slutgiltiga norm- och värdesatser. Vidare gör en etablerad kulturtradition det möjligt att uppställa en sådan hypotes om vilka fakta som utgör praktiska *prima facie*-skäl som inte *får* ignoreras vid motivering av slutgiltiga norm- och värdesatser. Hypoteserna kan motiveras utan att man använder sig av några andra avvägningar än de som ofrånkomligen ingår i varje koherent teoribildning. Till sist kan dessa hypoteser uppnå en liknande säkerhetsgrad som teoretiska satser om naturliga fakta. Om man på en och samma gång skulle förkasta flera av dem skulle man ställa sig utanför samhället (se avsnitt 5.8.7 ovan). Därför är det rimligt att uppfatta etiska *prima facie* norm- och värdesatser som teoretiska, sanna eller falska.

Olika kunskapsteoretiska uppfattningar i fråga om *prima facie*-värden, skyldigheter och rättigheter kan följaktligen klassificeras så här.



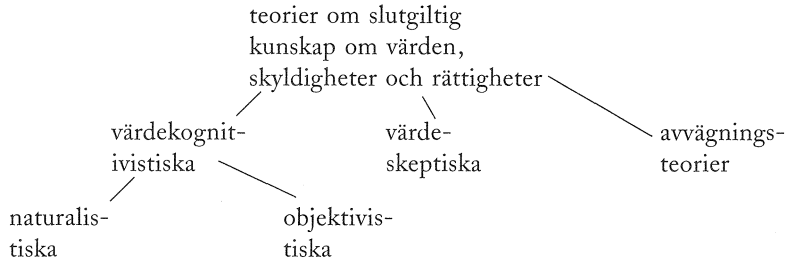
Etiska *prima facie* norm- och värdesatser förmedlar m.a.o. kunskap om *prima facie*-skyldigheter, rättigheter och värden som fi*nns till* i den ifrågavarande kulturen; jfr punkt B4 ovan. »Kunskap» uppfattas här på ett strängt sätt. Det antas nämligen att all kunskap är sann.

C2 Ingen sanning i kunskapsteoretisk mening av slutgiltiga norm- och värdesatser. Varje *slutgiltig* norm- eller värdesats, såväl etisk som juridisk, måste däremot basera sig på en avvägningsakt, ytterst beroende på den ifrågavarande individens personliga preferenser. Sådana satser kan emellertid motiveras på ett rationellt sätt.

Denna uppfattning är varken värdeskeptisk eller kognitivistisk i strikt mening.

Visserligen präglas en omfattande del av den moralteoretiska litteraturen av uppfattningen att indelningen av olika värde-, rättighets- och skyldighetsteorier i kognitivistiska och skeptiska är uttömmande. Indelningen blir säkert uttömmande om man med moralskepticism förstår varje teori som förkastar tesen att man kan ha *sann* kunskap om etiska värden, rättigheter och skyldigheter under det att man som kognitivistisk räknar varje teori som godkänner denna tes.

Annorlunda förhåller det sig om begreppen »kunskapsteoretisk kognitivism» och »skepticism» i fråga om slutgiltiga norm- och värdesatser bestäms på följande sätt.



Strängt kognitivistiska teorier utgår från att slutgiltiga etiska norm- och värdesatser förmedlar kunskap om skyldigheter, rättigheter och värden. »Kunskap» uppfattas här på ett strängt sätt. Det antas nämligen att all kunskap är sann.

Skeptiska teorier utgår från att man inte kan ha några sanna eller ens väl underbyggda åsikter om slutgiltiga etiska värden, skyldigheter och rättigheter.

En etisk avvägningslära (i kunskapsteoretisk mening) gör gällande att vi kan ha rationellt underbyggda åsikter om slutgiltiga etiska värden, skyldigheter och rättigheter. Sådana åsikter är riktiga, dvs. så väl avvägda och motiverade som möjligt. Förvisso bildar de ingen kunskap i strikt mening men de är så till vida kunskapsliknande, att de bildar en väl sammanhängande helhet.

Jfr Popper 1966 band 2, 384-5: »För det första liknar praktiska och teoretiska satser (*proposals and propositions*) varandra genom att vi kan diskutera dem, kritisera dem och komma till någon slutsats om dem (*some decision about them*). För det andra finns det ett slags regulativ idé om båda slagen av satser. När det gäller fakta är det idén om en korrespondens mellan en sats och ett faktum; dvs. sanningsidén. När det gäller praktiska satser (*standards, or... proposals*) kan den regulativa idén beskrivas på många sätt och betecknas av många termer, till exempel termerna 'rätt' och 'gott'.»

D SANNING OM INSTITUTIONELLA FAKTA

Har satser om *institutionella fakta* sanningsvärde? Institutionella fakta är (i en viss mening) verkliga, alltså måste sanna eller falska satser om dem kunna uttalas. Det gäller emellertid endast de satser vars sanningshalt helt bestäms av »råa» fakta tillsammans med kulturens *prima facie*-värden och konstitutiva normer. Men en sats om ett institutionellt faktum kan även följa av en satsmängd som innehåller kreativ *tolkning* av den ifrågavarande

konstitutiva normen. *Sådana* satser måste motiveras genom avvägningar. Följaktligen kan de endast vara riktiga, inte sanna i bokstavlig mening. Detta medför att talet om »förutbefintliga» institutionella fakta i sådana sammanhang måste tas med en nypa salt.

E SANNING OM GÄLLANDE RÄTT – SATSER OM DEN ETABLERADE RÄTTENS ORDALYDELSE

Utsagor om den samhälleligt etablerade rättens (främst lagens) ordalydelse i ett »normalt» samhälle har sålunda sanningsvärde. Rätten som gäller i ett sådant samhälle kan definieras genom angivande av dess struktur och funktioner. Definitionen omfattar ett antal rättsgrundande fakta, vilka kan beskrivas sant eller falskt. Rättsreglernas ordalydelse kan fastställas i ljuset av språkreglerna som likaledes kan beskrivas sant eller falskt. En jurist som verkar i ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning måste emellertid anta att normsystemet är gällande rätt endast om det inte är genomgående extremt oetiskt (se vidare avsnitt 2.8.4 ovan). Utsagor om gällande rätt i ett sådant samhälle kan följaktligen inte uppfattas som sanna eller falska utan blott som riktiga respektive inte riktiga.

F SANNING OM GÄLLANDE RÄTT – TOLKNINGSSATSER

Utsagor innehållande en viss juridisk tolkning av gällande rätt kan inte vara sanna eller falska utan endast riktiga eller inte riktiga. Sådana utsagor är nämligen »värdebemängda». Närmare bestämt måste de motiveras genom avvägningar.

I detta sammanhang kan man kritisera bl.a. följande åsikter.

1. Juridiska tolkningssatser som avviker från rättskällornas ordalydelse är alltid *falska*, i den meningen att de utgör en falsk beskrivning av rättskällorna.

Men denna tes är inte övertygande, eftersom den underkänner århundraden av samhällspraxis som medgivit en tolkning *contra legem*. Hur är det möjligt att generationer och åter generationer av jurister skulle ha tillåtit en således *felaktig* argumentationsmetod att styra sitt arbete? Hur är det möjligt att vanliga människor skulle ha tillåtit att den ytterst styrde deras liv?

2. Juridiska tolkningssatser är sanna om de ger kunskap om en specifik *expertmening hos rättskällorna*.

Denna lösning har den fördelen att den undviker det oklara ordet »riktig» och bygger på det mycket klarare ordet »sann». Men den juridiska expertmeningen påverkas av avvägningar mellan olika *prima facie* värden, skyldigheter och rättigheter. Hur kan avvägningar leda till att man upptäcker *sanning* och vinner *kunskap* om lagar, prejudikat, uttalanden i förarbeten och andra juridiska texter?

Ett annat problem är att teorin om expertmening förutsätter att samma ord kan ha två olika betydelser, dels den vanliga, i vardagsspråket och vetenskapen, dels den juridiska som fastställs genom värderande argumentation. Dessa betydelser kan skilja sig mycket från varandra. Man kan t.ex. beakta 4 § av den gamla regeringsformen (upphävd 1969): »Konungen äger att allena styra riket...» Ur denna bestämmelse har man genom tolkning härlett och faktiskt tillämpat normen »regeringen har verkställighetsmakt». »Konungen» skulle alltså i juristernas språk betyda samma sak som »regeringen», och ordet »styra riket» skulle betyda »ha verkställighetsmakt». Men i vardagsspråket har dessa ord inte någon sådan mening. Det är märkligt att vanliga ord, som »kungen» och »styra», är så pass mångtydiga.

3. Juridiska tolkningssatser är sanna om de ger kunskap om *den riktiga, gällande rätten som inte behöver vara identisk med rättskällorna.* Härvid uppnås samma fördel som ovan, nämligen att ordet »riktig» ersätts med det klarare sanningsbegreppet.

Men vad *är* den »riktiga gällande rätten» om inte samma sak som rättskällorna? Och var finns den om inte i lagboken, prejudikatsamlingarna m.m.? Om den är oskriven, så måste frågan ställas på vilket sätt den oskrivna rätten *existerar*?

Förvisso påverkas tolkningen av kulturarvet. Satserna om de kulturarvet tillhörande värdena kan sägas vara sanna. Kan man då säga att den oskrivna rätten *ingår* i kulturarvet? Är inte juridiska tolkningssatser sålunda sanna om de ger kunskap om de värden, skyldigheter och rättigheter som ingår i kulturarvet och genomsyrar rätten?

Men tolkningen påverkas inte endast av kulturarvet utan även av avvägningar mellan de i kulturarvet ingående *prima facie*-värdena, skyldigheterna och rättigheterna. Återigen kan frågan ställas hur avvägningar kan leda till att man upptäcker *sanning* och vinner *kunskap* om gällande rätt.

4. Det mest naturliga antagandet är följaktligen att juridiska tolkningssatser kan vara *riktiga fast de inte ger någon sann kunskap.* Visserligen stöder de sig på etablerade rättskällor och argumentationsnormer men de är ändå praktiska satser (värdesatser och normer) som uttrycker den argumenterande juristens egna ställningstaganden och rekommendationer. Återigen: slutgiltiga juridiska tolkningssatser bildar ingen kunskap i strikt mening men de är s.a.s. kunskapsliknande. Medan ändamålet med naturvetenskap är att sträva efter att fastställa sanningen, är ändamålet med juridik att formulera riktiga satser om gällande rätt. Juristen *transformerar* således de etablerade rättskällorna och argumentationsnormerna till något annat, dvs. till den tolkade rätten.

Visserligen kan man även säga att den juridiska tolkningen *både* transformerar rättskällorna till den tolkade rätten *och* ger sann kunskap om densamma. Men då möter man ännu svårare problem. Den tolkade rätten »tillverkas» i samma ögonblick som tolkningen sker. Kan det sägas att tolkningssatserna är sanna, fast de inte stämmer överens med några *förut existerande* fakta?

- Vissa filosofer (t.ex. Jackson 1988, 27-31 och 157) förkastar teorin om att en sats kan stämma överens med den externa världen. M.a.o. förkastar de begreppet semantisk referens. Visserligen gör juristernas tolkningssatser anspråk på att beskriva normer och lagar men enligt Jackson finns det ingenting sådant, utan blott satserna själva (s. 176). Men en sådan filosofi är besynnerlig. Betyder inte sanning att en sats stämmer överens med den förut existerande verkligheten? Måste inte en sann rättslig tolkningssats stämma överens med den förut existerande rätten?
- Man kan även tänka sig att den riktigt tolkade rätten existerar som en möjlighet; lagtolkarens intellekt förvandlar denna till verklighet (jfr t.ex. Høilund 1992, 38 – supplement 17, med åberopande av Thomas av Aquino, ST 1a fråga 85, a5). Måhända kan de således tillkomna tolkningssatserna uppfattas som sanna i någon – oklar – bemärkelse.

G RIKTIGHETSBEGREPPET

Men vad betyder det då att juridiska satser är riktiga, fast de inte kan betecknas som sanna? Det behövs en teori om riktighet av juridiska satser, vilket inte är samma sak som sanning. En sådan teori kommer inte att utvecklas i denna framställning. Det räcker med att säga att juridisk riktighet har ett samband med rättssäkerhet och etik.

Visserligen är det inte heller lätt att definiera det *etiska* riktighetsbegreppet vilket som sagt är ofrånkomligt omstritt. Men det riktiga har något att göra med en fulländad preferensordning uppbyggd genom sammanjämkning av

- alla människors medvetna preferenser, däribland de särskilt starka preferenser som motsvarar olika rättighets- och rättviseläror;
- hypotetiska preferenser uttryckta i olika slags samhälleliga verksamheter

och

- hypotetiska antaganden om alla människors fullt förnuftiga preferenser.

(Jfr avsnitt 5.8.2E7 ovan).

H RIKTIGHET OCH SANNINGSKRITERIERNA

Sammanhang, konsensus och måluppfyllelse kan anses vara olika kännetecken på att en norm- respektive värdesats är riktig.

Följande antagande kan anses vara rimligt:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett norm- eller värdesystem riktigare ju större antal individer som godtar det med stöd av en så sammanhängande argumentation som möjligt.

Aulis Aarnio (1991) har utvecklat följande *majoritetslära* om praktisk, framför allt juridisk argumentation: Det bästa svaret på en värderingsfråga är det som skulle ges av en majoritet av individer som argumenterar så rationellt som möjligt.

Vidare är följande antagande rimligt:

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett norm- eller värdesystem riktigare, ju större antal fall som föreligger där olika individer med stöd av en så sammanhängande argumentation som möjligt lägger detta system till grund för sina handlingar och uppnår därmed syftena med dessa handlingar.

En viktig fråga gäller sambandet mellan en individs godtagande av ett norm- respektive värdesystem och hans chans att uppnå sina syften. Sanna teorier hjälper en individ att uppnå sina syften eftersom de ökar hans chans att beräkna sina handlingars konsekvenser. I särskilda förhållanden kan även ett norm- respektive värdesystem spela en sådan roll. I regel hjälper det emellertid en individ på ett annat sätt: Vid i övrigt oförändrade förhållanden, om ett norm- eller värdesystem enigt skulle godtas av dem som argumenterar på ett så sammanhängande sätt som möjligt, befrämjar godtagande av detta system människornas fredliga samlevnad, ömsesidigt förtroende och ytterst sett artens överlevnadschans.

8.4.6 Riktighetskriterierna och rättssäkerhet

Det ovan sagda medför att riktighetskriterierna även kan fungera som rättssäkerhetskriterier. Genom att föra en juridisk argumentation kan man med relativt stor säkerhet bestämma vilka norm- eller värdesystem som är riktiga, dvs. motiverade på ett så sammanhängande sätt som möjligt, accepterade av ett stort antal förnuftiga debattörer och ändamålsenliga för ett stort antal individer. På grund av denna riktighetsbedömning kan man förutse vilka normer som skall ligga till grund för rättskipning och myndighetsutövning.

Som nämnts är prognoser angående rättskipning och myndighetsutövning säkrast om de bygger på juridisk argumentation, inte på allmän sociologi, jfr avsnitt 2.1.3I ovan.

Följande teser kan sålunda anses vara rimliga.

Rättssäkertes 9. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är rättskipning respektive myndighetsutövning mer förutsebar, ju mer den följer ett norm- eller värdesystem som
- har en så sammanhängande motivering som möjligt,
- godtas av så många personer som möjligt och
- i ett så stort antal fall som möjligt läggs till grund för olika individers handlingar varigenom dessa uppnår syften med handlingarna.

Rättssäkerhetstes 10. Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser kan motiveras på ett så pass sammanhängande sätt, godtas av ett så pass stort antal människor och befrämja olika individers måluppfyllelse så mycket, att deras inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

8.5 Varför skall juridisk argumentation vara rationell?

8.5.1 Inledning. Varför skall teoretiska satser vara språkligt korrekta, motsägelsefria och motiverade?

Till slut skall här vissa normativa frågor diskuteras. Varför skall juridiska åsikter vara förnuftiga, dvs. rationella? Frågan kan inte behandlas summariskt utan måste splittras upp i delfrågor, med hänsyn till de stora skillnaderna mellan olika rationalitetskrav och mellan de två huvudgrupper av satser vilka ingår i den juridiska argumentationen, dvs. mellan teoretiska och praktiska satser (jfr även Peczenik 1985b, 9 ff.).

Först måste det således på ett kortfattat sätt klargöras varför teoretiska satser skall vara rationella. De nedan angivna iakttagelserna bildar en bakgrund för en mer ingående behandling av praktiska satser.

A VARFÖR SKALL TEORETISKA SATSER VARA LOGISKT RATIONELLA?

Varför skall de teoretiska satser som ingår i juridisk argumentation – exempelvis satserna om lagens lexikaliska innebörd – vara logiskt rationella? I synnerhet: Varför skall de vara språkligt korrekta? Om en teoretisk sats inte är språkligt korrekt meddelar den ingen begriplig information om världen.

Vidare: varför skall teoretiska satser bilda en motsägelsefri mängd? Om en mängd teoretiska satser inte uppfyller kravet på motsägelsefrihet kan den inte vara sann. Det finns endast en värld. Om p är en korrekt beskrivning av en viss del av världen kan icke-p inte vara det. Ordet »icke» har just denna betydelse: Om p är sant kan icke-p inte vara det.

Till sist, varför skall de teoretiska (alltså inte praktiska) slutsatser som en jurist drar av sina premisser logiskt följa av de antagna premisserna? Om en teoretisk slutsats inte logiskt följer av de antagna premisserna kan premisserna vara sanna och slutsatsen ändå falsk.

Följaktligen kan vissa anvisningar (s.k. »tekniska normer») uttalas:

> Om en person vill meddela information om världen får han inte yttra teoretiska satser som inte är språkligt korrekta.
>
> Om en person vill använda negationsordet »icke» i enlighet med dess betydelse får han inte yttra motsägelsefulla teoretiska satser.
>
> Om en person inte vill dra falska slutsatser ur sanna premisser måste slutsatserna logiskt följa av premisserna.

B VARFÖR SKALL TEORETISKA SATSER ÅTFÖLJAS AV SAMMANHÄNGANDE MOTIVERING?

I synnerhet måste vi fråga, varför de teoretiska satser som ingår i juridisk argumentation – exempelvis satserna om lagens lexikaliska innebörd – skall stödjas med så sammanhängande skäl som möjligt?

Man kan som sagt alltid ställa frågan »varför?» och sålunda kräva motivering som stöder den ifrågavarande satsen.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering bättre ju mer sammanhängande den är.

Att försöka stöda en problemlösning på den mest sammanhängande motiveringen är detsamma som att förnuftigt tänka på detta problem.

Skall vi sluta ställa frågan »varför»? Skall vi sluta motivera våra påståenden? Skall vi sluta tänka?

En sammanhängande mängd av satser har dessutom en större chans att närma sig sanningen än en enstaka, isolerad iakttagelse skulle ha. Något tillspetsat har jag redan konstaterat följande (jfr avsnitt 8.4.3 ovan): Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en teori närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering denna mängd har. Alltså:

Om en person vill närma sig sanningen, skall han stöda sina teoretiska satser på en så sammanhängande motivering som möjligt.

8.5.2 Varför skall praktiska satser vara logiskt rationella?

Frågeställningarna är svårare när det gäller *praktiska* satser som ingår i juridisk argumentation. Varför skall sådana värde- och normsatser vara språkligt korrekta och logiskt motsägelsefria? Varför skall de praktiska slutsatserna i juridiken logiskt följa av de antagna premisserna?

A SPRÅKLIG KORREKTHET

Varför skall praktiska satser vara språkligt korrekta? Om en praktisk sats inte är språkligt korrekt meddelar den inget begripligt handlingsmönster. Följande rationalitetsanvisning kan sålunda uttalas:

Om en person vill meddela begripliga handlingsmönster får han inte yttra norm- respektive värdesatser som inte är språkligt korrekta.

B LOGISK MOTSÄGELSEFRIHET. PRIMA FACIE NORM- OCH VÄRDESATSER

Vidare: varför skall etiska norm- och värdesatser bilda en motsägelsefri mängd? Innan frågan besvaras måste man beakta distinktionen mellan *prima facie* och slutgiltiga satser.

Trots olika problem angående etikens förankring i kulturarvet kan *prima facie* etiska norm- och värdesatser uppfattas som teoretiska, sanna eller falska (jfr avsnitt 8.4.5). Om en mängd *prima facie* etiska norm- och värdesatser inte uppfyller kravet på motsägelsefrihet kan den inte vara sann. Därför skall etiska *prima facie* norm- och värdesatser vara motsägelsefria.

Logiken ställer visserligen inga hinder för att samtidigt hävda att x är bra ur en synvinkel, och att x är dålig ur en *annan* synvinkel. Logiskt oförenliga handlingar kan m.a.o. vara på en och samma gång *prima facie* goda. Man kan även vara på en och samma gång *prima facie* skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar.

Vid första påseende följer därav att en sedvanlig logik inte kan tillämpas på etiska *prima facie* satser. Närmare bestämt, om uttrycket

A skall *prima facie* göra H

tolkas efter den enkla (s.k. »*monadic*») deontiska logikens mall, nämligen på samma sätt som uttrycket

A skall göra H

(alltså utan tillägget *prima facie*), så är satserna

A skall *prima facie* göra H

och

A skall *prima facie* inte göra H

logiskt oförenliga, precis som satserna

A skall göra H

och

A skall inte göra H

är det.

En bättre tolkning kan presteras med användning av en mer komplex (s.k. *dyadic*) deontisk logik. Uttrycket

A skall *prima facie* göra H

kan definieras som

det finns en (möjlig) situation p, sådan att p kräver (*requires*) att A gör H

(jfr Chisholm 1974, 118 ff. och Åqvist 1992 som dock inte använder personvariabeln A). Om p faktiskt inträffar bör sålunda A göra H.

Det finns då ingen logisk motsägelse mellan satserna

det finns en (möjlig) situation p, sådan att p kräver att A gör H

och

det finns en (möjlig) situation q, sådan att q kräver att A inte gör H.

Ett liknande resultat kan presteras med utgångspunkt från Searles teori (1978, 88 ff.) om att *prima facie* skyldighet är detsamma som en skyldighet vid i övrigt oförändrade förhållanden. Uttrycket

A skall *prima facie* göra H

kan då definieras som

vid i övrigt oförändrade förhållanden skall A göra H

Sedan går det att hävda, att det inte finns någon logisk motsägelse mellan satserna

vid i övrigt oförändrade förhållanden skall A göra H

och

vid vissa förändrade förhållanden skall A inte göra H.

Ett ännu intressantare resultat uppnås genom att man tar hänsyn till att etiska (*prima-facie*) satser inte bestämmer *slutgiltigt* att en handling skall utföras utan blott är etiska skäl. Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl. Följaktligen innebär satsen

A skall *prima facie* göra H

detsamma som

det finns ett skäl för att A skall göra H, detta skäl skall beaktas vid en etisk avvägning och A skall göra H om detta skäl väger tyngre än motskälen.

Vid denna tolkning försvinner den logiska motsägelsen. Följande sats är förvisso komplex och tråkig att läsa men inte självmotsägande:

det finns ett skäl för att A skall göra H;
och
detta skäl skall beaktas vid en etisk avvägning;
och
det finns ett motskäl, dvs. ett skäl för att A inte skall göra H;
och
detta motskäl skall likaledes beaktas vid en etisk avvägning;
och
A skall göra H om det förstnämnda skälet väger tyngre;
och
A skall inte göra H om motskälet väger tyngre.

Det finns emellertid en logisk motsägelse mellan satserna

A skall *prima facie* göra H

och

det är icke så att A skall *prima facie* göra H.

Den förra satsen innebär som sagt detsamma som

det finns ett skäl för att A skall göra H (osv.)

medan den senare innebär

det är icke så att det finns ett skäl för att A skall göra H (osv.).

Satserna

A skall *prima facie* göra H

och

det är icke så att A skall *prima facie* göra H

kan inte vara på en och samma gång sanna. Därför skall de inte ingå i den etik som accepteras på en och samma gång.

C LOGISK MOTSÄGELSEFRIHET. SLUTGILTIGA PRAKTISKA SATSER

C1 Inledning. Frågan om *slutgiltiga* praktiska satser är mer komplex.

Först och främst, låt mig i detta sammanhang erinra om begreppen »avvägningsmässigt slutgiltig praktisk sats» och »slutgiltigt handlingsrättfärdigande praktisk sats» (se närmare avsnitt 5.9.1B ovan). Den först-

nämnda är sådan att inga tänkbara motskäl väger tyngre. Den sistnämnda har en ännu starkare motivering: *alla* tänkbara motskäl väger *mindre tungt*.

Det är nu rimligt att antaga att logiken kan tillämpas på *slutgiltigt handlingsrättfärdigande* norm- och värdesatser. Men varför?

C2 Meningen hos logiska ord. Formallogiken uttrycker betydelsen (meningen) hos sådana ord som »icke», »om... så», »och» m m. Den logiska satsen »om p så icke icke-p» uttrycker således meningen hos orden »om... så» och »icke» (jfr t.ex. Weinberger och Weinberger 1979, 96 ff.). De logiska orden har en liknande mening i det teoretiska sammanhanget och i de *slutgiltigt handlingsrättfärdigande* praktiska satserna.

Det logiska ordet »icke» har sålunda en rimlig tolkning för vilken följande gäller. Det är inte naturligt för en person att uppriktigt godta både en praktisk sats och dess negation. M.a.o. är det en begreppslig anomali.

Om en person vill använda det logiska ordet »icke» i enlighet med dess naturliga tolkning får han inte uppriktigt godta både en slutgiltigt handlingsrättfärdigande norm- respektive värdesats och dess negation.

C3 Omöjliga intentioner. En vidare argumentationslinje beaktar sambandet mellan praktiska satser och *intentioner*.

Om en person uppriktigt hävdar att x är slutgiltigt gott och ändå uppriktigt hävdar att x är slutgiltigt icke-gott – varvid »slutgiltigt» betyder »slutgiltigt handlingsrättfärdigande» – uttalar han egentligen uppfattningen att övervägande skäl föreligger för att önska att de inbördes inkonsistenta satserna »x finns till» och »x finns inte till» skulle vara sanna. De motstridiga önskemålen kan inte uppfyllas på en och samma gång (jfr t.ex. Moritz 1954, 95 ff.; Alchourrón och Bulygin 1981, 106 ff.).

Begreppet »att önska» har emellertid en rimlig tolkning för vilken följande gäller. Det är en begreppslig *anomali*, om en person vet att någonting inte är möjligt och ändå uppriktigt önskar det omöjliga.

Visserligen har begreppet »att önska» även en annan rimlig tolkning vid vilken man kan önska sig det omöjliga, t.ex. »jag önskar mig att vara intelligentare än Einstein, fast jag vet att det inte är möjligt».

En sådan tolkning är väl förenlig med t.ex. Moritz' och Kelsens uppfattning om normers alogiska karaktär. Men den passar mycket bättre till rena känsloutryck (emotiver) och sporadiska viljeuttryck (imperativer) än till normer respektive

värdesatser (se avsnitt 5.7.1 ovan). Något tillspetsat kan det sägas att den passar bättre till drömmar än till det praktiska livet.

Det är följaktligen en *anomali* att ha en benägenhet att uttala logiskt motsatta norm- och värdesatser.

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »att önska» skall han inte på en och samma gång uppriktigt yttra logiskt motsatta slutgiltigt handlingsrättfärdigande norm- respektive värdesatser.

C4 Omöjliga skyldigheter. Vidare: om en person uppriktigt hävdar att handlingen H slutgiltigt bör utföras och ändå uppriktigt hävdar att H slutgiltigt inte bör utföras, gör han gällande att det finns en slutgiltig skyldighet att göra det omöjliga, dvs. att både utföra och inte utföra H. I detta sammanhang kan man nämna den kända argumentationsnormen »ingen har en skyldighet att göra det omöjliga». En (handlingsrättfärdigande) *slutgiltig* (inte blott *prima facie*) »skyldighet» att göra det omöjliga är definitionsmässigt inte etisk utan högst oetisk. En sådan skyldighet innebär dessutom en begreppslig anomali (se avsnitt 4.7.4 ovan).

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »etisk skyldighet» skall han inte på en och samma gång uppriktigt yttra logiskt motsatta slutgiltigt handlingsrättfärdigande norm- respektive värdesatser.

D PROBLEMET MED REGEL OCH UNDANTAG

Förvisso är logikens tillämpning på *rättssystemet* förenad med vissa problem. Rättsregelskollisioner, regeländringar och samspelet mellan huvudregler och undantag medför att rätten inte tycks uppfylla den klassiska logikens krav på motsägelsefrihet. Ett undantag måste således uppfattas som logiskt motsägande huvudregeln. Motsägelsen är ödesdiger, ty vad som helst följer av logiskt inkonsistenta premisser (*ex falso quod libet*). Hade detta klassiska synsätt varit ofrånkomligt, skulle logikens tillämpning på rättsordningen varit omöjlig. Problematiken kan emellertid analyseras – och motsägelserna elimineras – inom ramen för avancerade logiska teorier, såsom »icke-monoton» logik m.m. (jfr t.ex. Prakken 1993, 34 ff. och 47 ff.).

E LOGISKT KORREKTA SLUTLEDNINGAR

Till sist: Varför skall slutgiltiga praktiska slutsatser i juridiken logiskt följa av de antagna premisserna?

1. *Meningen hos logiska ord.* Som nämnts har de logiska orden en liknande mening i det teoretiska sammanhanget som i de *slutgiltiga* praktiska satserna. De har nämligen en rimlig tolkning i vilken en *anomali* uppstår om en person uppriktigt godtar en praktisk sats men vägrar att godta dess logiska följder.

Om en person vill använda det logiska ordet »om... så» i enlighet med dess naturliga tolkning får han inte uppriktigt godta en norm- respektive värdesats och ändå uppriktigt vägra att godta dess logiska följder.

2. *Omöjliga intentioner och omöjliga skyldigheter.* En vidare argumentationslinje beaktar återigen sambandet mellan praktiska satser och *intentioner*.

Om en person uppriktigt hävdar att x är slutgiltigt gott och allt som är oförenligt med x är sämre, och ändå uppriktigt hävdar att vissa logiska följder av satsen »x är gott» är dåliga, uttalar han egentligen att övervägande skäl föreligger för att önska att satsen »x finns till» är sann och att vissa av dess konsekvenser är falska. Ett sådant språkbruk innebär en begreppslig anomali: Det är logiskt motsägelsefullt att hävda att en sats är sann men dess logiska följder falska. De motstridiga önskemålen kan inte uppfyllas på en och samma gång.

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »att önska» skall han inte uppriktigt godta en handlingsrättfärdigande slutgiltig norm-respektive värdesats och ändå uppriktigt vägra att godta dess logiska följder.

I detta sammanhang kan man även upprepa den ovan utvecklade argumentationen om *omöjliga skyldigheter*. Det är en begreppslig anomali att uppriktigt godta en handlingsrättfärdigande slutgiltig praktisk sats och ändå uppriktigt vägra att godta dess logiska följder.

Om en person inte vill skapa en anomali avseende begreppet »etisk skyldighet» skall han inte uppriktigt godta en handlingsrättfärdigande slutgiltig norm- respektive värdesats och ändå uppriktigt vägra att godta dess logiska följder.

3. *Kvalifikationsteorin om normer.* En ytterligare argumentationslinje beaktar följande jämförelse mellan teoretiska satser och (slutgiltigt handlingsrättfärdigande) *normsatser.*

För enkelhets skull skall jag inte behandla den andra kategorin av praktiska satser, dvs. värdesatser.

Alla normsatser uttrycker kvalifikation i en viss mening, t.ex. kvalificerar vissa handlingar som förbjudna, påbjudna, tillåtna osv.; och ur en annan synvinkel som normenliga respektive normstridiga. Satsen »Pelle skall inte parkera sin bil här» kvalificerar således Pelles handling, att parkera bilen på viss plats, som förbjuden och normstridig.

Kvalifikationen av handlingar m.m. som normenliga och normstridiga påminner ur en viss synvinkel om ett s.a.s. omvänt sanningsbegrepp. Att en teoretisk sats är sann betyder följande: satsen säger att det är så och så, och i verkligheten är det just så som satsen säger. Att en teoretisk sats är falsk betyder alltså att den inte överensstämmer med verkligheten. Teoretiska satser kvalificeras således som sanna eller falska, beroende på om de överensstämmer med fakta eller inte. Relationen mellan en normsats och de handlingar m.m. som den normerar är omvänd. Normsatsen kvalificeras inte som sann eller falsk, beroende på om de normerade handlingarna m.m. överensstämmer med den. Tvärtom, normsatsen kvalificerar vissa fakta, framför allt vissa handlingar, som normenliga, normstridiga m.m. Att en handling är normenlig innebär att den överensstämmer med en norm, att den är normstridig innebär att den inte gör det.

Denna jämförelse kan kanske utnyttjas som en bas för logikens tillämpning på normsatser.

Jfr Peczenik 1967, 133; 1968, 119 och 1969, 46 ff.; = 1970, s. 31, 11 och 60 ff. Dessa arbeten är inte mer än ett kortfattat utkast. För att vidareutveckla idén måste en rad tekniska problem lösas, varvid yrkesskicklighet i matematisk logik är nödvändig.

Antag t.ex. att två normsatser, $norm_1$ och $norm_2$, har en sådan mening att allt som kvalificeras av $norm_2$ samtidigt kvalificeras på samma sätt av $norm_1$. Det är då naturligt att $norm_2$ logiskt följer av $norm_1$. På så vis kan en teori utvecklas om vad det innebär att en normsats följer av en annan. En klar mening ges därmed åt sammansatta satser, i vilka det logiska uttrycket »om... så» förbinder två normsatser.

Uttryckets mening i samband med normsatser kan sedan jämföras med dess mening i teoretiska satser. Givetvis föreligger det vissa analogier. De kända sambanden mellan uttrycket »om.. så» och andra logiska ord, såsom »icke», »och» m.m. kan till sist utnyttjas för att utsträcka analogierna även på dessa ord.

Det föreligger emellertid också en viktig skillnad. I ett teoretiskt sammanhang har endast ett kvalifikationssätt logisk relevans. Teoretiska satser kvalificeras som sanna och falska: q följer av p om det aldrig är så att p är (kvalificerad som) sann och q samtidigt (kvalificerad som) falsk. I normativt sammanhang har däremot två olika kvalifikationssätt logisk relevans:

- En kvalifikation av handlingar m.m. i ljuset av normer bildar logikens bas: Normer *kvalificerar* handlingar m.m. som normenliga och normstridiga. $Norm_1$ följer av $norm_2$, om allt som kvalificeras av $norm_2$ kvalificeras på samma sätt av norm1.
- Dessutom *kvalificeras* sammansatta satser vari normer ingår som sanna eller falska. Satsen »om $norm_1$ så $norm_2$» kan således kvalificeras som sann.

8.5.3 *Varför skall praktiska satser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa empiriska och tekniska skäl*

Varför skall då praktiska satser, däribland sådana som ingår i juridisk argumentation, åtföljas av sammanhängande motivering? Låt mig börja med vissa empiriska och tekniska skäl för detta.

1) Nästan alla människor har en benägenhet att motivera praktiska satser. Visserligen kan en individ känslomässigt ogilla ett väl motiverat system av sådana satser. Men förnuftiga människor har en benägenhet att anse att en sammanhängande motivering stärker de praktiska slutsatserna. Vidare har de en benägenhet att anse att en motivering av normer och värderingar är bättre ju mer sammanhängande den är. Kan alla ha fel?

Att på så sätt anföra faktisk motiveringspraxis som ett skäl för att praktiska satser skall motiveras utgör ett slags *empiriskt rättfärdigande* av motiveringskravet (jfr Alexy 1989, 182 ff.).

2) Dessutom rättfärdigas motiveringskravet på ett *tekniskt* sätt (jfr Alexy 1989, 181-182): man hävdar att sammanhängande motivering utgör ett medel för att uppnå vissa erkända mål.

a) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det mest sammanhängande norm- respektive värdesystemet det mest *stabila*. Ett sådant system omfattar många satser, sammanbundna med varandra på många olika sätt. Därmed minskar risken att en praktisk sats som tillhör systemet endast

uttrycker en tillfällig känsla som man upplever en kort stund och sedan glömmer.

Endast om den ifrågavarande praktiska satsen på så vis förankras i en individs sammanhängande värdesystem kan socialpsykologerna säga, att individen »internaliserat» den.

Minst två motiveringskrav kan åberopas här: begreppens generalitet (se avsnitt 7.6 ovan) och systemets räckvidd i tid och rum (se avsnitt 7.7 och 7.9 ovan). Vid i övrigt oförändrade förhållanden är norm- och värdesystem mindre beroende av det konkreta samhällslivets ständiga förändringar, ju större räckvidd de har och ju mer generella begrepp de använder. Ett system som har en mindre räckvidd och använder mindre generella begrepp förlorar sålunda lättare sin aktualitet.

Om en person vill skapa ett stabilt norm- respektive värdesystem, skall han motivera det på ett så sammanhängande sätt som möjligt.

b) Genom att således förankra en praktisk sats i sina respektive norm- och värdesystem kan skilda individer förvissa sig om att dessa liknar varandra. De kan m.a.o. utveckla en viss värdegemenskap, dvs. enighet (konsensus). Enigheten varar längre om den avser många element av respektive individers system, inte blott vissa tillfälliga känslor. Varaktig enighet kan dessutom uppfattas som *poängen* med all praktisk argumentation.

Om en person vill skapa enighet mellan olika människor, skall han motivera sina norm- respektive värdesatser på ett så sammanhängande sätt som möjligt.

Om den väl sammanhängande argumentationen å andra sidan visar, att skilda individer har olika värdesystem, vet man därmed exakt vad oenigheten avser. M.a.o. vet man exakt vilka frågor som bör underkastas sådana demokratiska beslutsprocedurer som omröstning.

c) I en kaotisk värld där enighet mellan människor uppstår och försvinner på ett helt oförklarligt sätt skulle man inte kunna förutsäga andras reaktioner. Det skulle då inte gå att bygga upp ett fungerande samhälle. Varaktig konsensus främjar däremot sådana värden som effektiv organisation, fredlig samlevnad, samarbete och ytterst artens fortbestånd.

Följande ord är säkert tankeväckande: »Jag tycker att det som betecknas som *moral* kan uppfattas... som användning av den urgamla samarbetsprincipen. I denna mening skulle jag tala om etiken som en tillämpad biologi» (Wuketits 1993, 230). Och vidare: »När en liten grupps överlevnad tillförsäkras av samarbete kan samarbete mellan artens allt fler medlemmar leda även till större gruppers och ytterst sett artens överlevnad... Den största utmaningen som en etik har att möta i dag är samarbetsprincipens användning på organisation av ett världssamhälle» (id., 231).

Om en person vill främja sådana värden som effektiv organisation, fredlig samlevnad, samarbete och ytterst artens fortbestånd, skall han eftersträva en varaktig enighet mellan olika människor. Följaktligen skall han motivera sina norm- respektive värdesatser på ett så sammanhängande sätt som möjligt.

8.5.4 *Varför skall juridiska slutsatser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa tekniska skäl*

Den juridiska argumentationen i s.k. svåra fall utgör en kedja som består av teoretiska satser om samhälleligt etablerade normer och praktiska satser, däribland värdesatser och normer.

Den omfattar åtminstone följande komponenter:
- teoretiska satser om samhälleligt etablerade normer, bl.a. (a) normer som uttrycks av rättskällor såsom lagar, prejudikat m.fl., och (b) traditionella juridiska argumentationsnormer; och vidare
- värdesatser och normer vilka av övertygelse godtas av den argumenterande juristen; däribland (a) tolkningssatser vilka säger vad som utgör en korrekt, rätt och rättvis tolkning av de etablerade normerna; och (b) normer vilka säger att en viss tolkning av de etablerade normerna bör följas.

Argumentationens teoretiska del skall vara rationell av samma skäl som gäller för teoretiska satser överhuvudtaget. Den juridiska argumentationens praktiska – normativa och värderande – del skall vara rationell av samma skäl som vid praktiska satser i övrigt.

Det finns dessutom ett särskilt »tekniskt» skäl för den juridiska argumentationens rationalitet.

I avsnitt 6.1.5 ovan har frågan ställts varför en »smart» individ inte endast skall handla med egennyttig beräkning och ignorera andra människors intressen. Ingen argumentation kan övertyga den »smarte» om att

det lönar sig att vara etisk. Samhället har därför sedan urminnes tid utvecklat rätten och staten. Den »smarte» *tvingas* således att följa lagen. Därmed uppstår för alla ett viktigt *etiskt* skäl att följa den. Det bör vi göra såvida den verkligen förhindrar att den »smarte» skor sig på den godtrognes bekostnad. Endast då kan det ömsesidiga förtroende uppstå som är nödvändigt för en väl fungerande samlevnad mellan människor. I »svåra» fall måste emellertid lagens bokstav anpassas till etiska omdömen. En sådan tolkning skapar ett särskilt stort förtroende om den motiveras på ett sammanhängande sätt.

Vidare: endast om den juridiska argumentationen uppfyller högt ställda rationalitetskrav kan den uppvisa de kännetecken som stöder den *prima facie* etiska skyldigheten att följa lagen (jfr avsnitt 6.1.5 ovan). Detta talar för att den juridiska argumentationen i hög grad kan förenas med rättssäkerhetskravet och motiverar den juridiska argumentationens särart. I synnerhet måste följande konstateras. Den juridiska argumentationens rationalitet är detsamma som att den på ett sammanhängande och allmänt godtagbart sätt bygger på de etablerade rättsreglerna och den etablerade juridiska metoden. Därmed är rättskipning och myndighetsutövning mer förutsebar, ju mer den stöds av en rationell juridisk argumentation. Denna rättssäkerhet bidrar till att ordning skapas och kaos förhindras. En sådan ordning utgör en nödvändig betingelse för människors gemensamma livsform. Allmän laglydnad skapar fred, förtroende, samarbete och bidrar ytterst till artens fortbestånd. Följande anvisning motsvarar detta konstaterande.

Om en person vill främja ordning, fred, ömsesidigt förtroende mellan människor, samarbete och ytterst sett artens fortbestånd, skall han motivera sina juridiska slutsatser på ett så sammanhängande sätt som möjligt.

I detta sammanhang kan konstateras att juridikens, inte minst rättsdogmatikens, begrepps- och satssystem gör det möjligt att samla, testa och förbättra åsikter av många generationer jurister. Den bidrar således till såväl stabilitet som framsteg. Slutsatser testas effektivare i ett system än i en osystematisk *ad hoc*-motivering. Vidare alstrar en väl sammanhängande motivering nya insikter, otillgängliga för personer som endast ägnar sig åt en *ad hoc*-motivering. Till sist underlättar systemet beslutsfattarens arbete. Genom att kunna lita på åsikter som redan testats vid många tillfällen kan han undvara den hopplösa uppgiften att i varenda fall motivera allt på en gång.

8.5.5 *Varför skall en debatt vara rationell? Vissa empiriska, tekniska och universalpragmatiska skäl*

Liknande frågeställningar uppstår i samband med regler för den rationella praktiska diskursen. *Alexy* anger fyra grunder för att man bör rätta sig efter dem, m.a.o. fyra olika sätt att rättfärdiga rationalitetsnormerna, nämligen det empiriska, det tekniska, det universalpragmatiska och det definitionsmässiga.

1) Ett *empiriskt* rättfärdigande innebär att man påstår att vissa rationalitetsnormer faktiskt följs av debattörerna (jfr Alexy 1989, 182 ff.).

Därvid uppstår emellertid två problem.

För det första avviker många debatter från rationalitetsidealet. För det andra bygger det empiriska rättfärdigandet på övertygelsen att det som faktiskt görs är rationellt. Men världshistorien är full av exempel på irrationella debatter.

Å andra sidan har nästan alla människor som tillhör den västerländska kulturkretsen en benägenhet att anse att en saklig motivering som rättar sig efter reglerna för rationell debatt stärker de praktiska slutsatserna. Vidare har de en benägenhet att anse att en motivering av normer och värderingar är bättre ju sakligare den är, dvs. ju mer den rättar sig efter rationalitetsnormerna. Återigen kan frågan ställas om alla kan ha fel.

2) Ett *tekniskt* rättfärdigande (jfr Alexy 1989, 181-182) innebär att man hävdar att dessa rationalitetsnormer utgör ett medel för att uppnå vissa erkända mål, sådana som t.ex. fredlig konfliktlösning.

Det tekniska rättfärdigandet tar vissa mål för givna. Det tas t.ex. för givet att konflikter bör lösas på ett fredligt sätt. Då inställer sig emellertid frågan hur man rättfärdigar de antagna målen. Teoretiskt sett är frågan mycket svår att besvara men i praktiken är vissa mål så väl förankrade i vårt liv, att de knappast kan ifrågasättas på en och samma gång. Ett av dessa mål är att det skall vara möjligt att diskutera juridiska och andra värderingsfrågor. Därmed närmar vi oss det s.k. universalpragmatiska rättfärdigandet av reglerna för rationell praktisk debatt.

3) Det *universalpragmatiska* (det »transcendentala», Alexy 1989, 185-186) rättfärdigandet, som kanske kan betecknas som ett specialfall av det tekniska, innebär att man hävdar att rationalitetsreglerna utgör *ett nödvändigt villkor för språklig kommunikation.*

Det universalpragmatiska rättfärdigandet är särskilt viktigt, och därför måste jag komplettera Alexys framställning med vissa ytterligare syn-

punkter. Därvid måste man skilja mellan debattrationalitet hos teoretiska satser och debattrationalitet hos praktiska satser.

Varför skall teoretiska satser motiveras på ett sätt som så mycket som möjligt närmar sig en debatt som uppfyller Alexys regler? I synnerhet, varför skall de teoretiska satser som ingår i den juridiska argumentationen – exempelvis satserna om lagens lexikaliska innebörd – vara sådana att man kan hoppas på att de skall stå sig i en sådan debatt? Man kan besvara dessa frågor genom att uppställa följande hypotes. Om en mängd teoretiska satser klarade sig inom en debatt, vilken i så stor grad som möjligt uppfyllt de ovan omtalade kraven på uppriktighet, generalitet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång, opartiskhet och fördelning av argumentationsbördan, är denna mängd av teoretiska satser sannolikt sann. (Denna hypotes utgör kärnan i rationalistisk konsensusteori om sanning, se avsnitt 8.4.1D ovan).

Om en person vill närma sig sanningen, skall han så mycket som möjligt följa debattregler som kräver uppriktighet, generalitet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång, opartiskhet och fördelning av argumentationsbördan.

Om man å andra sidan uttalar teoretiska satser utan att bry sig om deras sanning, finns det inte någon mening med kommunikation mellan människor. Vad vill man egentligen säga till sina människor om inte sanningen? Vill man ljuga i alla sammanhang? Men om alla hade ljugit och ingen hade väntat sig att höra sanningen vore inte ens lögn möjlig; man kan ljuga effektivt endast om andra tror att man talar sanning.

Varför skall då *praktiska* (däribland juridiska) satser motiveras på ett sätt som så mycket som möjligt närmar sig en debatt vilken uppfyller Alexys regler? Om en mängd praktiska satser stod sig i en debatt som i så stor grad som möjligt uppfyllt Alexys ovan omtalade krav på uppriktighet, generalitet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång, opartiskhet och fördelning av argumentationsbördan, är denna mängd av praktiska satser sannolikt ett adekvat medel för att befrämja olika människors värdegemenskap, dvs. stabil enighet, fredlig konsensus (se avsnitt 8.5.3 ovan), ömsesidigt förtroende och således kommunikation angående praktiska frågor. Värdegemenskapen och förtroendet främjar människors överlevnadschans.

Om en person vill skapa varaktig enighet mellan olika människor, skall han så mycket som möjligt följa debattregler som kräver uppriktighet, generalitet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång, opartiskhet och fördelning av argumentationsbördan.

8.5.6 Varför skall praktiska satser åtföljas av sammanhängande motivering? Vissa begreppsliga skäl

Vissa skäl för att de praktiska satser som ingår i juridisk argumentation skall åtföljas av sammanhängande motivering är begreppsliga. De bildar ett *definitionsmässigt rättfärdigande* (jfr Alexy 1989, 184).

A PRAKTISKA SATSER OCH MOTIVERING

Det har konstaterats ovan (jfr avsnitt 5.8.1A) att man har en slutgiltig etisk skyldighet att utföra handlingen H endast om denna skyldighet följer av en så god motivering som möjligt. Detsamma gäller den etiska godheten.

Anta t.ex. att en politisk ledare anser att det är en god handling att döda judar. Han tillfrågas flera gånger vad som är skälet för detta omdöme men svarar blott »jag vet att så är fallet». Man kan då betrakta hans användning av ordet »god» som konstig, eftersom den avviker från den innebörd som ordet har för normala människor.

En begreppslig *anomali* uppstår sålunda om man uppriktigt yttrar en praktisk sats men ändå anser att det inte går att motivera den.

Denna tes är särskilt övertygande när det gäller juridisk argumentation. En begreppslig anomali uppstår om en domare eller ämbetsman fattar ett juridiskt beslut men ändå anser att det inte går att motivera det. Sådana begrepp som »juridiskt beslut», »dom», »rättsligt beslut» m.fl. har den innebörd att det språkligt sett inte är normalt att uppriktigt beteckna ett beslut som »rättsligt», »juridiskt» eller »en dom» och ändå hävda att det inte går att motivera det.

Visserligen kan man föreställa sig en rättsordning i vilken det räcker med att en domare avkunnar en dom utan någon som helst motivering. Men då förutsätter domaren att åtminstone följande argumentation är möjlig: »Jag avgör målet på detta sätt. Jag bör ha en behörighet att i sådana fall utan någon motivering fatta auktoritativa beslut.» Ett åberopande av egen auktoritet är också en motivering.

I civiliserade länder brukar domare dessutom förutsätta att deras avgöranden kan stödas på olika juridiska auktoritets- och sakskäl, inte blott på domarens behörighet (jfr Bergholtz 1987, 352 ff.).

Om en domare eller ämbetsman inte vill skapa en anomali avseende sådana begrepp som »rättsligt beslut» skall han (explicit, eller åtminstone implicit) stöda sina beslut på en så sammanhängande mängd skäl som möjligt.

B BEGREPPET »ATT MOTIVERA»

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering av påståenden, normer och värderingar bättre ju mer sammanhängande den är. Följande rationalitetsanvisning torde därför uttrycka en rimlig tolkning av begreppet »att motivera».

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »att motivera» skall han (explicit eller åtminstone implicit) stöda sina påståenden, normativa ståndpunkter och värdeomdömen på en så sammanhängande mängd skäl som möjligt.

C BEGREPPEN »RIKTIGT», »RIMLIGT» OCH »OBJEKTIVT»

Att motivera ett norm- eller värdesystem innebär dessutom att försöka framställa det som *riktigt*. Begreppet »riktigt» är likaledes sammanbundet med begreppet »sammanhängande motivering». Att försöka framställa ett sådant system som riktigt innebär att stöda det på en så sammanhängande motivering som möjligt (jfr avsnitt 8.4.5 ovan). Vid i övrigt oförändrade förhållanden är ett norm- eller värdesystem riktigare ju mer sammanhängande dess motivering är.

Motsvarande gäller rimlighet och objektivitet. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering av påståenden, normer och värderingar rimligare och objektivare ju mer sammanhängande den är.

Om en person vill framställa ett norm- eller värdesystem som riktigt och rimligt skall han stöda det på en så sammanhängande motivering som möjligt.

D BEGREPPET »ATT TÄNKA FÖRNUFTIGT»

Att försöka ge det mest sammanhängande svaret på praktiska problem är dessutom detsamma som att förnuftigt tänka på dessa problem. Onekligen

är det något märkligt att säga: »dessa tankar är förnuftiga fast osammanhängande».

Om en person vill tänka förnuftigt på praktiska frågor skall han försöka ge det mest sammanhängande svaret på dem.

E BEGREPPET »AVVÄGNING»

Jag har konstaterat att den etiska argumentationen måste inkludera en avvägning mellan olika *prima facie*-skäl och motskäl. Detsamma gäller den juridiska argumentationen, eftersom den utgör ett särfall av den etiska. För att motivera en slutgiltig praktisk sats, etisk eller juridisk, behövs det sålunda alltid en avvägning. Den bästa motiveringen i etiska och juridiska frågor måste följaktligen vara detsamma som den bästa avvägningen. Den bästa avvägningen innebär att alla relevanta *prima facie*-hänsyn har beaktats.

En begreppslig anomali skulle uppstå om man uppriktigt uttalade en etisk eller juridisk uppfattning, utan att väga samman så många olika hänsyn för och emot den som möjligt. En sådan sammanvägning är emellertid detsamma som den mest sammanhängande motiveringen. Den uppfyller nämligen inte blott det minimala motiveringskravet (avsnitt 7.4.1 ovan) utan även vissa andra motiveringskrav, däribland kravet på långa argumentkedjor och prioritetsordningar av skäl (avsnitt 7.4.2 och 7.4.4).

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »avvägning» skall han (explicit eller åtminstone implicit) stöda sina etiska och juridiska avvägningar på en så sammanhängande mängd skäl som möjligt.

F BEGREPPET »RÄTTVISA»

Det har konstaterats (se avsnitt 1.6.2 ovan) att juridisk argumentation bör uppfylla kravet på materiell rättssäkerhet, vilket innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn. De sistnämnda är mycket ofta *rättvisehänsyn*. En sådan domsmotivering som »visserligen är det orättvist men domstolen dömer A till fängelse» skulle utgöra en anomali.

En juridisk motivering som inte åtminstone underförstått bygger på ett väl sammanhängande system är en *ad hoc*-motivering. Varken universell eller generell, kan den inte vara rättvis (MacCormick 1984, 243). Rättvi-

sa kräver att juridisk motivering förankras i ett väl sammanhängande system.

Följande anvisning utgör en slutsats av det ovan sagda:

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »rättvisa» skall han (explicit eller åtminstone implicit) stöda sina juridiska slutsatser på en så sammanhängande mängd skäl som möjligt.

G BEGREPPET »DET ETISKT GODA»

Det ovan sagda kan utsträckas på all etik. Den bästa argumentationen i etiska frågor måste beakta alla relevanta *prima facie* hänsyn. Att vid etisk argumentation beakta alla relevanta hänsyn är detsamma som att stöda etiska slutsatser på en så sammanhängande motivering som möjligt. Motiveringen måste dessutom omfatta åtminstone en universell *prima facie*-princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar som ur en viss synvinkel liknar varandra. En sådan generalitet är som sagt ett viktigt kännetecken på sammanhängande motivering.

Följande rationalitetsanvisning utgör en slutsats av det ovanstående:

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »det etiskt goda» skall han (explicit eller åtminstone implicit) stöda sina etiska slutsatser på ett så sammanhängande mängd skäl som möjligt.

Se även Fuller 1986, 91: »*coherence and goodness have more affinity than coherence and evil*».

H KRAVET PÅ GENERELL MOTIVERING

I synnerhet skulle en begreppslig anomali uppstå om någon hade uttalat en etisk eller juridisk norm- eller värdesats men saknat benägenhet att stöda en sådan sats med generella premisser.

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »motivering» skall han stöda sina etiska och juridiska norm- och värdesatser på så generella skäl som möjligt.

8.5.7 Varför skall en debatt vara rationell? Vissa begreppsliga skäl

En vidare fråga är varför man bör rätta sig efter Alexys regler för den rationella praktiska diskursen. Alexy anger fyra grunder för det, m.a.o. fyra olika sätt att rättfärdiga rationalitetsreglerna, nämligen det tekniska, det universalpragmatiska, det empiriska och det definitionsmässiga.

Ett *definitionsmässigt* rättfärdigande innebär att ett system av rationalitetsregler utvecklas i förhoppning att det skulle »utgöra ett skäl eller motiv för dess acceptans, oavsett huruvida andra skäl ges eller inte» (Alexy 1989, 184). Det antas m.a.o. följande definition av begreppet »rationalitet»: Satserna (a) »debatten är rationell» och (b) »debatten följer Alexys rationalitetsregler» betyder samma sak. Att »debattera» i strid med Alexys regler, t.ex. genom att ljuga, godtyckligt ändra ords mening och tillgripa våld innebär att man använder andra »debatt»-medel än en saklig och sammanhängande motivering.

En begreppslig anomali skulle då uppstå om man uppriktigt skulle vilja debattera praktiska frågor utan att vilja följa Alexys rationalitetsregler.

Om en person inte vill skapa en anomali som avser begreppet »debatt» skall han så mycket som möjligt följa debattregler som kräver uppriktighet, generalitet, gemensamt språkbruk, öppenhet, frihet från inslag av tvång, opartiskhet och fördelning av argumentationsbördan.

Sist men inte minst: Ett norm- respektive värdesystem som på en så samma gång så väl som möjligt uppfyller både motiverings- och debattkraven är korrektare än det som endast uppfyller de förstnämnda. Så är fallet bl.a. till följd av de personliga preferensernas roll vid avvägning. En individ kan sålunda aldrig vara helt säker på vilken avvägning som en annan kommer att utföra. Den ene kan blott gissa sig till den andres avvägning. Slutsatsen blir korrektare om man istället låter de inblandade själva framställa sina avvägningar (Alexy 1988).

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som på en och samma gång bäst följer kraven på en sammanhängande motivering och kraven på en saklig debatt.

Förhållandet mellan sammanhängande motivering, förnuftig debatt och förnuftig enighet är följande: Det är förnuftigt för olika individer att enigt

godta ett norm- respektive värdesystem som så väl som möjligt uppfyller både kraven på sammanhängande motivering och debattkraven.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är enighet om ett norm- eller värdesystem förnuftigare, ju bättre systemet uppfyller kraven på sammanhängande motivering och saklig debatt.

8.5.8 Varför skall juridiska värdesatser vara rationella? Vissa begreppsliga skäl

Den juridiska argumentationens teoretiska del skall som sagt vara rationell av samma skäl som gäller för teoretiska satser överhuvudtaget och dess praktiska – normativa och värderande – del av samma skäl som vid praktiska satser i övrigt. Det finns dessutom ett särskilt begreppsligt skäl för den juridiska argumentationens rationalitet.

Begreppet »gällande rätt» betecknar inte endast den samhälleligt etablerade rätten utan även den tolkade rätten. Denna tolkning förutsätts vara förnuftig, dvs. språkligt korrekt, logiskt motsägelsefri och motiverad på ett sammanhängande sätt. Utsagan »denna lagtolkning är språkligt felaktig, logiskt motsägelsefull och omotiverad, men utgör ändå gällande rätt» är besynnerlig och utgör en begreppslig anomali.

Om en person inte vill skapa en anomali avseende begreppet »gällande rätt» skall han betrakta ett juridiskt tolkningsresultat som gällande rätt endast om tolkningen är förnuftig.

8.5.9 Begreppen och livet

I avsnitt 8.5.1-8.5.8 har jag utvecklat olika anvisningar (»tekniska normer») vilka anger lämpliga medel, om man antar att man vill uppnå vissa mål. En rad anvisningar baserar sig på vissa *begrepp*, såsom de logiska begreppen (»icke» och »om... så»); begreppen »normsats», »värdesats», »att önska», »skyldighet», »att motivera», »avvägning», »debatt», »juridiskt beslut» och »gällande rätt». Dessa begrepp har behandlats i samband med varandra och med vissa andra begrepp, såsom »tolkning», »korrekthet» m.fl.. Anvisningarna återspeglar meningen hos dessa begrepp.

Men kan inte begreppen vara vilseledande? Borde man inte *ändra* dessa begrepp, för att skära bort deras samband med svåra och omstridda

rationalitetsproblem? Vissa filosofer – bl.a. tillhörande Uppsalaskolan – har valt just denna arbetsmetod, t.ex. genom att definiera värdesatser som rena känslouttryck. I detta sammanhang kan följande kommentarer uttalas.

En radikal ändring av *vissa* begrepp skulle på ett svårföreställbart sätt ändra våra liv. I denna förbindelse brukar vissa filosofer använda begreppet »livsform» (jfr avsnitt 5.8.7B ovan). Livsformen – dvs. vår världsbild uttryckt i vardagliga *handlingar* och grundläggande *begrepp* – bestämmer vad som är *säkert*.

Alla människor diskuterar värderingsfrågor och hoppas sålunda på att rationellt kunna övertyga andra om att t.ex. en viss handling är etiskt god, en viss lagtolkning är korrekt och rättvis. Vid denna debatt använder alla sådana begrepp som de ovan diskuterade, dvs. »skyldighet», »att motivera», »avvägning», »debatt», »juridiskt beslut», »gällande rätt» och »korrekt tolkning». Man kan nu uttala följande hypotes. Skulle dessa begrepp upplösas skulle möjligheten att rationellt debattera värdefrågor försvinna. Så skulle t.ex. vara fallet om begreppet »skyldighet» (tolkad som »slutgiltig etisk skyldighet») hade förändrats, så att man fått uppriktigt yttra sådana satser som »B skall (slutgiltigt) både göra H och inte göra H». Så skulle även vara fallet om en domare eller ämbetsman fått fatta ett juridiskt beslut men ändå anse att det inte går att motivera det.

Skulle man på så sätt avstå från en rationell etisk och juridisk debatt skulle ett livsfarligt kaos uppstå. Valkampanjer och andra politiska strider skulle alltid vinnas av dem som skickligare spelar på publikens spontana känslor, sjunger vackra kampvisor och arrangerar färgglada jippon. Domstolsprocesser skulle alltid vinnas av dem som uppträder snällt mot domaren, talar vackert och klär sig enligt domarens smak. Känslomässigt påverkbara och ständigt ombytliga ämbetsmän och domare skulle väcka förakt och desperation. Rättens samband med organiserad makt skulle då resultera i allmänt utbredd rädsla. Så småningom skulle ingen kunna lita på någon. Människor skulle isoleras från varandra. Vår kultur – vår livsform – skulle ändras radikalt. Ett samhälle fullt av irrationella jurister skulle vara dömt att gå under. Vår fortlevnadschans skulle minska.

Bland annat av det skälet måste man bibehålla de begrepp som överhuvudtaget gör den rationella juridiska debatten möjlig, t.ex. begreppen »rättighet» och »gällande rätt». Om dessa begrepp hade förkastats eller förlorat sitt samband med rationell argumentation skulle man vara tvungen att uppfinna nya, som då fick fylla likadana uppgifter.

Följande anvisning av andra graden motsvarar dessa kommentarer:

Om en person inte vill skapa ett livsfarligt kaos skall han undvika anomalier angående juridiska och etiska begrepp.

8.6 Slutord – den relativa rättssäkerheten räcker till

Den juridiska argumentationen är ett medel för att minska rättens ofrånkomliga vaghet. Den förvandlar den vaga eller flertydiga, i rättskällorna givna, rätten till en exaktare och entydigare rätt. Läsaren erinras om de ovan utvecklade rättssäkerhetsteserna:

Tes 1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är den juridiska argumentationen bättre ju effektivare den bidrar till att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning är rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

Tes 2. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en rättsteori bättre ju effektivare den bidrar till att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning är rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

Den juridiska argumentationen bidrar m.a.o. till rättssäkerheten, men den kan inte göra beslutsfattandet helt rättssäkert. En viss obestämdhet är ofrånkomlig till följd av följande faktorer.

- Samhället ändras ständigt. »Rätten eller rättsordningen – detta invecklade system av lagar och andra handlingsregler för hur vi människor skall leva ihop med varandra – har en inneboende dynamik. Det ligger mycket i tanken, att rätten kan liknas vid en teaterscen, där aktörerna (främst domstolarna) under föreställningens gång hela tiden gör (ny)tolkningar av och tillägg till, ibland även ändringar i, pjäsens text (rättsordningen). Rätten är således aldrig stillastående... Gällande rätt är en approximering; man fryser föreställningen i ett visst ögonblick och frågar sig, vilken replik aktören i nästa ögonblick kommer att fälla. Naturligtvis finns det en mängd regler – jämförbara med, på andra områden: grammatik, verslära, kompositionslära – för hur de medverkande, aktörerna, skall uppträda (t.ex. om rättskällornas användning och principerna för lagtolkning), men dels är dessa regler inte

oomtvistade dels ändras samhällsförhållandena ständigt, och man kan därför aldrig riktigt säkert veta. Här kommer möjligheterna till nyskapande in» (Conradi 1993, 86 ff.).

- För att få fram en logiskt korrekt lösning av ett svårt fall måste en jurist förutom en etablerad rättsregel och en faktabeskrivning utgå från ett tillägg som ofta består av en etisk norm- eller en etisk värdesats. Likväl gör juristerna anspråk på att deras slutsatser är riktiga. En juridisk slutsats kan sålunda uppfattas som riktig trots att den baserar sig på en etisk värdering.

Men gör inte dessa omständigheter rätten så pass obestämd att rättssäkerheten äventyras? Förvisso är en fullständig precision en illusion. Ändå behöver en jurist inte känna förtvivlan. Som en praktisk människa har hon ingen anledning att eftersträva en absolut perfektion. Det är fullt tillräckligt att bedriva det rättssäkerhetsskapande arbetet så gott det går. Följande rättssäkerhetsteser kan beaktas i detta sammanhang.

Tes 3. Trots sin *prima facie*-karaktär som nödvändiggör avvägningar är rättskälleläran så pass bestämd att dess inverkan på den juridiska argumentationen bidrar till att den kan uppfylla rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Tes 4. Trots sin värdebemängda karaktär bygger juridiska teorier på så pass bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder, att deras inverkan på den juridiska argumentationen är förenligt med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Tes 5. Trots sin värdebemängda karaktär bygger juridisk lagtolkning på så pass bestämda arbetsmetoder, att dess inverkan på den juridiska argumentationen är förenligt med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Närmare bestämt är vissa kännetecken på det etiskt goda och obligatoriska givna i vårt språk och vår kultur.

Tes 6. De i språket och kulturarvet förankrade *prima facie* etiska värdena kan beskrivas så pass exakt, att deras inverkan på den juridiska argumenta-

tionen är förenligt med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Tes 7. Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser har så pass rimligt stöd av de i språket och kulturarvet förankrade *prima facie* etiska värdena, att deras inverkan på den juridiska argumentationen är förenligt med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Tes 8. Den förnuftiga juridiska argumentationen är legitim eftersom den så pass väl bidrar till rättskipnings och myndighetsutövnings förutsebarhet och etiska godtagbarhet, att det uppstår en ordning som
- *prima facie* är bättre än kaos;
- utgör en betingelse för människors gemensamma livsform;
- skulle accepteras av opartiska personer;
- tolereras av samhället;
- har moralbildande verkan; och
- kan skapa fred, förtroende, samarbete och ytterst bidra till artens fortbestånd.

Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser motiveras genom avvägning mellan *prima facie*-satser. En sådan avvägning är förvisso ytterst beroende av individens personliga attityd. Godtycklighetsrisken minskar emellertid till följd av en sammanhängande motivering. Avvägningens riktighet kan dessutom bedömas med stöd av teorier om konsensus och måluppfyllelse.

Tes 9. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är rättskipning respektive myndighetsutövning mer förutsebar, ju mer den följer ett norm- eller värdesystem som
- har en så sammanhängande motivering som möjligt,
- godtas av så många personer som möjligt och
- i ett så stort antal fall som möjligt läggs till grund för olika individers handlingar varigenom dessa uppnår syften med handlingarna.

Tes 10. Slutgiltiga etiska norm- och värdesatser kan motiveras på ett så pass sammanhängande sätt, godtas av ett så pass stort antal människor och befrämja olika individers måluppfyllelse så mycket, att deras inverkan på den juridiska argumentationen kan förenas med rättssäkerhetskravet på att rättskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.

Litteratur

Aarbakke, Magnus. 1966. Harmonisering av rettskilder. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

Aarnio, Aulis. 1977. *On Legal Reasoning.* Åbo: Turun yliopisto.

— 1978. Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?. Ingår i: S. Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt.* Uppsala: Acta Univ. Upps.

— 1979. *Denkweisen der Rechtswissenschaft.* Wien – New York: Springer.

— 1979b. Linguistic Philosophy and Legal Theory. *Rechtstheorie* Beiheft 1. Berlin: Duncker & Humblott.

— 1984. Paradigms in Legal Dogmatics. Ingår i: A. Peczenik, L. Lindahl och B. van Roermund (red), *Theory of Legal Science.* Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Reidel.

— 1987. *The Rational as Reasonable.* Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo: Reidel.

— 1991. One Right Answer and the Majority Principle of Legal Reasoning. 15 världskongress för rätts- och socialfilosofi. Göttingen.

Aarnio, Aulis; Alexy, Robert och Peczenik, Aleksander. 1981. The Foundation of Legal Reasoning. *Rechtstheorie.*

Aarnio, Aulis och Uusitalo, Jyrki. 1984. Paradigm i rättsdogmatiken, 1 *Tidsskrift för rättssociologi* 1983/84.

Aarnio, Aulis och Peczenik, Alexander. 1986. Beyond the Reality. A Criticism of Alf Ross' Reconstruction of Legal Dogmatics. Ingår i: A. Peczenik (red.), *Meaning, Interpretation and the Law.* Tammerfors: Tieto.

Abrahamsson, Olle. 1993. Domstolsväsendets anpassning till EES och EG. *SvJT.*

Agge, Ivar. 1969. *Huvudpunkter av den allmänna rättsläran.* Stockholm: Juridiska föreningens förlag.

Ailinpieti, Folke. 1980. *Tio exempel på lagstiftning genom förarbeten.* Lund (opublicerat examensarbete).

Alchourrón, Carlos och Bulygin, Eugenio. 1971. *Normative Systems.* Wien – New York: Springer.

— 1981. The Expressive Conception of Norms. Ingår i: R. Hilpinen (red.), *New Studies in Deontic Logic.* Dordrecht: Reidel.

Aleinikoff, Alexander T. 1985. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Review.*

Alexy, Robert. 1978. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
— 1979. Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation. Ingår i: A. Peczenik och J. Uusitalo (red.). *Reasoning on Legal Reasoning*. Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy.
— 1980. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. *ARSP* Beiheft Neue Folge 14. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
— 1985. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos (Frankfurt/M. 1986: Suhrkamp).
— 1985b. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. *ARSP* Beiheft 25. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
— 1987. Argumentation, Argumentationstheorie. Ingår i: *Ergänzbares Lexikon des Rechts*. Neuwied: Luchterhand. 26-2/30.
— 1988. Problems of Discourse Theory. *Critica*.
— 1989. *Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press. Översättning av Alexy 1978.
— 1989b. On Necessary Relations Between Law and Morality. *Ratio Juris* Vol. 2 No. 2.
— 1991. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. Ingår i: 15. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie. Plenarreferate. Göttingen.
— 1992. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/ München: Verlag Karl Alber.
— 1992b. Individual Rights and Collective Goods. Ingår i: Carlos Nino (utg.), *Rights*. The International Library of Essays in Law & Legal Theory. Schools 8. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing Company.
— 1993. Justification and Application of Norms. *Ratio Iuris* Vol. 6 No. 2.
— 1993b. *Mauerschützen*. Zum Verhältnis vom Recht, Moral und Strafbarkeit. Hamburg: Verlag Vandenhoeck & Ruprecht.
— 1994. Basic Rights and Democracy in Habermas's Procedural Paradigm of the Law. *Ratio Juris* Vol. 7 No. 2.
Alexy, Robert och Peczenik, Aleksander. 1990. The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris* Vol. 3 No. 1bis.
Anckar, Dag. 1985. Demokrati och rättssäkerhet. Ingår i: Segerstedt 1985.
Andersson, Jan och Furberg, Mats. 1984. *Språk och påverkan*. 8 uppl. Lund: Doxa.
Anscombe, G.E.M. 1958. On Brute Facts. *Analysis* 18.
Apel, Karl-Otto. 1976. Der philosophische Wahrheitsbegriff. Ingår i: *Transformation der Philosophie*. Band 1. Sprachanalytik, Semiotik, Hermeneutik. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
— 1976a. Sprache und Wahrheit. Ingår i: id.

— 1976b. Das Apriori Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. Ingår i: *Transformation der Philosophie.* Band 2. Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft. Frankfurt/M: Suhrkamp.
— 1986. Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit »aufgehoben» werden?. Ingår i: W. Kuhlmann (red.), *Moralität und Sittlichkeit.* Frankfurt/ M: Suhrkamp.
Arblaster, Anthony. 1987. *Democracy.* Milton Keynes: Open University Press.
Axberger, Hans-Gunnar. 1988. *EKO-brott, EKO-lagar och EKO-domstolar, En rättspolitisk utvärdering av lagstiftningen mot ekonomisk brottslighet.* Stockholm. BRÅ Forskning 1988:3.
Austin, J.L. 1962. *How to do Things with Words.* Oxford: Clarendon Press.
Bankowski, Zenon. 1991. Analogical Reasoning and Legal Institutions. Ingår i: Patrick Nerhot (red), *Legal Knowledge and Analogy.* Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.
Bauman, Zygmunt. 1988. *Freedom.* Milton Keynes: Open University Press.
Bay, Christian. 1968. *Når lov må brytes.* Oslo: Pax.
Becker, Hartmuth. 1994. *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmidt und Jürgen Habermas.* Berlin: Duncker & Humblott.
Becker, Lawrence C. 1975. Human Being: The Boundaries of the Concept. *Philosophy and Public Affairs.* Summer 1975. Vol. 4 No. 4.
Beckman, N., Holmberg, C., Hult, B. och Strahl, I. 1970. *Kommentar till brottsbalken* I. 3 uppl. Stockholm: Norstedts.
Bell, Daniel. 1993. *Communitarianism and Its Critics.* Oxford: Clarendon Press.
Bengtsson, Bertil. 1969. Om äktenskapsliknande samliv. *Festskrift till Arnholm.* Oslo: Tanum.
— 1991. Om civilrättens splittring. *Festskrift till Grönfors.* Stockholm.
Beran, Harry. 1977. In Defence of the Consent Theory of Political Obligation and Authority. 87 *Ethics* 260.
Bergholtz, Gunnar. 1987. *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål.* Lund: Juridiska föreningen.
— 1992. Åtal och kontradiktion. Marginalanteckningar till några yngre rättsfall. Ingår i: *Festskrift till Per Olof Bolding.* Stockholm: Juristförlaget.
Bergström, Lars. 1990. *Värdeteori.* Stockholm: Bokförlaget Thales.
Berlin, Isaiah. 1984. *Fyra essäer om frihet.* Avesta: Ratio.
Bernitz, Ulf. 1984. För korta utredningar. *Affärsrätt* 1.
— 1992. Inför europeiseringen av svensk rätt. *Juridisk Tidsskrift* 3 (1991/92).
— 1994. Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr *Juridisk Tidsskrift* 6 (1994/95).
Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Löfmarck, Madeleine; Ragnemalm, Hans; Roos, Carl Martin; Seipel, Peter och Victorin, Anders. 1985. *Finna rätt.* Juristens källmaterial och arbetsmetoder. Stockholm: Juristförlaget.

Bernstein, Eduard. 1987. Socialismens förutsättningar och socialdemokratins uppgifter. Ingår i: *Vad är demokrati?*, Stockholm: Timbro idé.

Bertilsson, Margareta. 1985. Om rätt och moral. Synpunkter på Max Webers rättslära. *Statsvetenskaplig Tidsskrift.*

Betti, Emilio. 1954. *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre.* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Beyer, Claes. 1991. Vad är rättssäkerhet?. *Festskrift till Gotthard Calissendorff.* Stockholm: Norstedts.

Bjarup, Jes. 1974. Retskildelaere, *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

— 1980. Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerström's Legal Philosophy. *Rechtstheorie* 11.

— 1982. *Reason, Emotion and the Law. Studies in the Philosophy of Axel Hägerström.* Aarhus: at the Press of the Faculty of Law.

— 1985. Epistemology and Law According to Axel Hägerström. *Scandinavian Studies in Law* 29.

— 1988. Hägerström's Critique of Kelsen's Pure Theory of Law. Ingår i: O. Weinberger och W. Krawietz. *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker.* Wien – New York: Springer-Verlag.

— 1992. *Niklas Luhmann's Paradigm and his Theory of Law. Some Critical Comments.* Föreläsning på 4 Erasmus Seminar on Legal Theory. Bryssel. Manuskript.

Björkholm, Thérèse. 1994. *Liberté and Loi. A Reading in the Political and Legal Philosophy of Jean Jacques Rousseau.* Akademisk avhandling. Uppsala: universitetets reprocentral.

Björklund, Tor. 1981. De vikarierende argumenter – Sivil ulydighet i norsk etterkrigshistorie. Ingår i: Hagtvet 1981 – jfr nedan.

Black, Max. 1977. The Objectivity of Science. *Bulletin of the Atomic Scientists.* February.

— 1978. Lebensform and Sprachspiel in Wittgenstein's Later Works. Ingår i: *Wittgenstein and His Impact on Contemporary Thought.* Proceedings of the Second Wittgenstein Symposium. Wien.

— 1980. Language-games with »Language-game». *Dialectica.*

Blegvad, Mogens. 1990. Ett referat, Nordiskt symposium i rättsfilosofi. Munadarness, Island.

Blume, Peter. 1990. Til en ny retskildelære. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

Boardman, W.S. 1987. Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law. *Ethics* 97.

Bodenheimer, Edgar. 1969. A Neglected Theory of Legal Reasoning. *Journal of Legal Education* 21.

Bogdan, Michael. 1993. *Komparativ rättskunskap.* Stockholm: Norstedts juridik.

Bohman, Gösta m.fl. 1982. *Demokratins villkor.* Stockholm: Svensk tidskrift förlags AB.

Bradley, F.H. 1914. *Essays on Truth and Reality.* Oxford: Oxford University Press.

Braithwaite, Richard B. 1960. *Scientific Explanation.* New York: Harper.

Bramstång, Gunnar. 1981. *Socialrätten vid en skiljeväg. Juridik eller tungomålstalande?.* Lund: Juridiska föreningen.

— 1988. Överlåtelse av uppgifter inom socialtjänsten till privaträttsliga organ, *Förvaltningsrättslig Tidsskrift.*

Bratt, Percy och Tiberg, Hugo. 1989. Domare och lagmotiv, *SvJT.*

Bunge, Mario. 1974. *Treatise on Basic Philosophy.* II: Semantics II: Interpretation and Truth. Dordrecht – Boston: Reidel.

— 1977. *Treatise on Basic Philosophy.* III: Ontology. Ingår i: The Furniture of the World. Dordrecht – Boston: Reidel.

— 1981. *Scientific Materialism.* Dordrecht – Boston – London: Reidel.

Burks, Arthur W. 1977. *Chance, Cause, Reason.* Chicago – London: University of Chicago Press.

Burton, Steven J. 1992. *Judging in Good Faith.* Cambridge: Cambridge University Press.

— 1994. Particularism, Discretion and the Rule of Law. *Nomos* XXXVI. New York and London: New York University Press.

Bydlinski, Franz. 1982. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff.* Wien – New York: Springer-Verlag.

Bäumlin, R. 1975. Rechtsstaat. Ingår i: H. Kunst, R. Herzog och W. Schneemelcher (utg.) *Evangelisches Staatslexikon.* 2 uppl. Stuttgart/ Berlin.

Calabresi, Guido. 1970. *The Costs of Accidents.* New Haven.

Castañeda, Hector-Neri. 1975. *Thinking and Doing.* Dordrecht – Boston: Reidel.

— 1980. *On Philosophical Method.* Indianapolis: Nous Publications.

Chisholm, R.M. 1957. *Perceiving.* Ithaca: Cornell University Press.

— 1966. *Theory of Knowledge.* Englewood Cliffs: Prentice-Hall.

— 1974. Practical Reason and the Logic of Requirement. Ingår i: J. Raz (red.). *Practical Reasoning.* Oxford 1978: Oxford University Press.

Chomsky, Noam. 1967. Recent Contributions to the Theory of Innate Ideas. Ingår i: R.S. Cohen och M.W. Wartofsky (red.), *Boston Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 3. Dordrecht: Reidel.

— 1970. *Sprache und Geist.* Frankfurt/M.

Christie, Nils. 1981. Medskyldighet og samfunnstype. Om betingelsene for sivil ulydighet. Ingår i: Hagtved 1981 – jfr nedan.

Cohen, Carl. 1971. *Civil Disobedience – Conscience, Tactics and the Law.* New York och London: Columbia University Press.

Conradi, Erland. 1993. Skapande dömande. *Festskrift till Bertil Bengtsson.* Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.

Conte, Amadeo Giovanni. 1981. Konstitutive Regeln und Deontik. Ingår i: E. Morscher och R. Stranzinger (red.), *Ethik. Grundlagen, Probleme und An-*

wendungen. Akten des 5. Internationalen Wittgenstein-Symposiums. Wien: Hölder – Pichler – Tempsky.
Dahl, Robert A. 1963. *A Preface to Democratic Theory*. Phoenix paperback.
— 1989. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press.
Dahlman, Christian. 1994. Två perspektiv på rättens splittring. Lund (opublicerat examensarbete).
Dalberg-Larsen. Jörgen. 1977. *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*. Köpenhamn: Juristforbundets forlag.
— 1984. *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så*. Köpenhamn.
— 1993. Anm av Peter Høilund: Den forbudte retsfølelse. *Juristen* nr. 1 – 1993.
Dancy, Jonathan. 1985. *An Introduction to Contemporary Epistemology*. Oxford & Cambridge, Mass.: Blackwell.
Dias, R.W.M. 1976. *Jurisprudence*. 4 uppl. London: Butterworths.
Doublet, David och Bernt, Jan Fridthjof. 1992. *Retten og vitenskapen*. Bergen: Alma Mater.
Downs, Anthony. 1957. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper.
Dreier, Ralf. 1981. Recht und Moral. Ingår i: *Recht – Moral – Ideologie*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
— 1982. Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm. Ingår i: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Wien: Manz Verlag.
— 1991. Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam. Ingår i: *Recht- Staat- Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
— 1991b. Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnins zwischen Gesetz und Recht. Ingår i: *Recht- Staat- Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
Drexler, Hans. 1983. Res Publica. Ingår i: Hans Oppermann (utg.), *Römische Wertbegriffe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Dworkin, Ronald. 1968. Comments on the Unity of Law Doctrine (A Response). Ingår i: M.K. Munitz och H.E. Kiefer (red.), *Ethics and Social Justice*. Albany, N.Y.
— 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
— 1984. Etik und Pragmatik des zivilen Ungehorsams. Ingår i: *Widerstandsrecht und Demokratie*. Köln: L'80 Verlagsgesellschaft.
— 1986. *Laws' Empire*. London: Fontana.
— 1990. Taking rights seriously in the abortion case. *Ratio Iuris* Vol. 3, No. 1, March 1990.
Eckhardus, Ch. H. 1750. *Hermeneuticae juris libri duo*.... Jena.
Eckhoff, Torstein. 1969. Litt om det juridiske rettighetsspråk. Ingår i: *Festskrift til Alf Ross*. Köpenhamn.
— 1971. *Rettfærdighet*. Oslo – Bergen – Tromsö: Universitetsforlaget.
— 1980. Retningslinjer og »tumregler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*.
— 1993. *Rettskildelære*. 3 uppl. Oslo: Tano.

Eckhoff, Torstein och Sundby, Nils Kristian. 1991. *Rettssystemer.* 2. reviderte utgave ved Torstein Eckhoff. Oslo: Tano.

Edqvist, Björn. 1986. Riksdagen om rättssäkerheten. *SvJT.*

Edwards, Paul. 1955. *The Logic of Moral Discourse.* Glencoe, Illinois: The Free Press.

Eikema Hommes, Hendrik van. 1982. Rechtsstaat und das Prinzip der Repräsentation, *Rechtstheorie.*

Ekelöf, Per Olof. 1951. *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap.* Lund: Gleerup.

— 1952. Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? *SvJT.*

— 1956. *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper.* Stockholm: Norstedts.

— 1958. Teleological Construction of Statutes. *Scandinavian Studies in Law* 2.

— 1982. *Rättegång* 4. 5 uppl. Stockholm: Norstedts.

— 1990. *Supplement till Rättegång I-V.* 7 uppl. Stockholm: Norstedts.

Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.* Cambridge/Mass: Harvard University Press.

Encyclopedia of Philosophy. P. Edwards (red.). 1967. New York: Macmillan.

Eng, Svein. 1991. Noen synspunkter på en teori om etikk, rett og erkjennelse. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

— 1992. Teoristruktur og teorivalg. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

Engisch, Karl. 1968. *Einführung in das juristische Denken.* 4 uppl. Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz: Kohlhammer Verlag.

Esser, Josef. 1964. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.* 2 uppl. Tübingen.

— 1972. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.* 2 uppl. Frankfurt/M.

Europarätt. 1992. *Europarätt och rättsvetenskap.* Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen. Stockholm: Iustus Förlag.

Evers, Jan. 1970 (2 uppl. 1976). *Argumentationsanalys för jurister.* Lund: Gleerups.

Ewing, A.C. 1934. *Idealism: A Critical Survey.* London: Methuen.

Eyben, W.E. von (red.). 1988. *Juridisk grundbog 1 – Retskilderne.* 4 uppl. Köpenhamn: Jurist- og Ökonomforbundets Forlag.

Feigl, Herbert. 1962. Some Major Issues and Developments in the Philosophy of Science of Logical Empiricism. Ingår i: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 1. Minneapolis: University Press.

Feinberg, Joel. 1975. Rawls and Intuitionism. Ingår i: N. Daniels (red.), *Reading Rawls.* Oxford.

— 1980. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty.* Princeton: Princeton University Press.

Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Rights.* Oxford: Clarendon Press.

Flodin, Mats. 1986. *On Valid Law and Valid Moral Norms.* Stockholm: distribution Mats Flodin.

Foot, Philippa. 1972. Morality as a System of Hypothetical Imperatives. *Philosophical Review* 81.

Freedman, Monroe, H. 1975. *Lawyers' Ethics in an Adversary System.* Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Inc.

Freeman, Samuel. 1991. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy.*

Friedrich, C.J. 1963. Justice: The Just Political Act. *Nomos* VI. New York: Atherton.

Frändberg, Åke. 1973. *Om analog användning av rättsnormer.* Stockholm: Norstedts.

— 1982. Some Reflections of Legal Security. Ingår i: *Philosophical Essays Dedicated to Lennart Åqvist.* Uppsala: Philos. Society.

— 1984. *Rättsregel och rättsval.* Stockholm: Norstedts.

— 1986. Rättsstatens organisation. Ingår i: P. Needham och J. Odelstad (red.), *Changing Positions.* Essays Dedicated to Lars Lindahl on the Occasion of His Fiftieth Birthday. Uppsala: Philosophical Studies published by the Philosophical Society and the Department of Philosophy. No. 38.

— 1993. *The Law-State. An Essay in General Jurisprudence* (manuskript).

— 1993b. On the Relation Between Law and State. *Rechtstheorie Beiheft 15.* Berlin: Duncker & Humblot.

Fuller, Lon. 1946. Reason and Fiat in Case Law. *Harvard Law Review.*

— 1968. *Anatomy of the Law.* Midlesex: Penguin.

— 1986. Positivism and fidelity to law, Ingår i: J. Feinberg och H. Gross (red.), *Philosophy of Law.* 3 uppl. Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.

Føllesdal, Dagfinn; Walløe, Lars och Elster, Jon. 1993. *Argumentationsteori, språk och vetenskapsfilosofi.* Stockholm: Bokförlaget Thales.

Gadamer, Hans-Georg. 1960. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen.

Glover, Jonathan. 1977. *Causing Death and Saving Lives.* Harmondsworth: Penguin Books.

Golding, Martin. 1968. Towards a Theory of Human Rights. *The Monist* Vol. 52 No. 4.

— 1984. The Primacy of Welfare Rights. *Social Philosophy & Policy* Vol. 1 Issue 2.

— 1991. The Significance of Rights Language. *Philosophical Topics* Vol. 18 No. 1.

— 1993. Anm av H Kelsen. General Theory of Norms. *Ethics.*

Goodman, Nelson. 1967. The Epistemological Argument. Ingår i: R.S. Cohen och M.W. Wartofsky (red.), *Boston Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 3. Dordrecht: Reidel.

— 1978. *Ways of Worldmaking.* Sussex: Harvester.

Gram Jensen, Sv. 1991. Om ret og moral. Refleksioner i anledning af Aleksander Peczenik et al.: Juridisk argumentation (1990). *Ugeskrift for Retsvæsen* B. Köpenhamn: G.E.C. Gads förlag.

Greenawalt, Kent. 1989. *Conflicts of Law and Morality.* New York & Oxford: Oxford University Press.

Grice, G.R. 1978. Motive and Reason. Ingår i: J. Raz (red). *Practical Reasoning.* Oxford: Oxford University Press.

Grönfors, Kurt. 1960. Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet, *SvJT.*

Günther, Klaus. 1988. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.* Frankfurt/M: Suhrkamp.

— 1993. Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis'. *Ratio Iuris* Vol. 6 No. 2.

Gutman, Amy. 1993. The Disharmony of Democracy. *Nomos* XXXV. New York och London: New York University Press.

Gärdenfors, Peter. 1980. Teoretiska begrepp och deras funktion. Ingår i: B. Hansson (red.), *Metod eller anarki.* Lund: Doxa.

Görlitz, Axel och Voigt, Rüdiger. 1985. *Rechtspolitologie. Eine Einführung.* Opladen: Westdeutscher Verlag.

Habermas, Jürgen. 1958. Zum Begriff politischen Beteiligung. Ingår i: dens. *Kultur und Kritik. Verstreute Aufsätze.* Frankfurt/M. 1973: Suhrkamp.

— 1968. *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft.* 3 uppl. Neuwied am Rhein och Berlin.

— 1969. *Erkenntnis und Interesse.* Frankfurt/M.: Suhrkamp.

— 1973. Wahrheitstheorien. Ingår i: *Wirklichkeit und Reflexion.* Walter Schultz zum 60. Geburtstag, Pfullingen: Neske.

— 1981. *Theorie des Kommunikativen Handelns.* Frankfurt/M: Suhrkamp.

— 1985. Die Krise des Wohlfahrtsstates und die Erschöpfung utopischer Energien. Ingår i: dens. *Die neue Unübersichtlichkeit.* Frankfurt/M: Suhrkamp.

— 1992. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* Frankfurt/M: Suhrkamp. Cit. efter 4 uppl. Darmstadt 1994: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

— 1994. Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions. *Ratio Juris* Vol. 7 No. 1.

Hafström, Gerhard. 1969. *De svenska rättskällornas historia.* Lund: Juridiska föreningen.

Hagtved, B. (red.). 1981. *Den vanskelige ulydigheten.* Oslo: Pax forlag.

Hall, Jerome. 1947. Integrative Jurisprudence. Ingår i: P. Sayre (red.), *Interpretation of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound.* New York.

— 1973. *Foundations of Jurisprudence.* Indianapolis.

Hampton, Jean. 1994. Democracy and the Rule of Law. *Nomos* XXXVI. New York och London: New York University Press.

Hanqvist, Dan. 1993. *Civil olydnad. Om staten, lagen och moralen.* Lund: Juristförlaget.
Hanson, Norwood R. 1958. *Patterns of Discovery.* Cambridge: Cambridge University Press.
Hare, R.M. 1952. *The Language of Morals.* Oxford: Oxford University Press.
— 1972/73. Principles. *Proceedings of the Aristotelian Society.*
— 1973. Ralws's Theory of Justice. *Philosophical Quarterly* 23.
— 1975. Abortion and the Golden Rule. *Philosophy and Public Affairs* Summer 1975. Vol. 4 No. 3.
— 1981. *Moral Thinking*, Oxford: Oxford University Press.
— 1989. Universalizability and the Summing up of Desires: Reply to Ingmar Persson. *Theoria* LV 3.
Harris, J.W. 1979. *Law and Legal Science.* Oxford: Clarendon Press.
Hart, H.L.A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. 71 *Harvard Law Review* 593. Cit. enl. Joel Feinberg och Hyman Gross (red.), *Philosophy of Law.* 2 uppl. Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.
— 1961. *The Concept of Law.* Oxford: Clarendon Press.
— 1968. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. Ingår i: M.K. Munitz och H.E. Kiefer (red.), *Ethics and Social Justice.* Albany, NY.
Hart, Henry M. Jr och Sacks, Albert. 1958. *The Legal Process.* Tentative edition. Cambridge, Mass.
Hayek, Friedrich A. 1944. *The Road to Serfdom.* Chicago: Chicago University Press.
— 1982. *Law, Legislation and Liberty.* London, Melbourne and Henley: Routledge & Kegan Paul.
Heckscher, Gunnar. 1982. Demokratins begrepp och innehåll. Ingår i: Bohman m.fl. 1982.
Hedenius, Ingemar. 1963. *Om rätt och moral.* 2 utgåva. Stockholm: Wahlström & Widstrand.
— 1975. Analysen av äganderättsbegrepp. Ingår i: B. Belfrage och L. Stille (red.), *Filosofi och rättsvetenskap.* Lund: Doxa.
Hegel, Georg W.F. 1970. *Phänomenologie des Geistes.* Theorie Werkausgabe, Bd. 3. Frankfurt/M: Suhrkamp.
Heller, T. 1961. *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanswedung.* Berlin.
Hellner, Jan. 1967. *Köprätt.* Stockholm: Norstedts.
— 1969. Analys av lagtext med hjälp av datamaskin. Ingår i: *Festskrift till Arnholm.* Oslo: Tanum.
— 1972. Värderingar i skadeståndsrätten. Ingår i: *Festskrift till Ekelöf.* Stockholm: Norstedt.
— 1972b. *Skadeståndsrätt.* 3 uppl. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
— 1975. Argumentation de lege ferenda. *SvJT.*
— 1982. *Speciell avtalsrätt I. Köprätt.* Stockholm: Juristförlaget.

— 1985. *Skadeståndsrätt.* 4 uppl. Stockholm: Juristförlaget.
— 1990. *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten.* Stockholm: Juristförlaget.
— 1992. Strikt ansvar för skada från fjärvärmeanläggning. *Juridisk Tidsskrift* 3 (1991/92).
— 1994. *Rättsteori.* 2 uppl. Stockholm: Juristförlaget.
Hempel, Carl G. 1958. The Theoretician's Dilemma. Ingår i: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 2. Minneapolis: University of Minnesota Press.
— 1962. Deductive-Nomological vs. Statistical Explanation. Ingår i: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 3. Minneapolis: University of Minnesota Press.
Hermansson, Jörgen. 1986. Demokrati i västerländsk mening. *Statsvetenskaplig Tidsskrift.*
— 1989. Introduktion till Michael Walzer. Ingår i: *Idér om rättvisa.* Volym 1 i Tidens idéserie. Stockholm: Tidens Förlag.
Hermerén, Göran. 1973. Kunskapens utveckling. *Insikt och handling.*
Hessler, N. 1970. *Nya jordabalken (Kap 16 och 18).* Uppsala.
Heuman, Lars. 1992. Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet. *Festskrift till Per Olof Bolding.* Stockholm: Juristförlaget.
Hobbes, Thomas. 1651. *Leviathan.* Återuttgiven 1968. Harmondsworth: Penguin.
Holenstein, Elmar. 1993. Vergleichende Kulturphilosophie. Ingår i: R.A. Mall och D. Lohmar. *Philosophische Grundlagen der Interkulturalität.* Amsterdam – Atlanta, GA: Editions Rodopi.
— 1994. Menschliche Gleichartigkeit und kulturelle Mannigfaltigkeit. *Information Philosophie.*
Holländer, Pavel. 1992. Logical Models of the Relation Between Duty and Necessity, Permissibility and Possibility. *ARSP.*
Honoré, A.M. 1977. Real Laws. Ingår i: P.M.S. Hacker och J. Raz (red.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart.* Oxford: Clarendon Press.
Hudson, W.D. 1984. The 'Is-Ought' Problem Resolved?. Ingår i: Edward Regis Jr., *Gewirth's Ethical Rationalism*, Critical Essays with a Reply of Alan Gewirth. Chicago.
Hughes, Graham. 1968. Rules, Policy and Decision Making. *Yale Law Journal* 77.
Hult, Phillips. 1952. Lagens bokstav och lagens andemening. *SvJT*
Hägerström, Axel. 1908. *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität.* Uppsala: Kungl. Humanistiska Vetenskapssamfundet.
— 1929. Selbstdarstellung. Ingår i: R. Schmidt (red.), *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen.* Band 7. Leipzig.
— 1953. *Inquiries into the Nature of Law and Morals.* Stockholm: Almqvist & Wiksell.

— 1964. *Philosophy and Religion.* London.
— 1966. *Socialfilosofiska uppsatser.* Inledning av Martin Fries. Stockholm: Orion/ Bonniers.
Höffe, Otfried. 1977. Zur Rolle der Entscheidungstheorie bei der Rechtfertigung von Gerechtigkeitsprinzipien – kritische Überlegungen im Anschluss an Rawls. *Erkenntnis* 11.
Høilund, Peter. 1992. *Den forbudte retsfølelse.* Om lov og moral. Köpenhamn: Munksgaard. Med supplement 1994.
Ingram, Attracta. 1993. The Empire Strikes Back: Liberal Solidarity in a *Europe des Patries. Rechtstheorie* Beiheft 15. Berlin: Duncker & Humblott.
Jackson, Bernard. 1988. *Law, Fact and Narrative Coherence.* Roby: Deborah Charles Publications.
— 1991. Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations. Ingår i: Patrick Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy.* Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.
Jareborg, Nils. 1975. *Värderingar.* Stockholm: Norstedts.
— 1979. Regler och riktlinjer. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*
— 1989. *Brotten 1.* Stockholm: Norstedts.
— 1992. *Straffrättsideologiska fragment.* Uppsala: Iustus Förlag.
Jørgensen, Stig. 1970. *Law and Society.* Akademisk boghandel. Översättning av: Ret og samfund. Köpenhamn: Berlingske Leksikon Bibliotek.
— 1990. *Retfærdighed og ret.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
Kant, Immanuel. 1781. *Kritik der Reinen Vernunft.* Cit. fr. Kant, Werke, Band 3, Darmstadt 1983: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
— 1785. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.* Cit. fr. id. Band 6.
— 1793. *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis.* Cit. fr. id. band 9.
Katz, Jerrold J. 1966. *The Philosophy of Language.* New York – London: Harper & Row.
Kaufmann, Arthur. 1982. *Analogie und »Natur der Sache»; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus.* 2 uppl. Heidelberg: Decker und Müller.
— 1992. Rechtsphilosophie zum Mitdenken. Kap 1-6. *Jura* 1992, häfte 1-12.
— 1994. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie.* München: C.H. Beck.
Kekes, J. 1979. The Centrality of Problem-Solving. *Inquiry* 22.
Kelsen, Hans. 1927. Naturrecht und Positives Recht. Ingår i: H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (red.), *Die Wiener rechtstheorietische Schule.* Frankfurt – Zürich – Salzburg – München 1968: Europa Verlag, Universitätsverlag, Anton Pustet.
— 1928. Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Ingår i: *Wiener...*
— 1929. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2 uppl., Tübingen. Omtryckt 1981. Aalen: Scientia Verlag.
— 1934. *Reine Rechtslehre.* 1 uppl. Wien: F. Deuticke.

— 1945. *General Theory of Law and State.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
— 1951. Was ist ein Rechtsakt?. Ingår i: *Wiener...*
— 1958. Der Begriff der Rechtsordnung. Ingår i: *Wiener...*
— 1960. *Reine Rechtslehre.* 2 uppl. Wien: Deuticke.
— 1960b. Vom Geltung des Rechts. Ingår i: *Wiener...*
— 1961. Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. Ingår i: *Wiener...*
— 1964. Die Funktion der Verfassung. Ingår i: *Wiener...*
— 1965. Was ist Juristischer Positivismus? Ingår i: *Wiener...*
— 1979. *Allgemeine Theorie der Normen.* Wien: Manz.
Kemp, John. 1968. *The Philosophy of Kant.* Oxford: University Press. Paperback ed. 1979.
Kenny, Anthony. 1975. *Wittgenstein.* Harmondsworth: Penguin Books.
Klami, Hannu T. 1980. *Anti-Legalism.* Åbo: Turun Yliopisto.
— 1984. *Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle.* Åbo: Turun Yliopisto.
— 1987. *Introduktion till rättsteorin.* 4 uppl., Helsingfors: Juristförbundets Förlag.
— 1989. *Föreläsningar över juridikens metodlära.* 2 uppl., Uppsala: Iustus Förlag.
Knutsson, Anders. 1993. Om särskilda yttranden i HD. *Festskrift till Bertil Bengtsson.* Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.
Koch, Hans-Joachim. 1977. Über juristisch-dogmatischen Argumentieren im Staatsrecht. Ingår i: H.-J. Koch (red.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht.* Frankfurt/M.
— och Rüssmann, Helmut. 1982. *Juristische Begründungslehre.* München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
Koertge, Noretta. 1978: Towards a New Theory of Scientific Inquiry. Ingår i: G. Radnitzky och G. Andersson, (red.), *Progress and Rationality in Science.* Dordrecht – London: Reidel.
Korte, Kai: 1984. Om nordiskt lagsamarbete. *SvJT.*
Kriele, Martin. 1979. *Recht und praktische Vernunft.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
— 1988. *Den demokratiska världsrevolutionen.* Göteborg: Timbro.
Kroeber, A.L. och Kluckhohn, C. 1952. *Culture, a Critical Review of Concepts and Definitions.* New York: Vintage Books.
Krygier, Martin. 1986. Law as Tradition. *Law and Philosophy* 5.
— 1991. Thinking Like a Lawyer. Ingår i: Wojciech Sadurski (red.), *Ethical Dimensions of Legal Theory.* Amsterdam – Atlanta, Ga: Rodopi.
Kuhlmann, Wolfgang. 1985. *Reflexive Letztbegründung.* Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik. Freiburg/ München.
Kuhn, Thomas S. 1970. *The Structure of Scientific* Revolutions. 2nd ed. Chicago: Chicago University Press.
— 1979. *The Essential Tension.* Chicago: Chicago University Press.

Kutschera, Franz von. 1972. *Wissenschaftstheorie.* München: Wilhelm Fink Verlag.

Laakso, Seppo. 1980. *Übe die Dreidimensionalität des Rechts und des juristischen Denkens.* Tampere: Tampereen Yliopisto.

Lachmayer, Friedrich. 1977. Die Geltungsneutralität der Grundnorm. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 28.

Lakatos, Imre. 1970. Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes. Ingår i: I. Lakatos och A. Musgrave (red.), *Criticism and the Growth of Knowledge.* Cambridge: University Press.

Lande, Jerzy. 1959. *Studia z* filozofii prawa. Warszawa: PWN.

Lang, Wieslaw. 1962. *Obowiazywanie prawa.* Warszawa: PWN.

— Wróblewski, Jerzy och Zawadzki, Sylwester. 1979. *Teoria panstwa i prawa.* Warszawa: PWN.

Larenz, Karl. 1983. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 5 uppl. Berlin – Heidelberg – New York – Tokyo: Springer.

Larmore, Charles. 1994. Pluralism and Reasonable Disagreement. *Social Philosophy & Policy* Vol. 11 No. 1.

Lauridsen, Preben Stuer. 1974. *Studier i retspolitisk argumentation.* Köpenhamn: Juristforbundets forlag.

— 1977. *Retslæren.* Köpenhamn: Akademisk Forlag.

Lavin, Rune. 1989. Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? *Förvaltningsrättslig Tidsskrift.*

— *1990.* Om förvaltningsrättslig forskning en replik *Förvaltningsrättslig Tidsskrift.*

Lehrberg, Bert. 1992. *Praktisk juridisk metod.* Uppsala: Iustus Förlag.

Lehrer, Keith. 1974. *Knowledge.* Oxford: Clarendon Press.

Levin, M. 1984. Negative Liberty. *Social Philosophy & Policy* Vol. 2 No. 1.

Lind, Johan. 1993 Förarbetena som rättskälla. *Festskrift till Bertil Bengtsson.* Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.

Lindahl, Lars. 1977. *Position and Change*, Dordrecht: Reidel.

— 1991. Beslut, samvete och laglydnad. *Tro & Tanke.*

Lively, Jack. 1975. *Democracy.* Oxford: Blackwell.

Ljungman, Seve. 1947. *Om skattefordran och skatterestitution.* Uppsala.

— 1971. *Industriell rättsskydd.* Stockholm.

Lorenz, Konrad. 1973. *Die Rückseite des Spiegels. Versuch einer Naturgeschichte menschlichen Erkenntnis.* München.

Lucas, J.R. 1980. *On Justice.* Oxford: Clarendon Press.

Luhmann, Niklas. 1973. Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht. Ingår i: *Soziologie. René König zum 65. Geburtstag.* Westdeutscher Verlag.

— 1993. *Das Recht der Gesellschaft.* Frankfurt/M.: Suhrkamp.

Lukes, S. 1974. *Power: a Radical View.* London: MacMillan.

Lundstedt, A. Vilhelm. 1956. *Legal Thinking Revised.* Stockholm: Almqvist & Wiksell.

Lyons, David. 1977. Principles, Positivism, and Legal Theory. *Yale Law Journal* 87 No. 2.

Lögdberg, Åke. 1986. Betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten. *Tidsskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.*

MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Clarendon Law Series.

— 1981. *H.L.A. Hart.* London: Edward Arnold.

— 1984. Coherence in Legal Justification. Ingår i: A. Peczenik, L. Lindahl och B. van Roermund (red), *Theory of Legal Science.* Dordrecht/Boston/Lancaster: Reidel.

— och Weinberger, Ota. 1985. *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus.* Berlin: Duncker & Humblott.

— och Weinberger, Ota. 1986. *An Institutional Theory of Law.* Dordrecht: Reidel.

— och Summers, Robert S. (red). 1991. *Interpreting Statutes. A Comparative Study.* Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth.

MacIntyre, Alasdair. 1981. *After Virtue.* A Study in Moral Theory. London: Duckworth.

— 1988. *Whose Justice? Which Rationality?.* Notre Dame: Notre Dame University Press.

— 1990. *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopaedia, Genealogy, Tradition.* London: Duckworth.

— 1994. A Partial Response to my Critics. Ingår i: Horton, J. och Mendus, S. (red.), *After MacIntyre.* Critical Perspectives on the Work of Alasdair MacIntyre. Cambridge – Oxford: Polity Press.

Mackie, John L. 1974. *The Cement of the Universe. A Study of Causation.* Oxford: University Press.

— 1977. *Ethics. Inventing Right and Wrong.* Harmondsworth: Penguin.

— 1977b. The Third Theory of Law, *Philosophy & Public Affairs* 7.

— 1981. Obligations to Obey the Law. *Virginia Law Review* 67.

Makkonen, Kaarle. 1965. *Zur Problematik der juridischen Entscheidung.* Åbo: Turun Yliopisto.

Mall, R.A. 1993. Begriff, Inhalt und Hermeneutik der interkulturellen Philosophie. Ingår i: R.A. Mall och D. Lohmar. *Philosophische Grundlagen der Interkulturalität.* Amsterdam – Atlanta, GA: Editions Rodopi.

Malt, Gert-Fredrik. 1992. To glemte linjer i tradisjonell rettsfinningslære. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

Marantz, H. 1979. Can the Obligation People Have to Obey the Law be Justified? IVR World Congress. Basel. Paper No. 097.

Marc-Wogau, Konrad. 1968. *Studier till Axel Hägerströms filosofi.* Falköping: Prisma.
— 1976. *Filosofin genom tiderna.* Stockholm: Bonniers.
Marcic, René. 1963. Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung. *Zeitschrift für öffenliches Recht Neue Folge* 13.
Marcusson, Lena. 1992. Laglighets- och lämplighetsprövning. En titt i backspegeln och framåt. *Festskrift tillägnad Håkan Strömberg.* Lund: Juristförlaget.
Maris, Cees W. 1991. Milking the Meter. On analogy, universalisability and world views. Ingår i: Patrick Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy.* Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.
Martin, Rex. 1986. On the Justification of Rights. Ingår i: G. Flöistad (red.), *Contemporary Philosophy*, vol. 3. Dordrecht – Boston – Lancaster: Reidel.
Mattsson, Mats. 1981. Staffan Westerlund och rättssäkerheten. *SvJT*
— 1983. The Rule of Law in Legal Reasoning. Ingår i: A. Peczenik, L. Lindahl och B. van Roermund (red), *Theory of Legal Science.* Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Reidel.
— 1991. Ett opublicerat manuskript om rättssäkerhet.
Mattsson, Nils. 1981. Hur tolkas skattelag? *Svensk Skattetidning.*
Mautner, Thomas. 1979. Kant's Relation to the Natural Law Tradition. IVR World Congress. Basel.
Meister, Karl. 1983. Die Tugenden der Römer. Ingår i: Hans Oppermann (utg.), *Römische Wertbegriffe.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Merkl, Adolf. 1968. Justizirrtum und Rechtswahrheit (1 uppl. 1925). Ingår i: H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (red), *Die Wiener rechtstheorietische Schule.* Frankfurt – Zürich – Salzburg – München 1968: Europa Verlag, Universitätsverlag, Anton Pustet.
Michelman, Frank. 1988. Law's Republic. *Yale Law Journal* 97.
Millqvist, Göran. 1986. *Finansiell leasing.* Lund: Juridiska föreningen.
Modéer, Kjell Åke. *Juridiska yrkesroller i ett rättshistoriskt perspektiv.* Lund: provupplaga.
Moore, Georg Edward. 1959. *Principia Ethica.* Cambridge: Cambridge University Press (1st publ. 1903).
Moore, M. 1981. The Semantics of Judging. *Southern California Law Review.*
Morawetz, Thomas. 1980. *Philosophy of Law.* New York – London: Macmillan.
Moritz, Manfred. Der praktische Syllogismus und das juristische Denken. *Theoria* XX.
— 1970. *Inledning i värdeteori.* 2 uppl. Lund: Studentlitteratur.
Mulligan, K., Simons, P. och Smith, B. Wahrmacher. Ingår i: L.B. Puntel (red.) *Der Wahrheitsbegriff.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Munzer, S. 1972. *Legal Validity.* Haag: Martinus Nijhof.
Mårtensson, Joakim. 1994. De juridiska yrkesrollerna. Diplomarbete vid Lunds universitet, Juridiska fakulteten.
Naess, Arne. 1981. *Empirisk semantik.* Uppsala: Esselte.

Niklasson, Lars. 1992. *Bör man lyda lagen? En undersökning av den offentliga maktens legitimitet.* Uppsala: Almqvist & Wiksell International.

Nino, Carlos. 1992. The Communitarian Challenge to Liberal Rights. Ingår i: Carlos Nino (utg.), *Rights.* The International Library of Essays in Law & Legal Theory. Schools 8. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing Company.

Noonan, John. 1966. The Purposes of Advocacy and the Limits of Confidentiality. 64 *Michigan Law Review.*

Nordenson, Ulf. 1993. Lagmotiv och lagtillämpning – en skadeståndsrättslig fallstudie. *Festskrift till Bertil Bengtsson.* Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.

Nordin, Ingemar. 1980. Teknologi, vetenskap och ad-hoc hypotheser. Ingår i: B. Hansson (red.), *Metod eller anarki.* Lund: Doxa.

— 1994. Rätt och rättvisa. *Filosofisk Tidsskrift* 3/94.

Nowacki, Józef. 1966. *Analogia legis.* Warszawa: PWN.

Nowell-Smith, P.H. 1954. *Ethics.* Harmondsworth: Penguin Books.

— 1973. A Theory of Justice? *Philosophy of the Social Sciences.*

Nozick, Robert. 1974. *Anarchy, State and Utopia.* New York: Basic Books.

Oakeshott, Michael. 1983. The Rule of Law. Ingår i: *On History.* Oxford: Blackwell.

Ofstad, Harald. 1980. *Ansvar og handling.* Oslo – Bergen – Tromsö.

Oker-Blom, Max. 1978. En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund, *Tidsskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.*

Olivecrona, Karl. 1939. *Law as Fact.* 1 uppl. Köpenhamn: Munksgaard och London: Milford, Oxford University Press.

— 1959. The Legal Theories of Axel Hägerström och Vilhelm Lundstedt. *Scandinavian Studies in Law* 3.

— 1969. The Concept of Right According to Grotius and Pufendorf. Ingår i: *Festschrift für Germann.* Bern.

— 1971. *Law as Fact.* 2 uppl. London: Stevens.

— 1973. Das Meinige nach der Naturrechtslehre. *ARSP* LIX.

— 1976. *Rättsordningen.* 2 uppl. Lund: Liber.

— 1977. Die zwei Schichten im Naturrechtlichen Denken. *ARSP* LXIII.

Opalek, Kazimierz. 1957. *Prawo podmiotowe*, Warszawa: PWN.

— 1964. The Rule of Law and Natural Law. Ingår i: *Festskrift till Olivecrona.* Stockholm: Norstedts.

— 1970. The Problem of the Existence of the Norm. Ingår i: *Festschrift für Adolf J. Merkl.* München – Salzburg.

— 1973. Directives, Optatives and Value Statements. *Logique et Analyse* XIII, 49-50.

— 1974. *Z teorii dyrektyw i norm.* Warszawa: PWN.

— och Wróblewski, Jerzy. 1969. *Zagadnienia teorii prawa.* Warszawa: PWN.

— och Zakrzewski. 1958. *Z zagadnien praworzadnosci socjalistycznej.* Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Openheim, Paul och Putnam, Hilary, Unity of Science as a Working Hypothesis. Ingår i: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science.* Vol 2. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Ost, Francois. 1989. *Raisonner la raison d'Etat.* Paris: PUF.

Pattaro, Enrico. 1988. Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. *Ratio Iuris* vol. 1 number 2.

Patzig, Günther. 1976. Immanuel Kant: Wie sind synthetische Urteile a priori möglich?. Ingår i: Joseph Speck (red.), *Grundprobleme der Grossen Philosophen der Neuzeit* II. Göttingen.

— 1980. *Tatsachen, Normen, Sätze.* Stuttgart: Reclam.

Paulson. Stanley. 1980. Material and Formal Authorization in Kelsen's Pure Theory. *Cambridge Law Journal* 39.

Peczenik, Aleksander. 1962. Wykladnia *a fortiori. Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellonskiego.* Prawo 9.

— 1966. *Wartosc naukowa dogmatyki prawa.* Kraków: Universitetsförlaget.

— 1967. Doctrinal Study of Law and Science. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 17.

— 1968. Norms and Reality. *Theoria.*

— 1968b. Struktura normy prawnej. *Studia prawnicze.*

— 1968c. Juristic Definition of Law. *Ethics* 78.

— 1969. Empirical Foundations of Legal Dogmatics. *Logique et Analyse* XII, 45.

— 1969b. The Concept of Rights. *Archivum Iuridicum Cracoviense* II.

— 1970. *Essays in Legal Theory.* Copenhagen: New Social Science Monographs.

— 1971. Analogia legis. Analogy from Statutes in Continental Law. *Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy.* Brussels.

— 1972. Om rättvisa. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

— 1974. *Juridikens metodproblem.* Stockholm: Almqvist & Wiksell.

— 1979. *Causes and Damages.* Lund: Juridiska föreningen.

— 1981. On the Nature and Function of the *Grundnorm. Rechtstheorie Beiheft* 2. Berlin: Duncker & Humblott.

— 1982. Two Sides of the Grundnorm. *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion.* Wien: Manz Verlag.

— 1983. *The Basis of Legal Justification.* Lund: University Press.

— 1983b. Vad är den juridiska argumentationen?, *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

— 1984. Legal Data. An Essay About the Ontology of Law. Ingår i: A. Peczenik, L. Lindahl och B. van Roermund (red.), *Theory of Legal Science.* Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Reidel.

— 1985. Moral and Ontological Justification of Legal Reasoning. *Law and Philosophy* Vol. 4 No. 2.

— 1985b. Varför skall juridiska värderingar vara rationella? Ingår i: A. Peczenik, D. Prawitz, L. Lindahl och J. Hellner, *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*. Stockholm: Juridiska fakultetens skriftserie.
— 1988. *Rätten och förnuftet*. 2 uppl. Stockholm: Norstedt.
— 1988b. Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning. *Ratio Juris*.
— 1989. *On Law and Reason*. Dordrecht / Boston / London: Kluwer.
— 1990. Om förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken. *Förvaltningsrättslig Tidsskrift*.
— och Spector, Horacio. 1987. A Theory of Moral Ought-Sentences, *ARSP*.
— och Wróblewski, Jerzy. 1985. Fuzziness and Transformation. Towards Explaining Legal Reasoning. *Theoria*.
— med Aarnio, Aulis och Bergholtz, Gunnar. 1990. *Juridisk Argumentation*. Stockholm: Norstedt.
Perelman, Chaim. 1963. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. London: Routledge & Kegan Paul.
— and Olbrechts-Tyteca, L. 1969. *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation* Notre Dame – London: University of Notre Dame Press.
Persson, Ingmar. 1989. Universalizability and the Summing of Desires. *Theoria* LV 3.
— 1994. Felaktigheter om rättigheter. *Filosofisk Tidsskrift* 3/94.
Petrazycki, Leon. 1892. *Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*. Berlin: Verlag H.W. Müller.
— 1895. *Die Lehre vom Einkommen*. Berlin: Verlag von H.W. Müller.
— 1925. *O ideale spolecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*. Warszawa: L. Idzikowski.
— 1959-1960. *Teoria prawa i panstwa w zwiazku z teoria moralnosci*. Warszawa: PWN. Bokens ryska originalupplaga utkom 1909.
Petrén, Gustaf och Ragnemalm, Hans. 1980. *Sveriges grundlagar*. Stockholm: Liber Förlag.
Pettit, Philip. 1980. *Judging Justice*. London, Boston and Henley: Routledge & Kegan Paul.
— 1994. Liberal/ Communitarian: MacIntyre's Mesmeric Dichotomy. Ingår i: Horton, J. och Mendus, S. (red.), *After MacIntyre*. Critical Perspectives on the Work of Alasdair MacIntyre. Cambridge – Oxford: Polity Press.
Pfordten, Dietmar v d. 1990. Gibt es Argumente für ein Lebensrecht des Nasciturus? *ARSP*.
Platon. 1984. *Skrifter*. I svensk tolkning av Claes Lindskog, del 1. Lund: Doxa.
Polanyi, Michael. 1962. *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*. Corrected Edition. Chicago: University Press.
Popper, Karl R. 1959. *The Logic of Scietific Discovery*. New York: Basic Books.
— 1966. *The Open Society and Its Enemies*. 5 uppl. London: Routledge & Kegan Paul.
— 1972. *Objective Knowledge*. Oxford: Clarendon Press.

Prakken, Henry. 1993. *Logical Tools for Modelling Legal Argument.* Amsterdam: Vrije Universiteit.

Prawitz, Dag. 1978. Om moraliska och logiska satsers sanning. Ingår i: L. Bergström, H. Ofstad och D. Prawitz (red.), *En filosofibok tillägnad Anders Wedberg.* Stockholm.

— 1985. Några filosofiska synpunkter på rationell argumentation inom juridiken. Ingår i: A. Peczenik, D. Prawitz, L. Lindahl och J. Hellner, *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen.* Stockholm: Juridiska fakultetens skriftserie.

Priester, Jens-Michael. 1976. Zum Analogieverbot in Strafrecht. Ingår i: Hans-Joachim Koch (red.), *Juristische Methodenlehre und Analytische Philosophie.* Kronberg/Ts: Athenäum.

Puntel, L. Bruno. 1978. *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Putnam, Hilary. 1967. The 'Innateness Hypothesis' and Explanatory Models in Linguistics. Ingår i: R.S. Cohen och M.W. Wartofsky (red.), *Boston Studies in the Philosophy of Science.* Vol. 3. Dordrecht: Reidel.

Pålsson, Lennart. 1986. *Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt.* Stockholm: Norstedts.

Quine, Willard Van Orman. 1953. *From a Logical Point of View.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 1960. *Word and Object.* Cambridge, Mass.: Technology Press of MIT och Wiley.

— 1961. *Methods of Logic.* Revised ed. New York: Holt, Rinehart och Winston.

— 1969. *Ontological Relativity and Other Essays.* New York: Columbia University Press.

Quinn, Warren. 1984. Abortion: Identity and Loss. *Philosophy & Public Affairs.* Vol. 13 No. 1.

Radbruch, Gustav. 1950. *Rechtsphilosophie.* Stuttgart: Koehler Verlag.

Rapp, Friedrich. 1992. *Fortschritt. Entwicklung und Sinngehalt einer philosophischen Idee.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice.* Oxford: Oxford University Press.

— 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory. *Journal of Philosophy* 67.

— 1993. *Political Liberalism.* New York: Columbia University Press.

Raz, Joseph. 1970. *The Concept of Legal System.* Oxford: Oxford University Press.

— 1974. Kelsen's Theory of the Basic Norm. *American Journal of Jurisprudence* 19.

— 1979. *The Authority of Law.* Oxford: Clarendon Press.

— 1982. The Problem About the Nature of Law. Ingår i: G. Flöistad (red.), *Contemporary Philosophy*, vol 3. Dordrecht – Boston – Lancaster: Reidel.

— 1985. Authority and Justification. *Philosophy & Public Affairs.* Vol. 14 No. 1.

Reale, Miguel. 1962. *Filosofia do Direito.* Sao Paulo.

Recaséns Siches, L. 1959. *Tratado General de Filosofia del Derecho.* Mexico.

Reichenbach, Hans. 1940. On the Justification of Induction. *Journal of Philosophy* 37.

— 1949. *The Theory of Probability*. Berkeley.
Rentto, Juha-Pekka. *Prudentia Iuris. The Art of the Good and the Just*. Åbo: Turun Yliopisto.
Rescher, Nicholas. 1966. *Distributive Justice*. Indianapolis – New York – Kansas City: Bobbs-Merrill.
— 1973. *Coherence Theory of Truth*. Oxford: Oxford University Press.
— 1977. *Methodological Pragmatism*. Oxford: Blackwell.
— 1979. *Cognitive Systematization*. Oxford: Blackwell.
— 1985. Truth as Ideal Coherence, 38 *Review of Metaphysics* 38:795-806. German translation: Wahrheit als Ideale Kohärenz. Ingår i: L.B. Puntel (red) *Der Wahrheitsbegriff*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Riley, Jonathan. 1990. American Democracy and Majority Rule. *Nomos* XXXII. New York and London: New York University Press.
Rodhe, Knut. 1944. *Gränsbestämning och äganderättstvist*. Lund.
— 1971. Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt. *SvJT*.
Rolf, Bertil. 1991. *Profession, tradition och tyst kunskap. En studie i Michael Polyanyis teori om den professionella kunskapens tysta dimension*. Lund: Nya Doxa.
Ross, Alf. 1929. *Theorie der Rechtsquellen*. Leipzig – Wien: Deuticke.
— 1953. *Om Ret og Retfærdighed*. Köpenhamn: Nyt Nordisk Forlag.
— 1958. *On Law and Justice*, London: Stevens.
— 1963. *Varför demokrati?*. Stockholm: Kronos.
— 1966. *Om ret og retfærdighed*. 2 uppl. Köpenhamn.
— 1968. *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul.
Ross, W. D. 1930. *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press.
Rottleuthner, Hubert. 1980. Zur Methode einer Folgenorientierten Rechtsanwendung. *ARSP Beiheft Neue Folge* 13. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
— 1981. *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*. Freiburg/ München: Alber.
— 1989. Legal Evolution and the Limits of Law. Ingår i: A. Aarnio och K. Tuori (red.), *Law, Morality and Discursive Rationality*. Helsingfors: Hakapaino Oy.
Rödig, Jürgen. 1973. *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer.
Rønnow-Rasmussen. Toni. 1993. *Logic, Facts and Representation. An Examination of RM Hare's Moral Philosophy*. Lund: University Press.
Saner, H. 1985. Widerstandsrecht i der Demokrakie. *Studia Philosophica* 44.
Sandel, Michael J. 1982. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge – London – New York – New Rochelle – Melbourne – Sydney: Cambridge University Press.
— 1993. Rättsstaten och det oförhindrade jaget. Översättning: Gustaf Björck. Ingår i: *Gemenskaparna*. Urval Emil Uddhammar. Stockholm: Timbro.
Sartori, Giovanni. 1992. *Demokratietheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Savigny, Friedrich Carl von. 1814. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* Heidelberg: Mohr und Zimmer.
— 1840. *System des heutigen römischen Rechts.* Band 1. Berlin.
Schachtschneider, Karl Albrecht. 1994. *Res Publica Res Populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre.* Berlin: Duncker & Humblot.
Schlink, B. 1976. *Abwägung im Verfassungsrecht.* Berlin.
Schmidt, Carl. 1969. *Der Hüter der Verfassung.* 2 uppl. Berlin (1 uppl. 1931).
Schmidt, Folke. 1955. Domaren som lagtolkare. Ingår i: *Festskrift till Herlitz.* Cit. enl. *Studiematerial i allmän rättslära.* Stockholm 1972: Juridiska föreningen.
— 1957. Construction of Statutes. *Scandinavian Studies in Law* 1.
— 1960. Model, Intention, Fault. Three Canons for Interpretation of Contract. *Scandinavian Studies in Law* 4.
— 1972. Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. *Festskrift till Ekelöf.* Stockholm: Norstedt.
— 1976. *Facklig arbetsrätt.* Stockholm: Norstedt.
Schumpeter, Joseph A. 1942. *Capitalism, Socialism and Democracy.* 2 uppl. New York: Harper.
— 1994. *Om skapande förstörelse och entreprenörskap.* I urval och med inledning av Richard Swedberg. Värnamo: Ratio.
Schweitzer, O. 1959. *Freie richterliche Rechtsfindung als Methodenproblem.* Basel.
Searle, J.R. 1969. *Speech Acts.* Cambridge.
— 1978. *Prima Facie* Obligations. Ingår i: J. Raz (red.). *Practical Reasoning.* Oxford: Oxford University Press.
Segerstedt, Torgny (red). 1985. *Rättssäkerhet och demokrati*, Stockholm: Ratio.
Sethna, M.J. 1962. Nature, Scope and Fruits of Synthetic Jurisprudence. Ingår i: Sethna, M.J., red. *Contributions to Synthetic Jurisprudence.* Bombay.
Seyersted, F. 1984. *Demokrati og retsstat.* Oslo.
Sieckmann, Jan-Reinard. 1994. Justice and Rights. Ett referat vid IVR världskongress i Reykjavik 1993. Kommer att ingå i A. Peczenik (red.). *Justice, Rights and Democracy.*
Simmonds, Nigel E. 1988. *Juridiska principfrågor.* Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. Översättning av Lars Lindahl. Stockholm: Norstedts.
Simon, Michael A. 1993. Law, Democracy and Majority Rule. Ingår i: *16*th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy. *Abstracts of Working-Group Papers.* Reykjavik: University of Iceland.
Simpson, A.W.B. 1961. The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. Ingår i: A.G. Guest (red.) *Oxford Essays in Jurisprudence.* Oxford: Clarendon Press.
— 1977. The Common Law and Legal Theory. Ingår i: A.W.B. Simpson, red., *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series.* Oxford: Clarendon Press.
Singer, Peter. 1974. *Democracy and Disobedience*, Oxford, New York och London: Oxford University Press.

Sintonen, Matti. 1986. Subjectivity and Theory Choice. *Philosophy of Science Association* 1.
Solum, Lawrence B. 1994. Equity and the Rule of Law. *Nomos* XXXVI. New York and London: New York University Press.
Spaak, Torben. 1992. *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis.* Stockholm (stencil).
Spector, Horacio Mario. 1991. *Autonomy and Rights.* The Moral Foundations of Liberalism. Oxford: Oxford University Press.
— 1993. *Analytische und postanalytische Ethik. Untersuchungen zur Theorie moralischer Urteile.* Freiburg/ München: Alber.
Spranger, E. 1950. *Lebensformen.* 8 uppl.
Stegmüller, Wolfgang. 1975. *Der sogenannte Zirkel des Verstehens.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Steiner, H. 1977. Justice and Entitlement. *Ethics* 87.
Steinvorth, Ulrich. 1994. *Freiheitstheorien in der Philosophie der Neuzeit.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Stening, Anders. 1975. *Bevisvärde.* Uppsala.
Stevenson, Charles L. 1944. *Ethics and Language.* New Haven: Yale University Press.
Stone, Julius. 1965. *Human Law and Human Justice.* Sydney: Maitland.
Strawson, P. F. 1964. Truth. Ingår i: G. Pitcher (red), *Truth,* Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
— 1966. *The Bounds of Sense.* London: Methuen.
Strömberg, Tore. 1969. Lathund för lagläsare. Ingår i: *Logik, rätt och moral. Filosofiska studier tillägnade Manfred Moritz.* Lund: Studentlitteratur.
— 1981. *Inledning till den allmänna rättsläran.* 8 uppl. Lund: Studentlitteratur.
— 1989. *Rättsfilosofins historia i huvuddrag.* 3 uppl. Lund: Studentlitteratur.
— 1991. Anm. av Peczenik m.fl., Juridisk argumentation. *SvJT.*
Strömholm, Stig. 1966. Legislative Material and Construction of Statutes. *Scandinavian Studies in Law* 10.
— 1972. Teleologisk metod och likformig argumentation. *Festskrift till Ekelöf.* Stockholm: Norstedts.
— 1985. Demokrati och juridik, Ingår i: T Segerstedt (red.) 1985.
— 1988. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning.* 3 uppl. Stockholm: Norstedts.
— 1991. Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen?. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*
— och Frändberg, Åke (utg.). 1988. *Rättsteoretiska klassiker.* Stockholm: Thales.
Sturgeon, Nicholas L. 1994. Moral Disagreement and Moral Relativism. *Social Philosophy & Policy* Vol. 11 No. 1.
Summers. Robert S. 1978. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review* 66.
— 1982. *Instrumentalism and American Legal Theory.* Ithaca och London: Cornell University Press.

— 1985. Toward a Better General Theory of Legal Validity. *Rechtstheorie* 16.
Sundby, Nils Kristian. 1974. *Om normer.* Oslo: Universitetsforlaget.
Sundberg, Jacob. W.F. 1978. *Fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor in Norden.* Malmö: Studentlitteratur.
— 1990. Ett referat, Nordiskt symposium i rättsfilosofi. Munadarness, Island.
Tammelo, Ilmar. 1971. *Survival and Surpassing.* Melbourne: Hawthorn.
— 1977. *Theorie der Gerechtigkeit.* Freiburg – München: Alber.
— 1980. Ungerechtigkeit als Grenzsituation. *Schopenhauer Jahrbuch* 61.
Taxell, Lars Erik. 1987. *Demokrati.* Åbo: Åbo Akademis förlag.
— 1989. *Rätt, individ, samhälle.* Helsingfors: Föreningen Konstsamfundets publikationsserie V.
Tay, Alice Erh-Soon. 1979. The Sense of Justice in the Common Law. Ingår i: E. Kamenka och A. Erh-Soon Tay (red.) *Justice.* London: Edward Arnold.
Taylor, Charles. 1978. Neutrality in Political Science. Ingår i: R. Laslet och W.G. Runciman (red.), *Philosophy, Politics and Society. Third Series.* Oxford: Oxford University Press.
— 1993. Atomism. Översättning: Gustaf Björck. Ingår i: *Gemenskaparna.* Urval Emil Uddhammar. Stockholm: Timbro.
Thibaut, A.F.J. 1802. Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. 2 uppl. omtryckt i: H.G. Gadamer och C. Boehm (red.), *Seminar: Philosophische Hermeneutik.*
Thomas av Aquino. ST. *Summa theologica.*
Thomson, Judith Jarvis. 1989. The No Reason Thesis. *Social Philosophy & Policy* Vol. 7 Issue 1.
— 1992. On Some Ways in Which a Thing Can Be Good. Ingår i: E.F. Paul, F.D. Miller Jr och J. Paul (red.), *The Good Life and the Human Good.* Cambridge: Cambridge University Press.
Thornstedt, Hans. 1955. Legalitet och teleologisk metod i straffrätten. *Festskrift till Herlitz.* Stockholm.
— 1960. Legality and Teleological Construction of Statutes in Criminal Law. *Scandinavian Studies in Law* 4.
Tingsten, Herbert. 1963. Demokratiens problem, 3 uppl. Stockholm.
Tocqueville, Alexis de. 1945. *Democracy in America* vol. 1, utg. av Phillips Bradley. New York: Vintage.
Toulmin, Stephen. 1964. *The Uses of Argument.* Cambridge: Cambridge University Press.
Tranøy, Knut Erik. 1976. The Foundations of Cognitive Activity. *Inquiry.*
— 1980. Norms of Inquiry: Rationality, Consistency Requirements and Normative Conflict. Ingår i: R. Hilpinen (red.) *Rationality of Science.* Dordrecht: Reidel.
— 1985. Civil Disobedience. *Rechtstheorie Beiheft* 8. Berlin.
— 1988. *The Moral Import of Science. Essays on Normative Theory, Scientific Activity and Wittgenstein.* Bergen/ Søreidgrend/ London: Sigma Forlag.

Trigg, Robert. 1973: *Reason and Commitment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tugendhat, E. 1979. Comments on Some Methodological Aspects of Rawls' »Theory of Justice». *Analyse und Kritik. Zeitschrift für Sozialwissenschaften* 1.

Tuomela, Raimo. 1977. *Human Action and Its Explanation*. Dordrecht – Boston: Reidel.

Urbina, Sebastián. 1991. Some Considerations About Legal Rationality. 22 *Rechtstheorie*.

Vaihinger, H. 1922. *Die Philosophie der Als-Ob*. 7 uppl. Leipzig.

Verdross, Alfred. 1930. Die Rechtstheorie Hans Kelsens. Ingår i: H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (red.), *Die Wiener rechtstheorietische Schule*. Frankfurt – Zürich – Salzburg – München 1968: Europa Verlag, Universitätsverlag, Anton Pustet.

— 1971. *Statisches und dynamisches Naturrecht*. Freiburg: Rombach.

Vila, Vittorio. Legal Analogy Between Interpretative Arguments and Productive Arguments. Ingår i: Patrick Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy*. Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.

Vinogradoff, Paul. 1959. *Common Sense in Law*. 3 uppl. omarbetad av H.G. Hanbury. Oxford: Oxford University Press.

Walter, Robert. 1968. Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 18.

Walzer, Michael. 1983. *Spheres of Justice. A Defence of Equality and Pluralism*. Basic Books.

— 1989. Sammansatt jämlikhet. Ingår i: *Idér om rättvisa*. Volym 1 i Tidens idéserie. Stockholm: Tidens Förlag.

Waluchow, W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

Warren, M.A. 1991. Abortion. Ingår i: Peter Singer (red.). *A Companion to Ethics*. Oxford & Cambridge, Mass.: Blackwell Reference.

Weber, Max. 1976. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5 uppl. Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck).

Wedberg, Anders. 1951. Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science. *Theoria*.

Weiler, Joseph. 1994. Europe after Mastricht – Supranationalism, Nationalism and the State. *Juridisk Tidsskrift* 1994-95 Nr 2.

Weinberger, Ota. 1971. Die Pluralität der Normensysteme. *ARSP* LVII.

— 1978. Theorie der Gerechtigkeit und De-lege-ferenda Argumentation. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 29.

— 1979. Jenseits von Positivismus und Naturrecht. *ARSP* Supplementa – Vol. 1, Part 1. IVR World Congress – Basel. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

— och Weinberger, Christa. 1979. *Logik, Semantik, Hermeneutik*. München: Beck.

Welinder, Carsten. 1974. *Skattepolitik*. Lund: Gleerups.

— 1975. *Beskattning av inkomst och förmögenhet.* 4 uppl. Lund: Studentlitteratur.
Westberg, Peter. 1991. Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet. *Festskrift till Per Olof Bolding.* Stockholm: Juristförlaget.
Westerberg, Ole. 1973. *Allmän förvaltningsrätt.* Stockholm: Nordiska bokhandeln.
Wild, Aart H. de. 1980. *De Rationaliteit van het rechterlijk Oordeel.* Deventer: Kluwer.
Williams, Bernard. 1985. *Ethics and the Limits of Philosophy.* London: Fontana.
Winch, P. 1958. *The Idea of Social Science and Its Relation to Philosophy.* London: Routledge & Kegan Paul.
Wittgenstein, Ludwig. 1922. *Tractatus Logico-Philosophicus.* London, Boston och Henley: Routledge & Kegan Paul.
— 1953. *Philosophical Investigations.* Oxford: Blackwell.
— 1979. *On Certainty.* Oxford: Blackwell.
Wolff, R. P. 1971. Ingår i: E. Kent (red), *Revolution and the Rule of Law.* Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
— 1977. *Understanding Rawls.* A Reconstruction and Critique of A Theory of Justice. Princeton.
Wolgast, Elisabeth. 1992. Är säkerhet en livsform? Ingår i: Lars Hertzberg (red.), *Essäer om Wittgenstein.* Stockholm: Bokförlaget Thales.
Wong, David. 1991. Relativism. Ingår i: Peter Singer (red.). *A Companion to Ethics.* Oxford & Cambridge, Mass.: Blackwell Reference.
Wright, Georg Henrik von. 1957. Deontic Logic. Ingår i: *Logical Studies.* London: Routledge & Kegan Paul.
— 1963. *The Variety of Goodness.* London: Routledge & Kegan Paul.
— 1963b. *Norm and Action.* London: Routledge & Kegan Paul.
— 1972. Wittgenstein on Certainty. Ingår i: v. Wright (red), *Problems in the Theory of Knowledge.* Den Haag.
Wróblewski. Jerzy. 1959. *Zagadnienia teorii wykladni prawa ludowego* Warszawa: PWN.
— 1969. Prawo i plaszczyzny jego badania. *Panstwo i Prawo.*
— 1972. *Sadowe stosowanie prawa.* Warszawa: PWN.
— 1974. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie.*
Wuketits, Franz M. 1993. Die Evolutionäre Ethik und ihre Kritiker. Ingår i: W. Lütterfelds (red.), *Evolutionäre Ethik zwischen Naturalismus und Idealismus.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
Zaccaria, Giuseppe. 1991. Analogy as Legal Reasoning. Ingår i: Patrick Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy.* Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.
Zahle, Henrik. 1986. Polycentri i retskildelære. Nogle bemærkninger om retskilder og domstolskontrol. *Festskrift til Torstein Eckhoff.* Oslo: Tano.
— 1992. Findes der kun én bevisret? *Festskrift till Per Olof Bolding.* Stockholm: Juristförlaget.

Zaitchik, Allan. 1981. Viability and the Morality of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10. No. 1.

Ziembinski, Zygmunt. 1966. *Logiczne podstawy prawoznawstwa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

— 1970. Norms of Competence as Norms of Conduct. *Archivum Iuridicum Cracoviense* 3.

— 1980. *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warszawa: PWN.

Zippelius, Reinhold. 1982. *Rechtsphilosophie*. München: Beck.

Zittelmann, E. 1903. *Lücken im Recht*. Leipzig.

Åqvist, Lennart. 1992. *Prima facie* Obligations in Deontic Logic: A Chisholmian Analysis Based on Normative Preference Structures. I tryckning i *Proceedings of the Saarbrücken Colloquium PREFERENCES*. Saarlouis. Juni 1992.

Rättsfallsregister

Sverige

NJA
1875 s 489 566
1876 s 458 566
1977 s 334 566
1877 s 487 566
1915 s 511 350
1935 s 157 526
1936 s 598 359
1937 s 1 233
1938 s 35 526
1947 s 299 566
1948 s 584 608
1949 s 82 526
1949 s 195 526
1950 s 610 318
1950 s 650 292, 360
1951 s 1 236
1951 s 265 526
1952 s 184 567
1952 s 195 253
1954 s 268 566
1954 s 464 358
1956 s 343 266
1956 C 187 295, 357
1959 s 552 317
1959 s 254 357
1960 s 742 268
1966 s 210 46, 262, 268
1968 s 23 318
1972 s 253 238
1972 s 296 251
1973 s 628 521
1974 s 170 318
1975 s 92 570
1975 s 280 236
1976 s 368 608
1976 s 458 318, 337, 568
1976 s 483 251
1977 s 176 568
1977 s 273 251
1978 s 147 298
1978 s 452 357, 361
1978 s 581 251
1979 s 253 358
1979 s 666 293, 299, 370
1980 s 94 224, 252
1980 s 145 262
1980 s 197 262
1980 s 224 298
1981 s 1 568
1981 s 622 569
1981 s 920 251
1981 s 1050 203, 352, 565, 578
1982 s 493 251, 526
1982 s 621 558
1983 s 3 215, 254, 266, 269
1983 s 487 569
1984 s 693 489, 567
1984 s 501 568
1984 s 733 237
1984 s 903 215
1985 s 226 565
1985 s 281 251
1985 s 659 251
1986 s 217 298
1986 s 319 253
1987 s 61 262
1987 s 194 608
1987 s 692 268
1987 s 992 284
1988 s 521 284
1989 s 20 334
1989 s 215 236
1989 s 389 568
1990 s 361 608
1991 s 720 236, 268, 629
1993 s 41 236

RÅ
1974 Fi 850 251
1978:1:19 569

AD
1976 nr 101 233

Danmark

U
1981, 473 H 241
1984, 848 241

Norge

Rt
1910 s 476 241
1918 I s 401 56
1921 s 406 249
1953 s 1469 274
1961 s 98 249
1975 s 290 569
1976 s 1 56
1979 s 1079 95, 271, 526
1982 s 745 249

England
Rylands v Fletcher 341
Sandiman v Breach 266

Frankrike
Cohn-Bendit, 1978 222

Tyskland

BVerfGE
27, 1, 6 582
30, 1, 26 582
45, 187, 228 582
49, 89, 126 578

USA
Marbury v Madison 56
Riggs v Palmer 629

EG-domstolen
von Duyn, 1974 222

Europadomstolen
Sporrong v Lönnroth mot Sverige, 1982 174

Sak- och personregister

(Anmärkning: Personregistret är inte fullständigt.)

Aarnio, Aulis 217, 325, 473 ff., 491, 612, 613, 675
advokaten 78, 289, *310 f.*
a fortiori-argument 357, *361*
Alexy, Robert 71, 140 f., 142 ff., 184, 188, 193 ff., 198 ff., 275, 395, 407, 444, 447, 452, 487, 488, 501, 507, 508, 522, 524, 530, 571 ff., 611 ff., 637 ff., 649, 685, 689, 691, 695
analogislut 89, 204, 237, 243, 265, 272, 295, 306, 309, 310, 329, 335, 336, 338 ff., *341–362*, 366, 372, 373, 376, 377, 380, 449, 478, 511, 526, 594, 607, 608, 609, 624, *se* även lucka i lagen, institutanalogi, laganalogi, rättsanalogi
– val mellan analogi och motsatsslut 352 ff.
– val mellan flera analogier 360 f.
Aquino, Thomas av 134 f., 454
argumentation, *se* etisk argumentation, juridisk argumentation, lagtolkning, rationalitet, sammanhang, stöd
argumentationsbörda 244, 392, 561 f., 563, 611, 615, 616, 623, 625, 691, 691, 695
argumentationsnormer 305 ff., 319, 325, 376 , 633, 646, 673, 687
Aristoteles, aristotelism 133 ff., 434 ff., 454, 464, 510 ff., 527, 557
auktoritet 44, 45, 112, 126, 208–219, 303 f., 310, 345, 444, 571, 604, 691, *se* även auktoritetsskäl
auktoritetsskäl 203 ff., *208–219*, 222–232, 237, 239 241, 244, 246, 248, 250, 252, 256 f., 260 ff., 281, 284, 316, 326 f., 340, 351, 361, 365, 373 ff., 530. 551, 692
avtal, avtalsrätt 120, 161, 131, 136, 163 f., 177 ff., 184, 189, 193, 197, 204, 214 f., 219, 228 f., 236, 237, 254 f., 267, 273, 298, 306, 332, 334, 336, 346, 349, 354 f., 358 f., 371, 410, 411, 426 f., 429, 448 f., 458, 473, 520 f., 531, 582
avtalsvillkor 45, 95 f., 233 f., 255 f., 293 f., 297, 299 ff., 370, 411, 444, 513, 526
avvägning 60 f., 75 f., 77, 81, 85, 87, 94 f., 100, 128 f., 132, 146 ff., 195 ff., 207 f., 217, 235, 237, 245 f., 257, 268, 279, 287, 294, 297, 300, 302 ff., 311, 317 ff., 324, 327, 340, 343, 346 ff., 349, 352 ff. 358, 360 ff., 365, 375 ff., 396, 410 ff., 416 f., 420 ff., 424 ff., 428 ff., 437 f., *439 ff.*, 451, *459–467*, 479 ff., *484–488, 495–504,* 511, 517, 520, 522, 525 f., 528, 530, 536, 538, 540, 542 f., 546, 548, 551, 552, 554, 557, 561 f. 567, 568, 578, 582, 587, 593, 596, 610, 615, 622, 632 f., 635, 637, 639 f., 642, 644, 646, *648 ff.*, 661 f., 663, 693, 695 ff., 699 f.
se även jämviktsläge, preferensavvägning, sammanvägningsmetod
– egenskaper hos 504–511

– mellan lagen och rättvisan 45, 61, 63
– mellan principer resp. värden 139 ff., 175 ff., 275, 286 f., 415, 489 f.
– mellan regler 275, 512 ff.
– mellan motiveringskrav 601
avvägningslära
– juridisk 199 ff.
– etisk *661–680*

begreppsanalys 71 f., 82, 105, 136, 150 ff., 159 f., 197, 207, 319, 330, 337, 367, 380, 398, 430, 433, 472, 481 f., 509, 515 f., 535, 544 f., 569, 579, 580 f., 583 ff., 592, 612, 618, 638, 656, 682
begreppsjurisprudens 592, 644 f.
Bergholtz, Gunnar 203, 217, 233, 240, 352, 564 f., 571, 608, 692
Bernitz, Ulf 256, 258, 281 f.
Bjarup, Jes 212, 278, 388 ff., 395, 542
byråkrati 44, 47 f., 53, 55, 78 f., 403, 560

Castañeda, Hector Neri 161, 397, 475, 515
civilrätt 45, 96, 107, 112, 184, 192, 222, 241, 252, 261, 269, 278, 296, 306, 307, 358 f., 371
civilsamhälle 70

data, juridiska 119, 181, 215, *326–330*, 368, 375
– och koherens 572, 575, 581 f., *597 f.*, 601, 607, 608, 610, 659
Dahlman, Christian 277
demokrati 48 ff., 55, *63–88*, 144, 209, 279, 468 f., 523 f., 625
– och rättsstat 88, 90, 101
– och lagens rimliga ändamål 245 f.
– och skyldighet att lyda lagen 538 ff.
– och civil olydnad 558, 560 f.
– och domsmotivering 571
diskurs 69 ff., 311, 504, 602, *610 ff.*
doktrin, se rättsdogmatik
domaren 46, 53, 59 f., 129 f., 195 f., 310, 570 f. och passim
"Domaren Hercules" 645, 649 f., 668 f.
domarideologi (Ross) 107 f., 150, 186
domsmakten 55 ff., 60, 61, 69, 89, 221 f., 248, 257, 448, 512, 539, 632 f.
domstolars lagprövningsrätt 56 f., 281 f.
domsmotivering 108, 203, 257, 379, 629 f., *se* även sammanhängande motivering
– typer av 565 ff.
– verkliga eller föregivna skäl 351 f.
Dworkin, Ronald, 128 130, 291, 502, 573, 627 ff.

Eckhardus, C.H. 242
Eckhoff, Torstein 120, 156, 165, 171, 217, 231, 235, 246 ff., 260 f., 265, 274, 293, 373, 411–414, 446, 527, 547, 579, 583
e contrario se motsatsslut
Ekelöf, Per Olof 248, 263, 299, 367 ff., 622
empirism 471, 597, *se* även logisk positivism
enda rätta svar, *se* även ojämförbarhet, sanning
– på varje rättsfråga 128, 131, 531, 627, 644 ff.
– på relevansfrågor 498
Eng, Svein 483, 498
etisk argumentation 378 ff., *se* även kritisk etik, prima facie-värden, slutgiltig avvägning
etisk kultur och språk *se* kultur, möjliga etiska satser
exegetisk skola 43 f., 213

folkstyre 64 ff., 69, 71 f., 539
folksuveränitet 55, 64, 80, 88
formella rättskällor 210 ff.
– tredelning av (skall/bör/får åberopas) 213 ff.
forskningsprogram i rättsvetenskap 156, 326, 587, 606
frihet 55, 60, 61, 66 ff., 82 f., 85 ff., 92, 96, 126, 136 ff., 147, 175, 275, 280, 323, 366, 403, 405, 407 ff., 410, 417 ff., 426, 432 f., 437, 447 f., 450, 451, 453, 457 f., 462, 486, 501, 503, 505, 509, 512 f., 556 ff., 560, 587, 626, 633 ff., 651, 663 f.
fristående imperativ 391 f., 442
Frändberg, Åke 51 f., 90, 94, 188, 274, 283, 335, 342, 349, 353
fundamentism 471 f.
förarbeten 44, 56, 76 f., 85, 86 f., 102, 206, 208, 215 ff., 241 ff., 272, 284, 286 f., 315, 368 ff.
– och EU 257 ff.
– och subjektivteleologisk lagtolkning 364 ff., 375
– s.k. lagstiftning genom förarbeten 253 ff.
författning (*även* grundlag, konstitution) 54 ff., 80, 85, 116 ff., 124 f., 141 ff., 145, 184 f., 196, 198, 227, 278, 281, 391, 393 f., 444, 447 f., 473, 541 ff., 558, 583 f., 606, *se* även grundnorm
förutsebarhet, 43 ff., 49 ff., 60 ff., 85, 88, 89 ff., 94 ff., 134, 138, 140, 146, 148, 150, 194, 201, 228 ff., 238, 245, 286 f., 308, 310, 312, 318, 319, 325, 328, 333, 350, 354, 360, 377, 394, 482, 484, 487, 503, 512, 517, 520, 530 f., 538, 540, 552, 560 ff., 676, 688, 693, 698 ff.
se även rättssäkerhet
generalitet 51 ff., 60, 90, 228, 313, 321 ff., 333, 337, 342 f., 358 f., 369, 452, 456, 504 f., 506 f., 514, 539, 565 ff., 572, 575, 592 ff., 600 ff., 608, 614 ff., 619, 624 ff., 686, 690 f., 694 f., *se* även universalitet
generalklausul 45, 76, 95 f., 255, 294, 370, 520 f.
giltighet 58, 101, 113 ff., 123 ff., 139 ff., 182 ff., 202 ff., 212, 225 f., 228, 270, 298, 393 f., 523 f., 536, 540, 541 ff., 583, 606, 628 f.
– rättsnormernas interna giltighet 113, 183 ff.
  – etiska (normernas innehåll) 103, 184, 185 f.
  – formaljuridiska (normernas ursprung) 184
  – sociologiska (effektivitet) 186
  – och avvägning 200 f.
– rättssystemets externa giltighet 64, 113, 186 ff.
  – och avvägning 199 f.
  – och effektivitet 189
  – och etiken 191 ff.
  – och normer om rättssystemets struktur och funktioner 187 ff.
se även gällande rätt
godtycke 49 f., 89, 128, 131, 175, 206, 229, 378, 380, 446, 458, 465, 492, 494, 538, 547, 605, 610 ff., 622, 648, 695, 700
grundlag *se* författning
grundnorm
– Kelsens 116 ff., 142, 146, 148, 168, 183, 227, 278, 304, 473, 536, 541
– konditionell 543 ff.
– och etiken 546 f.
– och Harts igenkänningsregel 124 f.
grundnormernas existens 542, 546
gällande rätt 101 ff., 270, 583
– begreppsinnehåll 109 f., 536

– behov av teori om 102 f.
– definitioner av 196 ff.
– hur analyseras? 150 ff.
– komponenter av 152 ff.
– och etiken 540 f., 548 ff.
– och handlingar 475, 697
– och juridikens paradigm 325
– och rättssäkerhet 200 ff.
– och tolkad rätt 115, 141, 154, 185, 201, 548 ff., 696, 698
– och tradition 606
– sanning om 672 f.
– som en del av verkligheten 156 f.
– som ett system 154 ff., 183, 185 f.
– teorier om 103 ff., 110 ff.
se även giltighet

Habermas, Jürgen 62, 65, 69 ff., 78, 80, 81 ff., 156, 158, 311, 326, 479, 488, 502, 522 ff., 533, 611, 654, 656
handlingsnorm 117, 163 f., 172, 188, 197 f., 478
handlingsrättfärdigande 459, 485 ff., 514 ff., 649 f., 662, 680 ff.
Hart, HLA 119 f., 122 ff., 143, 149, 180, 183, 223, 294, 513, 535, 605, 607
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 111, 431, 571, 592, 659
Hellner, Jan 230, 236, 250, 251, 256 ff., 261 ff., 265 ff., 308 f., 318, 331, 333, 336, 350, 355, 491, 526, 629
hermeneutik 108
hermeneutisk cirkel 502, 582
Hume, David 139, 321, 515
– Humes giljotin 515
– kritik av 515
hypoteser i juridik 117 f., 244 f., *322 f.*
Hägerström, Axel 103, 105, 118, 157, 164, 243, 263, 388 ff., 542
härskande uppfattning i juridik 56, 91, 262, 319, 325, *608*

identifikationsregel *se* igenkänningsregel
ideologi 45, 49, 158 f., 182, 230, 393 f., 437, 509, 559, 599
– rättsstatens 46 ff., 52, 62, *se* även domarideologi
igenkänningsregel 123 ff., 146, 149, 183, 201
induktion, juridisk 320 ff., 343, 594
institutanalogi 336, 349
institutionellt faktum 108, 129, 154, *163 ff.*, 172 ff., *175 ff.*, 193, 197, 202, 606, 671 f., *se* även konstitutiv norm
institutionell rekommendation 215, 262, 287
intentionstolkning 242 ff., *se* även lagstiftarvilja
internalism 440 ff., 443
internationell konvention 215, 266
internationell privaträtt 120, 233, 261, 266, 296
internationell straffrätt 266
intresse 44, 46 ff., 62, 68 ff., 115, 125, 126, 136, 158, 174, 204, 217, 229, 234, 259, 264, 277, 310 f., 314, *366 ff.*, 390, 394, 398, 405, 414, 416 ff., 444, 458, 489, 496, 520, 522, 528, 537 ff., 553, 560, 568, 593, 598, 602, 617, 626, 633, 637, 641 ff., 687
intresserepresentation, politisk 77 ff., 87 f., 90, 93, 448

juridisk argumentation 45, 49, 52, 58 f., 99 f., 101, 119, 121 f., 129, 130 ff., 139, 140 f., *205 ff.*, *289 ff.*, 378 ff., 473, 483 f., 488, 517 ff., 520 ff., 522 ff., *564 ff.*, 627 ff., 640 ff., 673 ff., 676 ff. och *passim,*

se även argumentationsbörda, argumentationsnormer, etisk argumentation, lagtolkning, rationalitet, rimlighet, rättfärdigande, rättskällor, stöd, svåra fall
– konsekvensinriktad 207, 353, 362
– metoder 289 ff.
– och rättssäkerhet 287, 328, 377
– och vetenskaplig argumentation 320 ff.
– och värderingar 289 ff. och *passim*
– som en dialog (*pro et contra)* 300
– som en logisk slutledning 300 ff.
– som ett särfall av praktisk argumentation 490, 522 ff., 620
– som ett särfall av etisk argumentation 550 ff., 693
juridisk avvägningslära 199 ff.
– varken rättspositivistisk eller naturrättslig 200
juridisk kultur *se* kultur, rättfärdigande
juridisk relevans 203 ff., 311, 316, 325 ff., 502 ff., 551, 587, 602 f., *se* även relevans
juridisk slutsats, *se* rättfärdigande
juridiska roller 218, *308 ff.*, 552, *se* även advokaten, domaren, lagstiftaren, åklagaren
juridiskt arbetsprogram 326 ff.
jämlikhet 45, 46, 83, 85 f., 159, 175, 275, 280, 402 f., 410 ff., 419, 421, 428, 429, 437, 447, 450, 486, 501, 506, 513
jämviktsläge, övertänkt 416

Kant, Immanuel 496, 409, 442, 461, 470, 482, 587, 593, 651
kaos 44, 53, 90, 122, 192, 195, 197 f., 209, 221, 229, 286, 530 ff., 535, 536, 540, 547, 553, 556, 560, 561, 563, 569, 688, 697, 698, 700
Kelsen, Hans 66, 67, 103, 104, 110, *111 ff.*, 122 ff., 129, 143, 148, 170, 184, 189, 263, 473, 541, 542, 545 ff., 587, 640, 681
Klami, Hannu Tapani 230, 373
kognitivism *se* värdekognitivism
koherens, 131, 151, 343, 353, 429, 472 f., 488, 500, 571 ff., 584, 597, 601 f., 603 ff., 619, 628 f., 653, 669, 694, *se* även sammanhang, sammanhängande motivering
kollision mellan normer 273 ff., 283, 329, 414, 416, 682, *se* även kollisionsnormer, oförenlighet av regler
– mellan principer 275, 412, 513
– mellan regler 273 f., 513 f.
kollisionsnormer 280 ff., 307, 333, 338, 606
– prima facie-karaktär av 285 f.
kollision mellan etiska skyldigheter 516
kollision mellan värden 500 f.
kompetens 50, 100, 117, 136 f., 164, *165 ff.*, 196, 393 f., 583, 633, 640, 643 f.
konsensus 70, 77, 146, 180, 325, 508, 514, 517, 533, 553, 610 ff., 654 ff., 674, 686, 690
konstitutiv norm 163 ff., 197, 199, 440, 543, 671, *se* även institutionellt faktum
konstitutiv regel, *se* konstitutiv norm
konstitution *se* författning
kontrollerbarhet 55, 225, 254, 287, 328, 376, 512, 571, 617, 619, 699
korporativism 47 f., 78, 277
korrekthet, *se* även riktighet
– argumentationens 316
– hos praktiska satser 612, 615, 649
– i juridisk argumentation 379, 649
– induktionens 321 f.
– logisk 131 f., 139, 178, 184, 223 ff., 228, 289, 300, 302 ff., 323, 329, 363, 481, 491, 492 ff., 515, 543 f., 547, 577, 580, 610, 614, 616, 622,

624, 627, 683 f.
– språklig 465, 491, 676 ff., 696
– värdesystemets 612, 695
kritisk etik 484 ff., 635
Kuhn, Thomas 324, 326
kultur 54, 58, 60, 61, 71, 87, 132, 146 f., 152, 158, 163, 168, 175, 180 ff., 186, 204, 267, 269, 286, 310, 327, 335, 352, 376, 406, 431 f., 438, 440, 443, 446, 450 ff., 455 ff., *465 ff.*, 477 ff., 487, *493 ff.*, 514, 517, 533, 535, 536, 538, 542, 552 f., 563, 576, 582, 586 f., 604 f., 608 f., 612 , 625, *636 ff.*, 651, *661 ff.*, 678, 689, 697. 699 f.
kulturarv *se* kultur
kulturkrets *se* kultur
kvalifikationsnorm 165–175, 440

laganalogi 339, 340, 341–360, 373, 526, 607
lagens ändamål 242, 244, 245, 330, 353, *362–375*
– och demokrati 245
lagstiftaren 46, 59 f., 221, 308 f., 520 och *passim*
lagstiftarvilja 209, 210, 212, 242 ff., 249, 255, 363 ff., 375, 391, 622
lagtolkning 44, 46, 215 ff., 289 ff., 307, 329 ff., 449, 502, 520, 552, 559, 621 f., 652, 696 ff. och *passim, se* även analogislut, a fortiori-argument, lagens ändamål, motsatsslut, sammanhang, tolkningssats
– beskrivande 329
– bokstavstrogen 329 ff., 376
– extensiv 265, 338 ff., 354 ff., 366, 373, 449
– kreativ 329, 671
– kvasilogisk 329 f., 333, 376
– logisk 329, 332 f., 376
– normskapande 339 f.
– och demokrati 85 f., 245
– och rättssäkerhet 376 f.
– reducerande 338 ff., 366
– restriktiv 218, 338 ff., 355, 366
– svåra fall 59, 103, 146, 149, 195 f., 209, 248, 289 ff., 302, 307, 329 ff., 374, 513, 526, 530, 548, 566, 640 ff., 651, 687
– systematisk 330, 335 f., 367
Lakatos, Imre 326 f., 587, 606
legalism 44, 79, 250
legitimitet 47 ff., 60 f., 64, 69, 71, 73 f., 77, 101, 103, 110, 114, 156, 182 f., 186, 196, 203, 209, 230, 270 f., 277, 279, 285, 286, 345, 379, 380, 444, 482, 523 f., 560 ff., 603 ff., 700
likhet inför lagen 44, 50 ff., 59 f., 81, 83, 90, 448, 458, 539, *se* även jämlikhet
Lindahl, Lars 168, 533, 640 ff.
livsform 127, 197, 286, 431, *473–480*, 498, 533 ff., 553, 604, 609, 612 f., 638, 688, 697, 700
livsvärld 70, 479
logisk positivism (logisk empirism) 103, 105, 108
lucka i lagen 43, 79, *345 ff.*, 355, 554, 559
Luhmann, Niklas 147 f., 154 ff., 161, 183, 198, 205, 212, 310, 521 f., 524, 531, 544, 602, 606
Lyons, David 125, 149

majoritetsprincip 65, 67 ff., *70–76*, 83 ff., 191, 245, 248, 279, 384, 448, 458, 539, 554, 659, 675
MacCormick, Neil 129 ff., 143, 149, 163 f., 179, 180, 201, 207, 352, 473, 572 f., 693
MacIntyre, Alasdair 434–438, 451, 458, 470, 604
Mackie, John 383, 408, 456, 461,

534, 632, 648, 660
makt, maktutövning 44, 47, 49, 50 ff., 58, 60, 64, 67, 74, 77 ff., 80, 85 ff., 91, 92, 96, 106, 109 ff., 115, 117, 124, 128, 132 f., 138, 141 ff., 151 ff., 158 f., 166, 168 f., 174, 182, 183, 185, 186, 191 f., 194, 197, 214, 221, 227, 229, 238, 250, 276, 393, 425 f., 447 f., 520, 522, 526, 538, 542 f., 546, 556, 582, 632, 633, 638, 639, 672, 673, 697
maktdelning 55 ff., 61, 67, 71 f., 76, 85, 88, 109, 149, 190, 221 f., 239, 248, 285, 292, 458, 539
Montesquieu, C.L. de Secondat de 55
Moore, G.E. 385 f., 406, 421, 426, 474, 481, 655
motivering, *se* juridisk argumentation, rättfärdigande, sammanhang, sammanhängande motivering
motsatsslut 56, 271 f., 329, *344 f.*, 377, 380, 624
– val mellan motsatsslut och analogi 272, *350–360*, 377
målnorm 162 f., 440
möjliga etiska satser 465, 479 f.

naturrätt, naturrättslära 110, 126 f., 129, 131, 133–140, 147, 148, 150, 182, 199 f., 201, 335, 391, 406, 409, 423, 427, 472, 473, 536, 552 f., 629, 645
norm 159 ff., 441 ff. och *passim, se* även konstitutiv norm, regulativ norm
normsats 160 f., 162, 207, 208, 289, 302, *439 ff.*, 451, 459, 467, 491, 506, 511, 517, 587, 610, 635, 638, 649, 665, 678, 684 f., 696, *se* även praktisk sats

objektivitet 89, 101, 132, 195, 217 f., 310 ff., 359, 508, 571, 628, 652, 664, 692 och *passim*
obsolet lag 103, 106, 206, 214, 297 f., 339, 349
offentlig rätt 96, 107
oförenlighet av regler 273 ff., 329, 348, 360, 485 f.
ojämförbarhet 436, 648 ff.
Olivecrona, Karl 111, 118, 136, 162, 164, 165, 188, 190, 243, 263, 390, *391 f.*, 393, 394, 441, 442
Opalek, Kazimierz 91, 99, 153, 161, 346, 349, 442, 641
ordinära fall 127, 367 ff., *se* även rutinfall

paradigm 69, 80, 227, 242, *324 ff.*, 546 f., 587, 606
Perelman, Chaim 342, 411 ff., 593
Petrazycki, Leon 263, 537, 631, 640 f.
Popper, Karl R. sir 67, 113, 156 f., 179, 316, 322 f., 326, 378, 388, 397, 444, 469 f., 470, 475, 494, 509, 542, 605, 653, 667, 671
positivism *se* logisk positivism, rättspositivism
praktisk argumentation 131, 142, 490, 492, 522, 531, 550, 610, 686, *se* även etisk argumentation, juridisk argumentation, diskurs
praktisk sats 159 f., 204, 321, 323, 381, 481, 491, 598, 651 ff., 661., 676, *se* även normsats, prima facie, slutgiltig praktisk sats, värdesats
– motivering och rationalitet av 445 f., 624, 676, 678, 680 f., 683 ff., 690 f., 693, 696
– och teoretisk slutsats 515 f.
– praktisk mening hos 439 ff., 481, 661 f., 668
– sanning och riktighet av 661 ff.
– teoretisk mening hos 439, 444 ff., 481 f., 484 ff., 661
Prawitz, Dag 150, 213, 378, 584, 607

preferensavvägning 400 ff., 407, 453, 456
prejudikat 44, 77, 100, 102, 108, 124, 208, 210, 212, 215 ff., 220, 223, *232–241,* 248, 250, 258, 283 f., 286, 287, 289, 298, 304 f., 341, 359, 368, 449, 564, 567, 569, 571, 606 ff., 623, 628 f.
prima facie 140, 444 ff., 484 ff. och *passim*
– hierarki av rättskällor 219 f., 281, 287
– och logik 678 ff.
– rätt 187, 520–548
– värden och värdeprinciper 444 – 484
princip 404, *446 ff.*, 627 ff. och *passim, se* även avvägning, rättsprincip, värdeprincip
– koherens till följd av principer 572, 578
– kollision mellan principer 275, 280
– prima facie-karaktär av principer 459 ff.
privaträtt 96, 427, 447, 448 , 449, 608
processrätt 70, 84, 107, 233, 235, 262, 263, 265, 307, 310, 312, 371, 449, 570
prognosteori 103 ff., 109

Quine, Willard Van Orman 397, 472, 581, 587, 598

Radbruch, Gustav 153, 194, 458
Rawls, John 67, 93, 409, 415 ff., 426, 428, 430 ff., 437, 509, 534, 538, 555, 557, 609
ramlag 55, 76, 307
ratio decidendi 232 ff., 241, 341
ratio legis, *se* lagens ändamål
rationalitet 47, 62, 132, 237, 263, 279, 380, 407, 416, 446, 490 ff., 498, 509, 523, 627, 658, 676 ff., 696 ff. och *passim*
– debattrationalitet 491, 689 f., 695 f.
– logisk rationalitet 490 f., 616, 676 f.
– målrationalitet 53 ff., 207, 308, 331, 362
– normrationalitet 53 f., 59 f.
– rationalitetsprinciper (Alexy) 619 f.
– rationalitetsregler (Alexy), *se* diskurs
– sammanhangsrationalitet 491, 687 ff.
– värderationalitet 54, 59 f., 130, 537
rationell diskurs *se* diskurs
Raz, Joseph 91, 117, 119, 152, 168, 173, 184, 188, 189, 205, 211, 216, 346, 528
– om skyddade juridiska skäl 205, 528
realism *se* rättsrealism
regulativ idé 653, 671
regulativ norm 162 f., 167, 174
relevans 49, 54, 59, 68, 72, 79, 82, 97, 121, 129, 149, 153, *585 f.*
– etisk 399, 401, 413, 415, 420, 428 f., 437, 446, 460, *465–490* (primär), 494, *497–501* (sekundär), 505, 548, 586 ff.
– juridisk 185, 196, *203–210,* 216, 242, 252, 272, 311, 316, 323 ff., 351 f., 376, 502 f., 524, 528, 550 ff.
ren rättslära 111 ff.
riktighet 126, 130 f., 133, 143, 173, 187, 188, 194, *195–200,* 207 f., 213, 268, 293, 314, 316, 323, 331, 352, 378–382, 395, 488, 491 f., 496, 501, 517, 518, 522 f., 535, 536, 542 f. 544, 546, 548, 569, 571, 576, 582, 589, 610, 626, 628, 630, 636, 646, 649, 652, *661–676,* 692, 699 f.
rimlighet 178 f., 302 f., 482, *492–496,* 692 och *passim*
Ross, Alf 50, 56, 67, 74, 87, *103 ff.*,

149, 150, 164, 168, 170, 172, 186, 188, 191, 211, 263, 274, 340, 348, 351, 354, 370, 373, 393, 411, 483
Ross, W. D., 460
rule of recognition *se* igenkänningsregel
rutinfall 58, 286, 289 ff., 329, 513, 525, 528, 540, 548, 602 ff.
rättfärdigande 147, 316, 378 ff., 499, 503 f. 556, 604 f., 628, *se* även stöd
– djupgående 182, 227, 379, 381, 688 f., 691, 695
– juridiskt tillräckligt 242, 379, 620 f.
rättighet 50, 56, 60 ff., 67, 69 ff., 75, 76 78, 81–86, 88, 92, 129, 136, 137, 144, 159, 163 f., 168 ff., 213, 215, 218, 258, 282, 311, 334, 353, 389, 392, 396 f., 405, 407 ff., 409 f., 412, 417, 420, 422 ff., 427 ff., 433, 436, 447, 448, 452, 453 ff., 461, 469, 474, 496, 505, 507, 523, 527, 538 f., 549 ff., 555 ff., 578, 580 f., 615, 626, 627, *629–644,* 646 f., 650, 666–674, 697
rättsanalogi 343, 349, 629
rättsbegreppet *se* gällande rätt
rättsdogmatik 44, 117, 130, 260, 263 f., 279, 280, 289, *312–321,* 325, 328, 330, 337, 377, 379 f., 380, 522, 594, 622 f.
rättskällor 77, 85, 86, 100, 105, 106, 108, 111, 113, 115, 125, 131 f., 139, 151, 184, 186, 203, 204, 206, *209–305,* 306, 307, 315 ff., 319 f., 325, 327 f., 330, 333, 346, 361, 376, 379, 380, 488, 490, 502, 505, 506, 525, 527, 530, 549, 551, 552, 588, 598, 606, 623, 625, 628, 633, 634, 641, 643, 645 f., 650, 672 f., 687, 698, *se* även auktoritetsskäl, förarbeten, prejudikat, rättskällenormer, sakskäl, sedvana, utländsk rätt
– begreppet 209–212
– formella 210 ff.
– källor till rättslig auktoritet 209 f.
rättskälleläran 212–223, 315, 367, 368, 372 ff., 624, 699
rättskällenormer 120, 124 f., 213–227, 375, 449, 607
rättskälleprinciper *se* rättskällenormer
rättslig kultur *se* kultur
rättsnorm *se* handlingsnorm, konstitutivnorm, kvalifikationsnorm, målnorm, regulativ norm
rättsordning 43, 45, 37, 49, 51 ff., 60 ff., 104, 111, 112–119, 123 ff., 130, 137, 142 f., 148, 163, 167 f., 175, 177, 178, 188, 190 f., 194, 197, 200, 205, 216, 226, 232, 238, 243, 246, 259, 262, 264, 266, 268–270, 276, 278–281, 296 f., 303, 311, 314, 320, 329, 336, 339, 343, 346, 358, 371 f., 383, 390 ff., 411, 447, 505, 530–547, 553–558, 573, 580 f., 583, 599, 603, 605 ff., 628 f., 631, 682, 691, 698, *se* även gällande rätt, rättssystem
rättspolitik 93, 117, 122, 173 ff., 218, 236, 260, 263, 308 f., 335, 427, 444, 546, 554 f., 631
rättspositivism 43, 101, 110 ff., 125 ff., 129 ff., 133, *140–150,* 182, 199 f., 270, 391, 473, 521, 536, 628 f.
rättsprincip 150, 185, 196 ff., 205, 236, 258 f., 264, 269, 270, 284, 627 ff.
– arter av 447 ff.
rättsrealism 103, 200, 211, *se* även uppsalaskolan
rättsregel *se* rättsnorm
rättsskydd 46 f., 61, 62, 205, 234, 367
rättsstat 46, *50–63,* 76, 77, 82, 84 ff.,

88, 90, 101, 103, 109, 134, 138, 139, 140, 159, 190, 191, 201, 228, 229, 245, 262, 279, 326, 394, 427, 448, 491, 538 ff., 552, 554, 558 ff., 578, 580 f.
rättssystem 43–45, 49, 57 f., 99, 102, 107, 116, 119, 120–123, 124, 126, 128, 138, 144, 147 f., 151, 154–158, 183–202, 205 f., 218, 222 f., 238, 258 f., 269 f., 276 ff., 286, 303, 305, 347, 447, 478, 489, 490, 502, 505 f., 520, 531, 539 f., 545, 554, 562, 564, 599, 602, 606, 682
rättssäkerhet 43, 49, 50–53, 60, 61, 71, 76, 81, 84 ff., *89–102,* 144, 145 f., 148, 194, 201, 225, 228 f., 245, 286 ff., 310 ff., 325, 328, 350, 375 ff., 482 ff., 517 ff., 562 f., 675 f., 698 ff. och *passim*
rättstillämpning 44, 45, 49, 51, 53, 55, 61 ff., 76, 79, 81, 84 ff., 91, 134, 206, 213, 218, 223, 237 ff., 248, 250, 258, 287, 289 ff., 309, 345, 346, 367, 378 f., 458, 504, 523, 530, 552 f., 633, *se* även juridisk argumentation, lagtolkning, rättskällor
rättsvetenskap *se* doktrin, rättsdogmatik
rättvisa
– distributiv 412 ff.
– formell 411, 593 f.
– läror om 409–429, 452, 461, 490, 534
– och demokrati 65 ff., 73, 75, 77 f., 80, 87, 415 ff., 468
– och förvärvade rättigheter 422 ff.
– och gällande rätt 44 ff., 114 f., 140 f., 144 ff., 191 ff., 202, 543 f., 554, 557, 559, 561
– och juridisk argumentation 207, 217, 268, 279, 309 f., 319 f., 322, 327, 342 ff., 346, 350, 366, 376 f., 553, 594, 628, 687, 693 f., 697
– och naturrätt 133, 138
– och preferenser 453, 455 f., 674,
– och rättsstat 60 ff.
– och rättssäkerhet 91, 95 f., 98 ff.
– och samhällets kulturarv 430 ff.
– och uniformitet i rättstillämpning 246, 271, 360
– och (andra) värden 433, 457, 499, 505 f., 515, 517, 587
– slutgiltig och konkret rättvisebedömning 430, 507

"sakens natur" 208, 216, 219, 316
saklighet 89, 264, 375 f., 380, 445, 491 f., 560, 562, 565, *610–626,* 627, 651 f., 658, 689, 695 f.
sakskäl 57, 203 f., 207 f., 209, 216 f., 238, 271 f., 315, 319 f., 336, 551, 645, 692
samhällsfördrag, samhällskontrakt 135 f., 416, 436, 534
sammanhang, sammanhängande motivering, 56, 107, 116, 131, 136, 151 ff., 157, 173, 179, 183, 193, 202, 206, 213, 226 f., 238, 247, 252, 259, 262 ff., 267, 271, 276, 278 ff., 307, 312 ff., 320, 323, 326, 328 f., 333, 336, 343, 353, 359 f., 374 ff., 393 f., 429, 467, 472 f., 476, 483, 488 , 491 f., 494–500, 502, 505, 511, 517, 563, *564–609,* 610–626, 628 f., 633, 651, 653, *658–661,* 669, 671, 674 ff., 677, 685 ff., 691 ff., 699 f.
sammanvägningsmetod, juridisk 375 ff.
Sandel, Michael J. 420, 431 f.
sanning
– a priori 482
– av etiska läror 464
– av etiska prima facie-satser 508, 661 ff.

– och kulturrelativitet 662 ff.
– av rättssatser 112 f.
– av teoretiska (empiriska och analytiska) satser 159 f., 207, 396, 491
– av vetenskapliga teorier 320
– begreppet sanning 652 f.
– korrespondensteori om 653, 655 ff.
– och koherens (sammanhang) 572, 591, 597, 653, 655, 657, 658 ff.
– och konsensus 70, 654, 655, 657, 659 f.
– och pragmatisk framgång (måluppfyllelse) 654, 655, 657, 659 f.
– och (praktiska) norm- och värdesatser 323, 382 ff., 387, 389, 652, 661 ff.
– och slutgiltiga norm- och värdesatser 664 ff.
– om gällande rätt 672 ff.
– om institutionella fakta 671 f.
Savigny, Friedrich Carl von 111, 242, 261, 278, 329, 572, 622
Schmidt, Folke 208, 215, 239, 246, 250, 253, 263, 308, 351, 355
sedvana 44, 102, 117, 122, 124, 127, 134, 147, 177, 184, 206, 208, 209, 214 f., 218 f., 225 ff., *229–232,* 248, 257, 285, 289, 298, 305, 319, 333, 334, 345 ff., 377, 380, 598
skepticism 67, 102 f., 152, 186, 263 f., 373 f., 380, 384, 387, 392, 394 ff., 503, 532, 597, 647, 653, 661, 670 f.
skyldighet
– att ge skäl 54, 614 f.
– att fatta bindande beslut 310
– etisk skyldighet att följa lagen 527–541, 548 ff., 557 ff.
slutgiltig avvägning 504 ff.
slutgiltig praktisk norm- respektive värdesats 139 f., 207, 319, 459, *484 ff.* och *passim*
– avvägningars betydelse för 461 f., 487 f.
slutgiltig rättvisebedömning 429 f., 433
slutgiltigt bindande etik och etablerad rätt 548
slutgiltigt bindande rätt 346
– och tolkad rätt 346, 542 f., 548 ff.
– som en del av slutgiltigt bindande etik 548 ff.
Spector, Horacio Mario 400, 404, 432, 441, 446, 455, 482, 515, 517, 518, 637
språng 178, 223, 302 ff., 492 f., 543 f., 547
Strömberg, Tore 44, 123, 135, 136, 165 f., 177, 181, 185 f., 200, 230, 289, 295 f., 391, 393 f., 397, 565, 599
Strömholm, Stig 57, 84, 90, 135, 210, 214, 228, 230, 240, 244, 246, 256, 260, 262, 263, 297, 333, 335, 372, 387, 531, 538, 566, 607, 655
stöd 494 f., 574 ff., och *passim, se* även relevans, rimlighet, sammanhang, språng
– nödvändigt 588 f.
– ömsesidigt 547, 578 ff.
subsumtion 53, 290 f., 295 f., 333, 620
Summers, Robert S. 106, 125, 186, 209, 343, 371
svåra fall 59, 103, 146, 149, 195, 196, 209, 248, 289 ff., 302, 307, 329 ff., 374, 381, 513, 526, 530, 548, 566, 641, 643, 651, 687

teleologi, antikens 134
teleologisk etik 208, 461
teleologisk lagtolkning, *se* Ekelöf, lagens ändamål
teoretisk sats 159 f. *se* även sanning
– analytisk 159
– empirisk 159

– logisk 159, 491
Thomson, Judith Jarvis 456, 460, 482, 508
tolkning *se* lagtolkning
tolkningssats 320, 381 f., 672 ff., 687
tradition 55, 58, 69, 85, 127, 131, 134, 149, 226, 249, 259, 305, 323, 352, 373, 379, 398, 431, 435 f., 457, 466, 470, 477, 483, 499, 502, 505, 553, 563, *603–609*, 648, 651, 662, 669, 687, *se* även kultur, livsform
Tranøy, Knut Erik 323, 554, 559, 606, 612
tvång
– frihet från inslag av tvång 491, 611 f., 615, 619, 625, 690 f., 695
– och rätt 104, 112, 114, 116, 132, 138, 195
– tvångsmonopol 187 ff., 196 ff., 543 ff.
Thibaut, Jacques 242, 244

universalitet *se* även generalitet
– formell (universaliserbarhet) 398 ff., 406, 429, 508, 592 ff., 621
– och kulturbundenhet 69, 404, 431, 470, 639, 662 ff.
uppriktighet 323, 611, 614, 619, 625, 690 f., 695
uppsalaskolan 152, 164, 172, 211, 230, 243, 248, 263 f., 387, *388–398*, 697
– och Ekelöfs lära 373 f.
utländsk rätt 211, 216, 257, 264 ff., 315, 330, 564

vaghet 63, 124, 126, 133 f., 148, 161, 177, 194, 202, 211, 290, 293 f., 319, 329, 359, 414, 425, 582, 645, 655, 656, 664, 698
Weber, Max 50, 53 f., 59 ff., 207, 604, 633
Wedberg, Anders 102, 151, 172, 381
Weinberger 116, 129 ff., 149, 163, 179, 201, 273, 371, 415, 419, 681
Verdross, Alfred 118, 137 ff.
vetenskapsteori 104, 105, 221, *320 ff.*, 379, 572, 606, 653
Windscheid, Bernhard 242
Wittgenstein, Ludwig 234, 343, 470, *473–476*, 479, 613, 656, 661
Wróblewski, Jerzy 153, 242, 294, 296, 307, 331, 332, 346, 349
välfärdsstat 46, 62 f., 78 f., 326, 424, 560
värdekognitivism 130, 382 ff., 387, 389 f., 396, 403, 421, 426, 461, 518, 651, 655, 661, 664 f., 670 f.
– värdenaturalism 382 f., 384 ff., 403, 421, 426, 456, 665, 667 f., 670 f.
– värdeobjektivism 67, 116, 382 f., 386 f., 390, 665, 667, 670, 671
– värdesubjektivism 382 f., 665
värdenihilism 383, 387 f., 390, 394 f., 439, 461, 667
värdeprincip, 92, 444, 446–452, 484, 488, 513
värdering 46, 49, 59, 60, 61, 74, 81, 93, 103, 108, 109, 113, 115, 130 ff., 140 ff., 147, 149, 150, 159 f., 174, 180 ff., 191, 195 f., 213, 216, 230, 235, 246 f., 253, 268, 270, 285, 289 ff., 293 ff., 299, 307, 312, 315, 324, 327, 349, 361 f., 366 f., 372, 374, 378 ff., 390, 398, 403, 415, 435, 451, 456, 458 f., 481, 491, 494, 503, 520, 521, 523, 525, 570, 598, 604, 636, 649, 675, 685, 689, 692, 697, 699, *se* även värdesats
värdesats 139, 156, 159 f., 207, 263, 290, 301 f., 329, *382–387*, 389, 390, 394 ff., 398, 437, 439 f., 443 f., 444 ff., 450, 452, 456 f., *459–467*, *477–483*, 484 f., 497,

499, 504, 507, 511, 515, 518, 525, 528, 553, 560, 563, 566, 567, 569, 611, 649, 652, *661–676*, 678, 681, 684–700, *se* även praktisk sats
värdeöppenhet 63, 87, 109, 187, 293 f.

yttrandefrihet 61, 82 f., 92, 409, 418, 428, 447 f., 637, 639, 662 ff.

åklagaren 89, 310 f., 367, 371, 608
åsiktsbildning 71 f., 81 ff., 84, 88, 448, 458, 539

äganderätt 83, 96, 126, 164, 169 ff., 251, 316, 318, 327, 334, 337, 355, 361, 392, 409, 422, 437, 447, 448, 568, 574, 594, 644

öppenhet
– av rättssystem 49, 52, 54, 71 f., 82, 86, 189 ff., 199, 538
– i Luhmanns teori 155
– i rationell diskurs 611, 614, 615, 625, 649, 690 f., 695

Aleksander Peczenik

VAD ÄR RÄTT?

Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation

Vad är rätt? är en handbok i allmän rättslära. Framställningen kretsar kring frågan om huruvida juridikens begreppsbildning och arbetsmetod är förenliga med rättssäkerhet.

Tolkning av gällande rätt är juridikens huvuduppgift. Vad menas med att rätten är gällande? Lagtolkningen genomsyras av olika praktiska avvägningar; måste inte avvägningarna mynna ut i en osäkerhet? Framför allt, är rättssäkerheten förenlig med ett annat viktigt ideal – nämligen rättvisan i det individuella fallet?

De rättsfilosofiska frågorna förankras i statsteoretiska, moralfilosofiska och kunskapsteoretiska problem. Vilka värden förverkligas av den demokratiska rättsstaten? Vad menas med att en etisk avvägning är riktig? Vad är den juridiska och den etiska kunskapens yttersta fundament?

Boken vänder sig till framför allt teoretiskt intresserade forskare i juridik, men även till statsvetare och filosofer.

Aleksander Peczenik är professor i allmän rättslära vid Lunds universitet och författare av ett antal böcker, däribland *Juridikens metodproblem* (1974), *The Basis of Legal Just* *and Reason* (1989) oc

VAD ÄR RÄTT?
Pris 1272.00
Rättsfilosofi och rät
Akademibokhandeln
9138504499

FRITZES
Beställningar: Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Fax 08-20 50 21, Telefon 08-690 90 90