

HÅKAN
GUSTAFSSON

Rättens
polyvalens

HÅKAN GUSTAFSSON

Rättens polyvalens



En rättsvetenskaplig studie av
sociala rättigheter och rättssäkerhet

LUNDSTUDIES IN SOCIOLOGY OF LAW

14

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 vidare distribuera 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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Förord

I några få reservat straffas rättsfilosoferna, betraktas rättsfilosofin som riskabel och värd att förkvävas eller dirigeras. I stort sett är emellertid rättsfilosofin fri, skamlös, oansvarig och som sagt: rörelsen är intensiv, nästan feberaktig, den liknar, förefaller det mig, ett ormskinn fyllt av myror. Ormen är sedan länge död, vråten, berövad sitt gift, men skalet rör sig, fyllt av beskäftigt liv. Om jag nu konstaterar att jag råkar vara en av dessa myror, måste jag fråga mig om det finns någon anledning att fortsätta verksamheten. Svaret blir jakande [...]. Jag knuffas med de andra myrorna, vi utför ett kolossalt arbete. Ormskinnet rör sig.¹

Ingmar Bergman

Att skriva en avhandling är att flacka omkring i ett rent *purgatorium*. Man minns möjligtvis varför man påbörjade vandringen, men man kan inte med säkerhet veta var vägen leder. Avhandlingsskrivandet innebär att man solitärt vistas bland begrepp, ord, termer, teorier och en förvirrande text bortom all kontroll som rent visuellt liknar en myrstack. De närmaste bevittnar hur författarens först oändligt expanderande universum av fantastiska möjligheter mot framtiden och de öppna rymderna, plötsligt av egen gravitation krymper till en märklig himlakropp som i sin omloppsbana runt det vardagliga jordelivet inskränks till obegripliga rutiner och beteenden. Texterna blir till en inre monolog som förföljer en i vardagen, i umgänget med familjen, med vänner och släkt. Man tärs av ett ständigt dåligt samvete av att inte räcka till. Förfarande var att lyssna till en av Toves första fullständiga meningar – ’pappa-jobba-bok.’ Hur ni har stått ut med mig är ett mysterium. Tack Ulrica för allt – hur jag någonsin skall kunna återgälda Dig är också ett mysterium, eftersom jag är skyldig Dig allt! Mina döttrar Tove och Disa har jag försökt ge all den tid jag haft över – jag hoppas jag räckt till. Utan er tre, är min värld inget värd.

Att skriva själva avhandlingen är en sak och om man tidigare inte förstått existentialismen kan avhandlingsskrivandet rekommenderas och har man tyckt att Beckett varit en nattsvart dyster misantrop så blir han i skuggan av avhandlingen en lysande komiker. Att få förmånen att ägna sig åt forskning är emellertid en annan sak – och ett privilegium: alla konferenser, möten, seminarier och

¹ Ingmar Bergman *Ormskinnet*, publicerat i manuskriptet till filmen *Persona*, 1966. Den som kan sin Bergman upptäcker genast att där det står ’rättsfilosoferna’ och ’rättsfilosofin’ har originalet naturligtvis ’konstnärerna’ respektive ’konsten.’ Citatet utgör min *tributum lundensis* till det reservat jag en gång tillhörde...

spännande möten med likasinnade gör det antagligen mödan värt. Mer än att framhålla någon enstaka Vergilius som beledsagat mig genom forskningens olika kretsar, vill jag istället särskilt nämna ett antal olika *miljöer* som genom åren kommit att inspirera mig.

Det teoretiska cellskapet runt *Allmän rättslära* i Lund väckte en gång hos mig den slumrande passionen för rättsteori. Ett särskilt varmt tack riktar jag till min handledare professor Aleksander Peczenik som ständigt visat prov på såväl personlig som vetenskaplig tolerans och aldrig sviktande uppmuntran. Och framförallt ett enastående tålamod. Utan Ditt trofasta motstånd hade mina teser aldrig kunnat formuleras. Tack Alek!

Ett icke oväsentligt andningshål var den ofta turbulenta miljön på *Rättssociologen* i Lund där hoppet om möjligheten av en utvidgad rättsvetenskap en gång i tiden tändes. Ett stort tack går därför till professor Håkan Hydén – utan Din tvärvetenskapliga iver hade avhandlingen sett dagens ljus tidigare. Tack Håkan!

En vistelse i forskningsprojektet *Rättens Polycentri* i Helsingfors innebar räddningen för min tro på att det utanför den etablerade mittfåran av rättsteoretisk och rättssociologisk exercis finns ett spännande rättsfilosofiskt liv. Tack Lala, Juha, Panu och Ari!

Sällskapet runt *Retfærd* har varit en ständig källa till inspiration, som givit mig mod att formulera udda frågeställningar, med vetskapen att en mängd kritiska forskare i Norden ställer liknande frågor och framför allt accepterar att de ställs.

Den öppna och progressiva forskningsmiljö som råder på *Juridiska institutionen* i Göteborg har gjort valet att förlägga avhandlingen här ganska lätt – den faller naturligt inom de frågor som hetsigt och polemiskt, men alltid vederhäftigt, ventileras här. Min djupaste tacksamhetsskuld står till professor Dennis Töllborg, som tog mig till denna kreativa och spännande miljö. Tack Dennis! Du vet inte hur mycket Du betyder...

Jag vill särskilt tacka mina närmaste kollegor Eva-Maria Svensson, Mats Glavå och Ulf Petrusson för inspiration och alla givande diskussioner, närläsningar, ömsesidiga utbyten av filosofiska dagsländor och de ständigt nya tankar ni givit mig att grubbla på (undra på att det tagit tid!). Jag önskar jag kunde skylla avhandlingens brister på er, men de är naturligtvis mina egna. Avhandlingens eventuella förtjänster har ni däremot del i. Ett varmt tack också till er andra på institutionen för (långvarigt) uppmuntrande stöd – ni är för många att nämna, men att ingen är glömd kan jag försäkra!

Tre personer kom att spela en avgörande roll för avhandlingens slutförande. Marie Ofrell gav mig den skräckinjagande boken *Jag vill ha hela världen!* av Fredrik Ekelund som handlar om den lundensiske språkforskaren som ger upp sin 'nästan-färdiga' avhandling (något jag själv ofta funderat över) och ställs inför en avgrundsdjup personlig kris. Denna bok fick mig att inse att nu får det vara nog. Tomas 'Tumpa' Lindberg, sångare i hardcorebandet *The Great Deceiver*, gav

mig den fenomenala plattan "A Venom Well Designed" som hos mig frigjorde det där sista extra energitillskottet. Tack till er båda!

Den tredje personen var min far, Gösta, som hastigt och oväntat avled i våras och plötsligt fick mig att inse livets oändliga bräcklighet och korthet. Detta arbete tillägnas därför honom.

Ekonomiskt stöd från *Emil Heijnes Stiftelse för Rättsvetenskaplig Forskning* samt *Stiftelsen Staten och Rätten* innebar i en svår övergångstid att jag, trots motstånd från annat håll (ingen skånsk fakultetsnämnd nämnd, ingen glömd), gavs möjlighet att fortsätta mitt värv. Min tacksamhet går också till Ilgot Liljedahl och Kjell E Eriksson i Lund vilka lyckades överföra mina 'korrupta' elektroniska bokstäver till verkligt papper. En tack går också till Terry Cross som granskade avhandlingens engelska sammanfattning.

Café Java, Vasastan, Göteborg
6 december 2002

Håkan Gustafsson

Innehåll

KAPITEL 1

Rättsliga spektrum

Frågeställningar och disposition	15
1.1 Rättens enhet eller mångfald?	15
1.2 Grundteman och frågeställningar	20
1.2.1 Sociala rättigheter – en juridisk anomali eller realitet?	23
1.2.2 Rättssäkerhet – en myt eller något <i>värdefullt</i> ?	25
1.3 Ett forskningsmässigt utgångsläge och metodologiskt <i>fiat</i>	27
1.4 Avhandlingens hemvist och disposition	31

KAPITEL 2

Rättens nivåer

Teoretiska utgångspunkter	37
2.1 En normindelning	37
2.1.1 Rättsregler och rättsprinciper	38
2.1.2 Avvägningssituationer	43
2.2 Modeller av rättens nivåer	45
2.2.1 Rättsordning	47
2.2.2 Rättssystem	48
2.2.3 Normerande system, rättsfält och rättsnormer	57
2.2.4 Olika förhållningssätt till nivåerna	65
2.3 En epistemologisk grundhållning (ontologin förvisad)	71
2.3.1 Frågan om rättens självständighet	81
2.3.2 Frågan om rättens öppenhet	84
2.4 Olika rättsvetenskapliga perspektiv på rätten	88
2.5 Dogmatiska alternativ?	94

KAPITEL 3

Rättens polyvalens

Från pluralism via polycentri till polyvalens	105
3.1 Rättsvetenskapens monocentriska perspektiv	105
3.1.1 Den monocentriska ideologin	106
3.1.2 Monocentrin ifrågasatt	119
3.2 Den rättspluralistiska rättsuppfattningen	124
3.2.1 Klassisk rättspluralism	125
3.2.2 Rättspluralism som generellt fenomen	132
3.2.3 Parallella rättssystem	143
3.3 Rättslig polycentri	148
3.3.1 Polycentri i rättsordningen	160
3.4 Till en teori om rättens polyvalens	161
3.5 Föränderliga rättssystem	170
3.5.1 Något om bakgrunden till rättsstaten	170
3.5.2 Rättsstaten och dess rättssystem	173
3.5.3 Övergången från rättsstat till välfärdsstat	183
3.5.4 Välfärdsstaten och dess rättssystem	184
3.5.5 Efter välfärdsstaten?	191
3.6 Rättens förändringsprocesser i ett polyvalent perspektiv	194

KAPITEL 4

Rättigheter: sociala och andra

'Taking <i>social</i> rights seriously'	205
4.1 Rättigheter i samhällskontext	205
4.2 Teorier om rättigheter	217
4.2.1 Rättigheter som korrelationer?	217
4.2.2 Rättighet som intresse eller vilja?	222
4.2.3 Rättigheter som 'trumpf'?	225
4.2.4 Rättigheternas dialektik	227
4.3 Hur skall sociala rättigheter karakteriseras?	231
4.3.1 Kriterier på en rättighetslag	231
4.3.2 Skyldighets- och rättighetslagstiftning	232
4.3.3 En teoretisk bedömning av sociala rättigheter	235
4.3.4 Rättighetsmoral eller ansvarsetik?	242
4.4 Polyvalens och rättigheter	246
4.5 Socialrätt och socialpolitik	249
4.5.1 Socialrätten i omvandling	249
4.5.2 Handikapplagen: en rättighetslag?	259
4.5.3 De sociala rättigheternas dialektik	265
4.6 Rättighetslagstiftningen i praktiken	270
4.6.1 Individen mellan rätt, ekonomi och politik	283
4.7 Rättigheternas saltomortal	290

KAPITEL 5

Rättssäkerheter

Rättssäkerhetstänkandet i omvandling	301
5.1 Inledande synpunkter på rättssäkerhet	301
5.1.1 Individen, staten och rättsordningen	302
5.1.2 Legalitet, rättsskydd och rättssäkerhet	304
5.1.3 'Rättens säkerhet'?	309
5.1.4 'Människans säkerhet'?	312
5.1.5 Rättssäkerhetsbegreppets kontext och innebörd	313
5.1.6 Rättssäkerhetsprincipen och rättssäkerhetsgarantier	315
5.2 Rättssäkerheten som rättsstatligt begrepp	317
5.2.1 Rättssäkerhetsbegreppets rättsstatliga kontext	320
5.2.2 Rättssäkerhetsbegreppets rättsstatliga innebörd	323
5.3 Rättssäkerheten som välfärdsstatligt begrepp	324
5.3.1 En brytpunkt: från formell till materiell rättssäkerhet	330
5.3.2 Nya begrepp för nya tankar	335
5.3.3 Den välfärdsstatliga rättssäkerhetsdiskussionen	336
5.3.4 Rättssäkerhetsbegreppets välfärdsstatliga kontext	345
5.3.5 Rättssäkerhetsbegreppets välfärdsstatliga innebörd	346
5.4 Rättssäkerhet i <i>pluralis</i>	347
5.4.1 Ännu en brytpunkt: från materiell rättssäkerhet till...?	355
5.4.2 Den moderna nordiska diskussionen om rättssäkerhet	357
5.5 Rättssäkerhet och socialrätt	363
5.5.1 Knappa resurser och rättssäkerhet	365
5.5.2 Rättssäkerhet och kommunal självstyrelse	370
5.6 Några rättsteoretiska ansatser	379
5.6.1 Rationalitet och rättssäkerhet	380
5.6.2 Materiell/etisk rättssäkerhet	381
5.7 Lokala rättssäkerhetsbegrepp <i>eller</i> rättssäkerheter och polyvalens	384

KAPITEL 6

Rättsliga möjligheter

Social rättssäkerhet, normativ polyvalens och lokal koherens	389
6.1 Behov av ett nytt rättssäkerhetsbegrepp?	389
6.1.1 Olika rättssäkerhetsstrategier	393
6.1.2 Social rättssäkerhet?	400
6.1.3 Rättighetslagstiftning och social rättssäkerhet	404
6.2 Invändningar mot pluralism, polycentri och polyvalens	405
6.2.1 Hur (be)skriva gränsen: semantik eller oenighet?	405
6.2.2 Contra et pro?	409
6.3 En normativ teori om polyvalens?	414
6.3.1 Relativism och 'anything goes'?	414
6.3.2 Normativ och metodologisk polyvalenslära?	418

6.3.3	Leder värde <i>fullhet</i> till värde <i>löshet</i> ?	422
6.3.4	Polyvalens som epistemologisk grundval	424
6.4	Enhet omdefinierad <i>eller</i> koherens och splittring?	426
6.4.1	Vad är koherens?	427
6.4.2	Värdenas roll och koherens	435
6.4.3	Lokal koherens och polyvalens	437
6.5	Lokal koherens, sociala rättigheter och social rättssäkerhet	443
6.6	En ambivalent jurist i en polyvalent värld	446
	Summary	450
	Källförteckning	456

Rättsliga spektrum

Frågeställningar och disposition

Lagen sägs vara frusen politik och gällande rätt liknas vid ett väldigt block av frusen erfarenhet. Det låter vackert men stagnerat. Man föreställer sig att det är gott om tid – allt medan vattnet forsar fram under [...] broar och dagarna mörknar minut för minut. När analysen av 'gällande rätt' äntligen är klar har den ofta förvandlats till oavsiktlig rättshistoria. Gällande rätt omskapas oavbrutet, är bara ett sprucket kitt mellan rättshistorien och diskussionen de lege ferenda.¹

Per Henrik Lindblom

1.1 Rättens enhet eller mångfald?

Sedan ett par decennier tillbaka har den samtida rättsvetenskapen ägnat uppmärksamhet åt ett nytt framväxande forskningsområde. Terrängen betecknas ibland med det vidare begreppet *rättspluralism*, men benämns även i nordiskt sammanhang med den något snävare termen *rättslig polycentri*. Dessa teorier om pluralism och polycentri är besläktade med de omdebatterade teorierna om den postmoderna rätten, med dekonstruktion och andra kritiska rörelser inom rättsvetenskapen såsom *critical legal studies*, feministisk rättsteori, postkoloniala rättsstudier och 'critical race theory' för att nu nämna ett fåtal.² Ja, mer än besläktade: själva postmodernismen och de postmodernistiska rättsteoriernas upptagenhet vid

¹ Lindblom *Progressiv process - om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen* (2001) s 24f.

² Litteraturen om rätten och postmodernismen är till dags dato så omfattande, att varje hänvisning måste bli helt ofullständig. Några standardverk, ehuru av skiftande kvalitet, inom området måste ändå nämnas, Douzinas/Warrington *Postmodern Jurisprudence* (1991), Minda *Postmodern Legal Movements* (1995) samt *Deconstruction and the Possibility of Justice* (1989). För en genomgång av centrala teman inom postmodern rätt, se Dalberg-Larsen *Ret, tekst & kontekst: postmodernisme og ret* (1998).

differens, skillnader och 'den Andre' bygger i själva verket på en pluralistisk grundsyn.³ De nämnda teorierna fokuserar på hur rätten möter och konkurrerar med andra normativa strukturer, gamla rättsliga idémönster, men även dagsaktuella sociala, ekonomiska och politiska faktorer, som verkar vara utanför rättens normativa räckvidd och direkta påverkan. Värden som härstammar från olika samhällstyper, tidevarv och ideologier påverkar rätten på en rad skilda sätt och rätten uppvisar därför en mängd särdrag i olika sociala sammanhang som gör att den framstår som alltmer fragmenterad och i grunden djupt splittrad, hävdar dessa teorier. Dessa normativa kollisioner, värdemässiga bundenheter och såväl inom- som utomrättsliga motsättningar bringar den hävdvunna uppfattningen om rättens identitet i obalans och det ifrågasätts allt oftare i vilken utsträckning rätten egentligen är en enhetlig sfär i samhället. Detta ifrågasättande medför i sin tur att det är vanskligt att vidmakthålla föreställningen om rättens självständighet eller autonomi. Den ökande medvetenheten om rättslig mångfald har därför kommit att problematisera och utmana det klassiska rättsvetenskapliga antagandet om rättens enhet, eller med rättspluralistisk jargong, dess *monocentri*.

Sammantaget blir det, utifrån dessa aspekter, motiverat att ställa frågor om rättens verkliga styrförmåga, dess legitimitet och dess grundläggande värdestruktur: det vill säga, hur kan rätten på lämpligaste sätt lösa konflikter och fungera som styrinstrument i ett alltmer mångkulturellt postindustriellt samhälle? Var finner rätten demokratisk legitimitet i ett framväxande IT-samhälle? Vilka värden beaktar rätten i ett heterogent och värdedifferentierat globalt samhälle där nationalstatens funktion, enligt somliga, undergår en fundamental förändring? Konsekvenserna av dessa förändringar drabbar naturligtvis inte bara rätten, utan också rättsvetenskapen ställs inför nya uppgifter; givet att rätten faktiskt konstateras som pluralistisk eller polycentrisk, vilka normativa och metodologiska slutsatser skall rättsvetenskapen dra av detta möjliga sakförhållande? Bör juridiken, om tillståndet upplevs som något för rätten destruktivt, försöka lindra denna tillfälliga åkomma med en traditionell metodologi och normativ monocentri? Och omvänt: om teorierna tillhandahåller konstruktiva infallsvinklar och lösningar, är det då också möjligt att utveckla en normativ polycentrilära?

Problemet är inte oviktigt, utan som bland annat Kristian Andenæs oroligt noterar: "Godtar vi forestillingen om flere retssystemer, løser vi noen problemer, men skaper samtidig nye [...] En deskriptiv erkjennelse kan selvsagt ikke være det samme som en normativ aksept. Hvem skal så sette grensene og hvor skal

³ Teubner utropar hänfört att, "postmodern jurists love legal pluralism," se *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1443. Dalberg-Larsen menar dock, antagligen helt riktigt, att inte alla anhängare av rättspluralism behöver vara postmodernister, *Ret, tekst & kontekst: postmodernisme og ret* (1998) s 54. Detta arbete fördjupas inte i postmodernismen mer än i förbifarten, varför rättslig eller normativ pluralism här får tjäna som en tematisering av vissa implicita föreställningar som finns inom den postmoderna diskursen, se Tie *Legal Pluralism. Toward a multicultural conception of law* (1999) som bland andra riktningar urskiljer en postmodern rättspluralism.

grensene gå?”⁴ Andenæs setter fingret på det delikata predikament som flere rettsteoretiker har oppmärksammat, og vilket är ett lika klassiskt som svårbe-
mästrat problem inom rettsvetenskapen, nämligen det gap som kan uppstå mellan
olika verklighetsuppfattningar och det normativa ställningstagande juridiken
oundvikligen hamnar i - och till viss del även måste hamna i. Andenæs ger också
ord åt den uppfattning rettspluralismen utgår ifrån, nämligen att rättsordningen
överbäras av flera var för sig olikartade rättssystem. Juridiken har ständigt för-
sökt att sammanjämka dessa delar, men det har alltid funnits ett pris att betala:
den jämvikt som eventuellt uppnås via konsensus och avvägningar, innebär att
andra alternativa sätt att mönstra den rättsliga verkligheten på går förlorade.
Jag skall återkomma till detta senare i arbetet, men inledningsvis vill jag bara
poängtera vikten av att vara uppmärksam på dilemman. Problemet väcker verk-
ligen upp frågor av djupgående karaktär, nämligen *hur själva normativitetsbe-
greppet skall nytänkas i ett mångkulturellt, postindustriellt, globaliserat och plu-
ralistiskt samhälle.*

Att påvisa rättens splittring och att den är värdemässigt heterogen, är emeller-
tid och självfallet inget självändamål som utvecklas för dess egen skull, men det
framstår som oerhört viktigt och centralt för rettsvetenskapen att öka medveten-
hetsgraden om rättens ‘splittring’ och att ta utgångspunkt i att rätten *de facto* är
värdebemängd. Jag vill till yttermera visso påstå att detta är nödvändigt, och
kommer att bli än mer angeläget, i en alltmer mångkulturell och intensifierad
globalisering – alldeles oavsett vad man privat må ha för åsikt om denna. William
Twining framhåller i *Globalisation and Legal Theory*, att:

As jurists have become more conscious of 'multi-culturalism' and as societies have in fact
become more plural, there has been increased recognition that all modern societies have to
wrestle with the extent to which the state should recognise, make concessions to, or even
enforce norms and values embedded in different religions, cultures, or traditions.⁵

Den danske rettsociologen Jørgen Dalberg-Larsen hävdar att förståelsen av rät-
ten numera måste baseras på ett medvetet *perspektivval* mellan en traditionell
monistisk rettsvetenskap å ena sidan och teorier om rettspluralism å den andra.
Han går så långt som till att påstå att polycentriperspektivet till och med speglar
ett nytt *paradigm* i förståelsen av rättsbegreppet⁶ och på samma linje har den
välkände rettsociologen Boaventura De Sousa Santos framfört att inte bara
vetenskapen och politiken utan också rätten bevittnar en paradigmatiske övergång

⁴ Andenæs *Sosialrettens subkulturer* (1993) s 389.

⁵ Twining *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 225.

⁶ Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis* (1994) s
43-48. Se även Arthurs som hävdar att pluralismen och den rättsliga formalistiska centra-
lismen ('legal centralism') utgör två konkurrerande paradigmer, 'Without the Law': *Administrative
Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England* (1985) s 1-12 'paradigms of
law.'

till något nytt.⁷ Flera forskare med Manuel Castells som den mest namnkunnige hävdar att vi står inför en situation, där det framväxande nätverksamhället, som Castells benämner det, kommer att medföra en samhällsomvälvning liknande språnget in i industriåldern. Med dessa samhälleliga omvandlingar följer givetvis omvälvningar både i rätten och i rättsförståelsen, i själva uppfattningen av rätten. Det rådande paradigmet inom den hittillsvarande rättsförståelsen har föga förvånande varit starkt präglad av den nationalstatliga rätten – och enligt Thomas Wilhelmsson utgörs det dominerande paradigmet alltså av denna förut-sättning.⁸ Denna uppfattning har, som antytts, på senare tid mött motstånd, men jag tror för den skull emellertid inte att tiden är mogen att hävda förekomsten av ett fullgånget rättsligt paradigmskifte – långt därifrån. En rimligare diagnos som kan ställas är att rätten och rättsvetenskapen upplever ett krisliknande tillstånd med konkurrerande paradigmer där det äldre rättsvetenskapliga paradigmet exponerar ett flertal anomalier. Syftet med denna avhandling består i att något inventera detta nya paradigm, men med vetenskapsteoretikern Imre Lakatos' terminologi sänks ambitionsnivån något och utforskar om rättspluralism och rättslig polycentri kan utgöra fruktbara *forskningsprogram* för rättsvetenskapen.⁹

Då det naturliga och gängse sättet att förklara rätten har utgått från det äldre paradigmet och eftersom de nordiska länderna tämligen sent kan kallas för mångkulturella, är studier av rättslig pluralism fortfarande relativt få inom nordisk rättsvetenskap, medan mångfalden i den internationella forskningen frapperar.¹⁰ Danmark har emellertid varit något av ett föregångsland vad avser de studier i rättspluralism som den nordiska rättsvetenskapen trots allt frambringat, vilket fick en utlöpare i ett polycentriprojekt. I både Finland och Norge har det danska projektet på olika sätt följts upp.¹¹ Jag tror inte jag överdriver, när jag påstår att ett gemensamt drag för den rättsvetenskapliga debatten i Danmark, Finland och Norge under 1990-talet har varit just intresset kring teorier om rättslig pluralism och polycentri. En mängd skrifter och artiklar har sett dagens ljus och bland de viktigaste skrifterna från nordiskt håll bör först och främst Henrik Zahles korta banbrytande artikel *Polycentri i retskildelæren* från 1986 framhållas, vidare Hans Petter Gravers *Normative systemer - skisse til en oppløsning av rettsbegrepet* (1989) samt Jørgen Dalberg-Larsens *Rettenns enhed - en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis* (1994). Därjämte måste antologierna *Retlig Polycentri* (1993), *Legal Polycentricity: Consequences of Plural-*

⁷ Se De Sousa Santos *Toward a New Common Sense* (1995) vilken i undertiteln ger klart besked "Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition."

⁸ "The paradigmatic concept of law is still *the* (one and only) law of the national state," Wilhelmsson *Legal Integration as Disintegration of National Law* (1995) s 128.

⁹ Om Lakatos' i förhållande till Kuhns paradigmatteori mindre anspråksfulla idé om forskningsprogram, se Hansson *Lakatos och idén om vetenskapliga forskningsprogram* (1982).

¹⁰ Några exempel på nordiska polycentri-studier ges i kapitel 3.

¹¹ Det danska polycentri-projektet löpte under tiden 1990-1993 och leddes av Henrik Zahle, Hanne Petersen samt Kirsten Ketscher. Det bredare finska polycentri-projektet, 1992-1994, hade deltagarna Lars D Eriksson, Juha Pöyhönen, Panu Minkkinen och Ari Hirvonen.

ism in Law (1995) och *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law* (1998) nämnas.¹² Detta teoriflöde har, tyvärr, i stort sett tenderat att strömma förbi Sverige, med vissa undantag dock. En sidoambition med detta arbete är att introducera dessa teorier i svensk rättsvetenskap. Om inte annat så torde själva förekomsten av nyss nämnda skrifter ge viktiga signaler till den nordiska och i synnerhet den svenska rättsvetenskapen, att något viktigt håller på att ske – eller redan har skett...

Det är alltså angeläget att se rättens förändrade roll i skenet av de omvandlingar samhället genomgått och genomgår, med andra ord de transitioner som speglas av i huvudsak tre olika rättsliga paradigmer eller system om man så vill, av varierande styrka: den klassiska liberala rättsstaten, den sociala välfärdsstaten och detta nya informationssamhälle som griper omkring sig. En förståelse av rätten i dessa sammanhang måste, enligt min mening, på något sätt beakta de olika sedimenteringar eller avlagringar som finns i rätten: flera forskare talar om en rättsvetenskapens arkeologi.¹³ Det betyder helt enkelt att den nuvarande rättsordningen bär spår av tidigare epokers idéer och rättstänkande, vilka på intet sätt är obsoleta, liksom att den nuvarande rättsordningen också inom sig bär fröet till nya rättsliga kategorier och föreställningar. I denna övergångstid uppstår naturligen en metodologisk undran, om vilka rättsliga verktyg som fortfarande är användbara i förståelsen av rättens föränderlighet idag och hur de nya verktyg som kan greppa tillvaron ser ut.

Studien inplaceras sig, kanske tidstypiskt, i denna process. Vad som tilldrar sig det största intresset är framförallt den motsättning som finns mellan de rättsstatliga och välfärdsstatliga paradigmen samt den tendens till återgång till ett mer rättsstatligt tänkande, som alltmer ger sig tillkänna inom vissa områden. Särskilt kännbara blir motsättningarna inom socialrätten varvid frågan om de sociala rättigheternas roll och funktion aktualiseras i en ny kontext: det rör sig dels om den traditionella obenägenheten i att jämställa dem med klassiska rättigheter, dels om att tvärtom stärka dem inom ramen för ett klassiskt välfärdsstatstänkande, men också att rekonstruera dem inför samhällets omvälvningar idag. I samband med detta framträder även djupgående frågor beträffande individens rättssäkerhet och, särskilt inom det socialrättsliga området, de socialt och ekonomiskt utsatta gruppernas rättssäkerhet. Studien belyser och exemplifierar rättens mångfald med hjälp av socialrätten, vilken är särskilt intressant eftersom det är ett sammansatt problemfält kännetecknat av växlingar, skiftningar, olika riktningar och tendenser mellan rättsstat, välfärdsstat och post-välfärdsstat. Viss lagstiftning inom socialrätten kommer härvid att användas som *exempel* där kollisionerna tydliggörs extra markant och där en mängd karakteristiska målkonflikter

¹² Antologierna i turordning redigerade av Blume/Petersen, Petersen/Zahle respektive Hirvonen. Som ett tidens tecken utges i Holland sedan 1981 en inflytelserik tidskrift med titeln *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*.

¹³ Eriksson *Retfærd - fortid och framtid* (1990) s 24 och Tuori *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 13.

framträder och ställs på sin spets. Bland annat kan nämnas de allmänna frågorna rörande rättighetslagars karaktär och status inom socialrättsliga områden. Dessa förhållanden kan ytterst föras tillbaka på den vidare frågeställningen huruvida välfärdsstaten förmår vara en garant för de sociala rättigheternas bevarande – eller tvärtom, i vad mån förekomsten av förverkligade sociala rättigheter utgör en förutsättning för välfärdsstatens vara eller icke vara. Utan överdrift kan väl det senaste decenniet ge tydliga vittnesbörd om de motgångar välfärdsstaten mött och problemet är, bland annat därför, högaktuellt. Lars D Eriksson menar att:

Socialrätten är på sätt och vis ett av de mest intressanta rättsområdena i det moderna välfärdsstatliga rättssystemet. Den präglas av alla de kännetecken som påstås vara utmärkande för detta: förrättsligande, överlegaliserande, byråkratisering, professionalisering och depersonalisering. Socialrätten är i kris i den mån välfärdsstaten är det. Och alternativt: i den mån välfärdsstaten är i utveckling är även socialrätten stadd i utveckling.¹⁴

1.2 Grundteman och problemställningar

Teorierna om rättens mångfald aktualiserar, som nämnts, en hel del oroväckande tankar om rättens vidare sammanhang och kontext: eller snarare, de tvingar rättsvetenskapen till förnyad, och kanske fördjupad, självreflektion. Ovan ställdes den övergripande frågan om möjligheten att nytänka själva normativitetsbegreppet, vilket kanhända är den rättsfilosofiskt mest brännande frågan, men rättspluralismen genererar också mer jordnära och rättsdogmatiska frågor av olika karaktär: ty om det är så att rättssystemet är splittrat, fragmenterat eller djupt värdebemängt, vad sker exempelvis med rättsvetenskapens uppfattning av 'gällande rätt'? Vad sker, i förlängningen av detta, med juristrollen? Och vad har det för konsekvenser för juristens ansvar? Vidare väcks frågor om rättskällevärdet, ty vad är egentligen motivet till att uppställa *vissa* källor som auktoritativa rättskällor i ett system som inte är enhetligt utan flexibelt och dynamiskt?

Rättsvetenskapen har genom tiderna inte lämnat detta område utan avseende, tvärtom har de mest intensiva debatterna förts just i frågan om 'gällande rätt.' Teorierna om pluralism, polycentri och 'polyvalens' (se nedan 1.2.2) deltar i denna diskurs och ifrågasätter i grunden den stereotypa traditionella uppfattningen av 'gällande rätt' som ett tämligen oproblematiskt metodologiskt förhållningssätt, beledsagat av vissa på förhand uppställda auktoritativa källor. Liksom, låt säga, rättsrealismen och rättssociologin hävdar rättspluralismen att analysen

¹⁴ Eriksson *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 236.

av 'gällande rätt' måste innefatta en analys av förekomsten av andra rättsliga faktorer och de sociala strukturer som inverkar på bedömningar på tillämpningsplanet. Det är med andra ord, otillräckligt att enbart fästa avseende på lagtext, förarbeten och prejudikat: det krävs ett studium av rätten i praktisk tillämpning. Det innebär att den rättsdogmatiska normativa uppfattningen om 'gällande rätt' - alltså, den juridiska metodologin - sällan har möjlighet att ge alla svaren vid en samlad helhetsbedömning. Än mindre frågorna. Därmed inte sagt att den rättsdogmatiska metoden skall frånkännas relevans (något som emellanåt hävdas inom rättsociologin) - tvärtom har den givetvis en nödvändig plats även, och kanske speciellt, inom ramarna för en bredare förklaring.

Ofta har man menat att frågan om och innebörden av 'gällande rätt' bör utvidgas. För det första är det möjligt att ifrågasätta om en specifik tidpunkt markerar inträdet av 'gällande rätt'; det är kanhända inget statiskt tillstånd, men en fortlöpande *process* där olika alternativa 'gällande rätts'-konceptioner grenar ut sig. För det andra torde ett icke orimligt tillvägagångssätt vid analysen av 'gällande rätt' vara en fråga om *perspektiv*; alltså ur vems intresse konsekvensen av en viss definition av 'gällande rätt' har relevans. För det tredje måste analysen av 'gällande rätt' även innefatta den *reella rättstillämpningen*. Sammantaget och ganska allmänt hållet innebär det att denna studie intar ett *särskilt* perspektiv. Jag skall strax försvara denna position.

Vad sker alltså om ett rättsligt reglerat område beskrivs ur olika perspektiv? Det vill säga, om förslagsvis familjerätten väljs att ses ur ett ekonomiskt perspektiv eller ur ett jämställdhetsperspektiv¹⁵ eller ur barnets perspektiv?¹⁶ Här uppkommer, inte särskilt överraskande, olika svar beroende på hur frågan ställs - med andra ord olika svar på 'gällande rätt.' Finns det *ett* rätt svar, till vilket vi ställer *den* rätta frågan? Finns det bara *en* rätt fråga och hur vet vi vilken som är den rätta frågan? Inte sällan blir det vanskligt att prognosticera domstolarnas utfall, inte minst därför att prejudikatvärdet ofta är beroende av den ställda frågan. I doktrinen blir rättsläget också där avhängigt hur tillgängligt material sorteras och analyseras. I grunden handlar det om vilka systematiserings- och tolkningsmetoder som nyttjas, och hur flexibel rättskälleuppfattningen är.

Ofta har den kritiska rättsteorin (rättsociologin, feministisk rättsteori och även rättsrealismen) blottlagt förekomsten av en djupgående diskrepans eller ett glapp mellan en juridiskt fastställd 'gällande rätt' (law-in-books) och en 'gällande rätt' i praktiken (law-in-action). Det vill säga, en inkoherens mellan å ena sidan en rättsdogmatisk tolkning av 'gällande rätt' och å andra sidan en reell tillämpning av 'gällande rätt.' Med den tyske sociologen Jürgen Habermas ord kan man

¹⁵ Exempelvis Pylkkänen *Könssystemet inom familjen* (1995), Nordborg *Konstruktioner av moderskap och faderskap - genom reproduktionsteknologin och i rätten* (1995) och Kurki-Suonio *Gemensam vårdnad - vad döljer man med barnets bästa?* (1995) samt Gunnarsson *Familjen - genusforskningens utmaning* (2001).

¹⁶ Jfr Singer *Föräldraskap i rättslig belysning* (2000) och särskilt slutkapitlet, 'det enhetliga föräldraskapet ifrågasatt.' Även Schiratzki *Vårdnad och vårdnadstvister* (1997).

säga att rätten svävar i en diffus relativitet i spänningsfältet mellan giltighet och fakticitet.¹⁷ 'Gällande rätt' är en föreställning och ett begrepp som måste relateras till såväl ett 'rättsligt verklighetsplan' som ett 'reellt verklighetsplan'¹⁸ liksom till insikten att det finns flera verklighetsuppfattningar eller giltiga tolkningar av den rättsliga verkligheten. Mer generellt, kan man fråga sig, *var* tyngdpunkten placeras och *vilka* faktorer som skall eller kan beaktas vid synen på fenomenet 'gällande rätt.' Svaret är inte givet, eftersom frågan uppenbarligen förutsätter ett val av 'relevant material' – ett val just mellan vad som *skall* eller *kan* utgöra sådant material.¹⁹ Frågan om vad som *är* 'gällande rätt' räcker uppenbarligen inte tillräckligt långt, utan den komplementära frågan *varför* ('gällande rätt') måste likväl ställas. Vid definitionen av 'gällande rätt' aktualiseras därför den kontext i vilken den aktuella regleringen formerades och i vilken den senare är tänkt att tillämpas. Att både fastställandet och tillämpningen av 'gällande rätt' skulle följa med rättslig nödvändighet tillbakavisas av Thomas Wilhelmsson som, i mitt tycke, även har givit en stilfull formulering åt frågeställningen:

Kan man 'fånga' gällande rätt vid en viss tidpunkt eller är gällande rätt blott ett spektrum av olika rättsliga möjligheter?²⁰

Det låter ju för all del elegant att kunna hävda att olika rättsliga möjligheter grenar ut sig: men om nu 'gällande rätt' är problematiskt och ständigt kontextuellt betingat, hur står sig då sådana centrala och hävdvunna juridiska värden som rättigheter och rättssäkerhet? Det är en allt annat än oviktig fråga. Genom att problematisera föreställningen om de wilhelmssonska 'rättsliga möjligheterna' är studien, i flera bemärkelser, inte en traditionell studie i 'gällande rätt.'

Särskilt trängande blir behovet i detta arbete av att tänka såväl 'gällande rätt' som rättsäkerhet och rättigheter satta i en samhälllig kontext och i relation till olika samhällstyper. Som jag här, ganska övergripande angett, har rätten olika funktioner beroende på dess sociala ändamål och syften. Ett traditionellt rättighetstänkande baserat på en rättsstatlig ideologi, kan vara främmande för en rättighetsuppfattning baserad på välfärdsstatliga värden om social rättvisa och rättvis resursfördelning - det omvända gäller naturligtvis också. Rättighetsdiskussionen är central och alltför lika viktig: det gäller alltifrån mänskliga rättigheter och de klassiska liberala rättigheterna över de sociala rättigheterna till miljörät-

¹⁷ Habermas *Faktizität und Geltung* (1992).

¹⁸ Eller snarare 'den rättsliga verkligheten' och 'den reala verkligheten:' distinktionen utvecklade hos Andersson *Skyddsändamål och adekvans* (1993) s 187f.

¹⁹ Jfr Peczeniks indelning av rättskällor som *skall*, *bör* respektive *får* åberopas som auktoritets-skäl, *Vad är rätt?* (1995) s 213ff.

²⁰ Wilhelmsson *En social avtalsrätt? - Några kommentarer* (1993-94) s 502. Wilhelmsson hävdar, att det är möjligt att betrakta rättsutvecklingen från olika utgångspunkter och centralt är särskilt huruvida de sk allmänna lärorna kan vara föregångare för en eftersträvd rättsutveckling: därmed blir ett samband tydligt, nämligen det mellan kategorierna det samhällligt möjliga och det rättsligt möjliga, *Social civilrätt* (1987) s 31. Jag återkommer, nedan 2.5, till Wilhelmsson och de av honom utvecklade allmänna lärorna.

tigheter. Rättighetsdiskussionen är ingalunda överspelad i ett post-modernt samhälle, utan tvärtom högaktuell och Norberto Bobbio har kallat det moderna tidevarvet för en 'rättigheternas epok.'²¹ I föreliggande arbete är kontrasten mellan rättsstatsideologin och välfärdsideologin intressant i ett rättighetsperspektiv.

1.2.1 Sociala rättigheter – en juridisk anomali eller realitet?

Vad som är av central vikt i välfärdsdiskussionen rör diskursen om de sociala rättigheternas vara eller inte vara, eller, mildare, i vilken omfattning de bör begränsas eller tvärtom stärkas. Frågan om rättighetsutvecklingens olika riktningar och motriktningar är således betydelsefull att försöka klarlägga och förstå, för att kunna se vari en rättighetslagstiftning brister eller blir för överambitiös. Centralt för detta arbete är att i spåren av välfärdsstatens omvandlingar, följa både diskursen om sociala rättigheter och den successiva utbyggnad av dessa som skett genom lagstiftning: från ett allmänt ansvar baserat på en barmhärtighetsmoral över en allmänt hållen skyldighet att tillse de fattigaste i samhället och till att tillerkänna den behövande en rättighet.

Ett grundproblem för sociala rättigheter och allmänna välfärdsrättigheter, är att de ofta upplevs som att de både kräver resurser och inkräktar på de liberala negativa rättigheterna. Ett allmänt välkänt och alltmer påtagligt problem är därvidlag frågan huruvida individuellt utkrävbara *sociala* rättigheter kan sägas vara i paritet med traditionella juridiska rättigheter – såsom medborgerliga och politiska fri- och rättigheter – och hur dessa rättigheter i sådana fall tillvaratas. Otvivelaktigt föreligger en uppenbar komplikation avseende de sociala rättigheternas implementering i det faktum som antytts; nämligen, de är *positiva* rättigheter som för förverkligandet kräver ekonomisk resurstilldelning, vilket i sin tur förutsätter en viss resursprioritering av politisk art. Detta till skillnad från traditionella rättigheter – det vill säga fri- och rättigheter, mötesfrihet, yttrandefrihet etcetera – som är negativt avgränsande gentemot statsmakten och därmed, för att begagna en ekonomiskt färgad terminologi, 'kostnadsneutrala.' Detta kan innebära att olika rättsprinciper och i grunden skilda rättighetskonceptioner står mot varandra i ett enskilt rättsområde. Att djupare rättfärdiga en rangskillnad mellan olika slag av rättigheter utifrån *ekonomiska förutsättningar* eller *resurser* torde dock vara vanskligt – och dessutom innebära en risk för (ned)gradering av personer med uppenbara behov av sociallagstiftning och förstärkt skydd genom sociala rättigheter. Utan att förringa, eller ifrågasätta, de traditionella rättigheterna är min egen uppfattning och ståndpunkt i denna fråga den att, för att nu

²¹ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001).

parafrasera en framträdande rättsfilosof (utan jämförelser i övrigt), ta sociala rättigheter på allvar – Taking *Social Rights Seriously*.²²

Men här står ofta och trots allt en social rättighet mot ekonomisk resurstänkande – eller, här möter den juridiska rättighetskonceptionen verklighetsplanets ekonomiska realiteter – och det område som särskilt kommer att uppmärksammas, såsom ett *exempel* på rättighetsdiskursen och rättighetslagstiftningen, är LSS (*lag 1993: 387 om stöd och service till vissa funktionshindrade*) eller den sk handikapplagen som trädde ikraft 1 januari 1994. Lagen är formulerad som en rättighetslag, men har trots det haft begränsat genomslag, delvis genom att kommunerna som grund för att inte verkställa beslut och domar hänvisat till resursbrist. Regeringsrätten har i några avgöranden påtalat att resursbrist inte kan utgöra någon grund för avslag. Tidigare saknades sanktioner, men sedan 1 juli 2002 finns möjlighet att utdöma en sk sanktionsavgift. Problemet är emellertid att sanktionen endast avser gynnande domar, och inte träffar de beslut (ca 95% av ärendena) som sedermera inte verkställs, sk fördröjd verkställighet.

Trots att lagstiftningen på området framstår som tämligen entydig, har kommunerna, i avsaknad av effektiva sanktioner mot underlåtenhet att verkställa domstolsbeslut, fortsatt att åsidosätta lagstiftningens sociala intentioner. Centralt blir därmed att undersöka individens *faktiska* rättighets- och rättssäkerhetsposition. För rättsvetenskapens vidkommande är problematiken i högsta grad relevant, eftersom det bland annat gäller huruvida sociala rättigheter kan och bör ges samma rättsliga status som traditionella politiska fri- och rättigheter. *Detta för fram till en central problemställning i avhandlingen, nämligen att belysa i vilken omfattning det är juridiskt möjligt att principiellt säkerställa sociala rättigheter i förhållande till olika intresse- och maktförhållanden.*

Avhandlingen rör sig längs ett par övergripande linjer vad avser det socialrättsliga problemkomplexet. Det ena spåret placerar in rättighetsdiskussionen i en historisk kontext relaterad till socialrätten och ser hur den successivt kommit att preciseras mot mer individualiserande rättigheter. Den andra linjen ser till tillämpningens förändring och hur praxis utvecklats med bakgrund i omdaningar i samhället – särskilt viktigt är här att lägga fokus på rättssäkerheten satt i relation till det socialrättsliga normeringsområdet.

Om de sociala rättigheterna och tillämpningen av dem är hårt trängda av andra rättigheter och andra ideologier, vad betyder rättssäkerhet i detta sammanhang? Kan den svage, av kostsam social omvårdnad och omsorg beroende, individen räkna med en säker rättslig position? Sammanbunden med de sociala rättigheterna är individens möjligheter till adekvata rättsmedel och andra möjligheter att – under de förutsättningar och villkor som anges – få sig garanterat de sociala förmåner som åläggs samhället: med andra ord, hur ter sig rättssäkerheten för den enskilde? Dessa frågor är för den berörde individen ofta oskiljaktiga.

²² Anspelningen är till Dworkins verk *Taking Rights Seriously* (1977).

1.2.2 Rättssäkerhet – en myt eller något *värdefullt*?

Rättssäkerhetsbegreppets betydelse står, enligt mig, tätt samman med olika förståelser av skilda rättighetsuppfattningar: alltså, den traditionella rättssäkerhetssynen – som kan benämnas formell, eftersom den baseras på ett starkt förutsebarhetsrekvisit – associeras ofta till klassiska negativa rättigheter och till den liberala rättsstatsideologin. Om man anser att innebörden av rättssäkerhet till väsentliga delar sammanfaller med ett krav på *förutsebarhet* – en inte ovanlig ståndpunkt i rättsvetenskaplig doktrin – kan dock ifrågasättas om denna innebörd av rättssäkerheten verkligen är rimlig vad avser välfärdsrättigheter och, här, särskilt sociala rättigheter. Det är inte bristen på förutsebarhet som gör att det, som man säger, 'traditionella' rättssäkerhetsbegreppet eventuellt måste frångås, utan de normativa orimligheter som följer ur just detta kriterium, nämligen att ett formellt förutsebarhetskriterium tenderar att förbise de materiella målangivelser och substantiella behovsprövningar som dessa rättigheter anger. Rättsliga välfärdsarrangemang bygger primärt inte på traditionell formell förutsebarhet, utan på konkret behovsuppfyllelse som sällan kan preciseras i förutsebarhetskriterier. Att de formella förutsebarhetskriterierna brister eller är otillräckliga har ofta framförts, och uppenbart torde åsyftas någonting mer med rättssäkerhet. Alltsedan mitten av 1980-talet har särskilt socialrättsligt inriktad doktrin ifrågasatt huruvida traditionella rättssäkerhetsgarantier äger full, eller tillräcklig, tillämplighet inom de välfärdsstatligt reglerade sociala områdena. Denna kritik har emellertid inte utmynnat i (rätts)teoretiska försök till en grundläggande elaborering av själva rättssäkerhetsbegreppet, och ej heller till några försök till uppställandet av en ny – möjligtvis kompletterande – innebörd av densamma. För att kunna nå fram till denna elaborering, detta ställningstagande, måste – och det är ambitionen med denna avhandling – för det *första* undersökas vad som kännetecknar rättens förändringar, för det *andra* vad som är specifikt med det traditionella rättssäkerhetsbegreppet samt, för det *tredje*, vad som är utmärkande särskilt för den socialrättsliga normgivningen. Först därefter kan en rekonstruktion av en mer nyanserad rättssäkerhetsbild övervägas.

Den enskilde finner sig ställd inför ett komplext korstryck av olika regleringar och skilda intressekonflikter inom socialrättsområdet, som gör det svårt att ur rättsläget kunna utläsa sin faktiska, ja till och med rättsliga position. Situationen kan emellertid inte enbart ses som ett rättsligt regleringsproblem isolerat från de berörda personerna, utan det blir nödvändigtvis också en fråga om den enskildes rättssäkerhet. *Därmed har temat för ytterligare en problemställning i detta arbete ringats in, vilken består i att undersöka de systembundna föreställningar som ligger bakom innebörden av rättssäkerhetsbegreppet.*

Man skulle möjligtvis kunna hävda att det finns en rättssäkerhetsmyt, som baseras på en föreställning om att rättssäkerhetsbegreppet är entydigt och har en

klar innebörd.²³ Jag menar emellertid att rättssäkerhetsbegreppet är komplext och det av flera skäl: för det första därför att det ofrånkomligt är genomsyrat av olika värden och föreställningar; för det andra därigenom att rättsteorin ofta försöker reducera dess semantiska komplexitet till *en* definition och *ett* entydigt begrepp och därigenom undanträngs alternativa uppfattningar härom. Studien försöker däremot att *kontextualisera* begreppet, där inte bara rättsdogmatiska, men även sociala och filosofiska beroendesammanhang ges utrymme. Det är svårframkomligt, med det finns en väg igenom begreppsdjungeln – eller flera, snarare. Jag anser det viktigt att något klargöra begreppets skiftande innebörder, hur det förhåller sig till andra grundläggande rättsprinciper och hur det relaterar till vår samtid, så att rättssäkerheten även fortsättningsvis kan spela den väsentliga roll den de facto har - och bör ha. I blickfånget står därmed frågeställningen huruvida en fundamental rättsprincip och de ideal det representerar – ideal vilka uppstod under en tid som ifråga om individens förhållande till rätten och statsmakten till stora delar var annorlunda än dagens – fortfarande kan sägas äga giltighet i våra dagar. Det är alltså en problematisering av rättssäkerheten i framförallt två olika rättsliga modeller; en rättsstatlig och en välfärdsstatlig.

I Sverige är den mest ihåggomna rättssäkerhetskontroversen utan tvekan den debatt som följde i spåren av den sk Eko-kommissionens framlagda rapport mot ekonomisk brottslighet från 1984 vari presenterades ett antal kontroversiella åsikter om rättsäkerheten. Denna rapport utgjorde startskottet för ett flertal rättsvetenskapliga och rättsociologiska arbeten, och det är främst i denna flora man finner olika intressanta aspekter på rättssäkerheten. Paradoxalt nog kom turbulensen runt Eko-kommissionen också att utgöra slutpunkten för rättssäkerhetsdebatten i Sverige – medan den alltjämt med oförminskad styrka fortgår i de övriga nordiska länderna, särskilt i Norge och Danmark. Det är också i dessa två länder man finner de mest utförliga bearbetningarna av rättssäkerheten i relation till välfärdsideologin och det är främst i denna norsk-danska terräng jag vill inplacera tematiken för föreliggande arbete.

Som ovan påpekats så kännetecknas såväl sociallagstiftningen som socialrätten av tämligen skilda kunskapsintressen som på olika sätt görs gällande: det rättsliga (styrande rättighetslagstiftning), det sociala (den sociala omvårdnaden), det ekonomiska (resursproblem) samt det politiska (kommunernas självstyrelse). I syfte att klarlägga individens rättighets- och rättssäkerhetsställning framstår det som en angelägen uppgift för detta arbete, att med hjälp av teorier om pluralism exponera denna mångfald av normer och värden som det rättsliga normsystemet konstitueras av. *Området för en tredje problemställning är därmed angivet, med andra ord att teoretiskt söka fånga hur sociallagstiftningens reella resultat är avhängigt andra relativt självständiga normeringsområden.*

De teoretiska verktyg som kommer att användas i denna avhandling, består i att utnyttja den teoriutveckling som skett i områdena för rättspluralism och

²³ Denna 'rättssäkerhetsmytologi' diskuteras i avsnitt 5.7 och 6.1.

rättslig polycentri, som ovan nämnts. Teorierna om rättens pluralism och polycentri kommer emellertid att vidareutvecklas i en särskild riktning, även om denna utveckling givets står i kontrast till den traditionella rättsdogmatikens grunduppfattning om rättens autonomi och enhet. Teorin utgår från att rätten inte besitter en självreglerande autonomi, utan ingår i ett djupt differentierat heterogent värdesammanhang och jag har av olika skäl valt att kalla denna underliggande värdekontext för *polyvalens* – polyvalens kan enklast översättas med *flervärde*.²⁴ Teorin om rättens polyvalens medför, hoppas jag, en ökad medvetenhet om att rätten är sammansatt av motstridiga värden, normer, regleringstekniker, intresediskurser, rationalitetstyper och argumentationsslag etcetera. Tankemodellen kommer att tjäna som heuristisk vägledning för studiens fortsatta framställning både vad avser rättens utveckling, de socialrättsliga spörsmålen liksom de rättssäkerhetsmässiga frågeställningarna. Denna 'splittring' eller pluralism inom rätten behöver inte medföra en försämrad rättsställning för den enskilde i rättsliga delområden; tvärtom kan det vara så att en rigid uppfattning om rättens autonomi och enhet fördjupar värdekonflikterna.

1.3 Ett forskningsmässigt utgångsläge och metodologiskt *fiat*

När ovan antytts att arbetet anlägger ett kunskapsintresse av att undersöka hur sociala rättigheter är möjliga att säkerställa, kan ifrågasättas om ett sådant, på förhand deklarerat, ställningstagande kan rättfärdigas. Det är ofrånkomligt att forskaren kommer till en punkt där en valsituation uppstår mellan olika argumentationslinjer och perspektiv, eller om man så vill skiftande tyngdpunkter *även inom* det rättsdogmatiska området. En sådan forskare, ställd inför sagda valsituation, måste klargöra de inspirationskällor och de perspektiv som präglar forskningsansatsen. Så även undertecknad. Det finns av dessa skäl anledning att vara öppen och redovisa avhandlingens forskningsmässiga ställningstagande. Mer än en allmänt hållen rättsvetenskaplig programförklaring – att ta *sociala* rättigheter på allvar – innebär det i konkret hänseende, att rättighetslagstiftningen inom socialområdet tas *för givet* i viss mening och att det ges argument för vad dess förverkligande rimligen torde innebära, givet ovan nämnda ställningstaganden. Av intresse blir därmed att ställa denna ståndpunkt mot den rättspolitiskt motsatta åsikten, som innebär att det är en i grunden måhända tivelaktig juridisk konstruktion att kommunerna har ('påtvingsats') huvudmannaansvaret för resurskrävande socialtjänster. Utifrån nämnda ståndpunkt undersöks också det inom

²⁴ Gr. *poly*, 'många,' 'flera,' lat. *valens*, 'värde,' 'styrka.' Om polyvalens se kapitel 3.

dogmatiska antagandet att problemet med verkställigheten av sociala rättigheter *enbart* skulle kunna lösas med hjälp av olika mot det allmänna riktade sanktioner. Den förra frågan innebär dock inte, att arbetet fördjupas i de komplexa frågorna rörande den kommunala självstyrelsens gränser eller den kommunala kompetensens skyldigheter. Den senare frågan fördjupar heller inte den allmänna frågeställningen om tillämpningen av olika sanktionsformer.²⁵ I förevarande fall består frågan inte bara av rent rättsliga inomjuridiska regelkonflikter, utan här återfinns grundläggande sociala värde- och intressekonflikter med vidare normativ innebörd. Det finns en rad faktorer som i ena eller andra riktningen motverkar lagstiftningens intentioner, vilka gör att rättens avsedda funktioner försvåras. Det rör sig både om externa faktorer – såsom ekonomisk rationalitet, kommunal självstyrelse med mera – och interna faktorer – såsom vissa ideologiska föreställningar om rätten, uppfattningar om sociala rättigheter, synen på rättssäkerhet med mera. Detta gör frågeställningen om rättens externa motsättningar och interna spänningar i viss mån generell och allmän: alltså i vad mån rätten alls kan nå fram till satta mål, att realisera förväntade intentioner ostört eller hur rätten annars måste understödjas av andra incitament. Detta är ett okontroversiellt rättssociologiskt *credo*.

I denna mening kan avhandlingen måhända betecknas som *ideologikritisk* eller kanske snarare *ideologi-* eller *värdeexponerande*, då jag vill lyfta fram bakomliggande värden i ljuset.²⁶ I så måtto har jag en mission, nämligen att *ifrågasätta tre föreställningar* inom rättsvetenskapen: för det första ideologin om rättens enhet, för det andra förståelsen av rättssäkerhet såsom formell förutsebarhet samt, för det tredje, hävdandet av sociala rättigheters lägre valör. *Omvänt framför jag tre omvärderingar*, nämligen insikten om rättens värdevarianser (polyvalens), rättssäkerhetsbegreppets relativitet (ambivalens) samt de sociala rättigheternas likavärde (ekvivalens).

Det anlagda perspektivet öppnar upp för en rad problematiseringar av de föreställningar som omgärdar juridiken, rättsvetenskapen och rätten. Det är bland annat frågor avseende 'gällande rätt,' legitimitetsaspekter, rättens vetenskaplighet, normstudiet i sig, ontologi, epistemologi, rättens eventuella evolution eller diskontinuitet och så vidare; frågor av vilka det större flertalet enbart kommer att omnämnas i föreliggande arbete, men i övrigt lämnas obesvarade. Jag hoppas kunna återkomma till dessa frågor mer utförligt i andra sammanhang. Jag är fullt medveten om att detta förhållningssätt alstrar fler frågor än svar, men det ligger också i sakens natur: avhandlingen har liksom sitt studieobjekt, för att tala med rättsfilosofen Herbert Hart, en 'open texture.' Mitt arbete är *ett* försök att *finna* (inte besvara) de frågor som är relevanta idag – och för morgondagen.

²⁵ Se emellertid viss anslutande diskussion i 4.6-4.7.

²⁶ Om ideologikritik och ideologibegreppet, se under avsnitt 2.2.3. Se också 2.5 där jag närmare växlar in avhandlingens tematik i den alternativa jurisprudentens spår.

Därmed ock sagt, att jag kommer att peka ut ett antal regioner som är intressanta att problematisera på ett *teoretiskt* plan. Rune Lavin skiljer mellan två typer av rättsvetenskaplig forskning; å ena sidan forskning som söker *fastställa* gällande rätt, å andra sidan en probleminventerande forskning som fokuserar på att *finna* de rättsliga problemen²⁷ – denna avhandling faller inom den senare kategorin. Avhandlingen kan alltså sägas vara problematiserande, till skillnad från ett teorematiserande förhållningsätt; det vill säga, den belyser en problematik och utgår inte från vissa axiom eller teorem om rättens natur eller på förhand givna föreställningar om gällande rätt etcetera.²⁸ Den har, med Peter Westbergs karakteristik, snarare en problem- och intresseorienterad ansats än en regelorienterad sådan.

Den *regelorienterade ansatsen* tar utgångspunkt i en viss rättsregel där rekvisiten omformuleras till de problem som skall behandlas, varefter själva undersökningen följer, styrd av rättskälleläran. I förgrunden skjuts alltså de juridisk-tekniska problem som anknyter till bestämmelsen och innebörden i dess rekvisit. Denna ansats har, hävdar Westberg, ett slutet betraktelsesätt och “har sina klara beröringspunkter med andra sidor av den klassiska rättsvetenskapen, t ex den om att *inte utnyttja och för juridiken bearbeta vetenskapsrön på andra områden*, såsom ekonomi, historia, sociologi och medicin.”²⁹ Ansatsen ställer sig skeptisk till gränsöverskridande grepp. Vad avser problematiken om gällande rätt menar Westberg, att den regelorienterade ansatsen syftar till att precisera *hur* ’gällande rätt’ ställer sig i ett visst rättsområde, men ställer inte frågan *varför* ’gällande rätt’ ser ut som den gör. I detta ligger inbäddat en speciell syn på rätten, hävdar Westberg vidare, nämligen att, “en rättsregel eller ett normkomplex [...] ingår i ett på förhand givet system eller del därav. Systemet antas vara *giltigt* (gällande) i den meningen att det tillämpas och upprätthålles av staten, dess myndigheter och domstolar. Därmed är det också *verkligt* och tillgängligt för vetenskapliga studier. Systemet är ’slutet’ i den meningen att kunskap om dess innehåll skall hämtas ur vissa källor, de sk rättskällorna, och bearbetas enligt en viss uppsättning metodregler. Precis om många andra vetenskaper grundas denna form av rättsvetenskap ytterst på idén [...] att det bara finns *en* värld och *en* kunskap om denna.”³⁰ Konsekvensen av den regelorienterade ansatsen är att “analysen lätt blir präglad av lojalitet mot lagstiftaren (staten). Argumentationsformer som systematisk lagtolkning och begreppsanalys har inte till uppgift att kritisera och riva ner det bestående utan tvärtom att skapa homogenitet och harmoni mellan systemets beståndsdelar.”³¹ Med mer rättsteoretiskt färgad terminologi så har juristen att skapa systematik, enhet och normativ koherens i rättsordningen.

²⁷ Lavin *Är den förvaltningsrättsliga forskningsmetoden rättsdogmatisk?* (1989) s 121f.

²⁸ Om problematisering kontra teorematisering, se Deleuze/Guattari *Nomadologin* (1998) s 77f.

²⁹ Westberg *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 428.

³⁰ Westberg *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 430.

³¹ Westberg *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 435.

En *problem- och intresseorienterad ansats* däremot har som forskningsuppgift faktiska företeelser varpå följer en inventeringsfas som "förklarar vad som är problem i den faktiska företeelsen, vilka intressekonflikter som ger upphov till problemen, vilka intressen som bör beaktas vid problembehandlingen, vilka alternativa eller komplementära problemlösningar som står till buds, hur de skilda lösningarna gynnar eller missgynnar de berörda intressena osv."³² Denna forskningsansats är, i motsats till den förra, öppen, det vill säga "förutsättningslös i så måtto, att dess uppgift är att vidga synfältet utöver den 'gällande rätten' och frigöra argumentationen från rättskällevärdens begränsningar i material- och metodhänseende."³³ Westberg hävdar vidare, att undersökningen emellertid alltid blir "normativ i den meningen att regler i en eller annan mening fastslås, konstrueras, kritiserar eller förklaras (till uppkomstgrund, innebörd, ändamål eller konsekvenser och då ur t ex ideologisk, sociologisk, politisk, historisk eller ekonomisk synvinkel)."³⁴ Den metodologiska konsekvensen blir då "*attityden att ständigt söka alternativa synsätt*" samt att "*jämföra synsättens inbördes samband och motsättningar*."³⁵ Ansatsen har därmed ett *pluralistiskt grepp*. Med tanke på denna avhandlingens tema, behöver knappast nämnas att det 'pluralistiska greppet' framstår som mest gångbart – och sympatiskt.

Ämnet för denna avhandling är således av den karaktären att olika förklaringsmodeller samverkar i syfte att erhålla en adekvat förståelse av de här framställda problemställningarna. Att förklaringsmodellen i förevarande arbete utgår från pluralistisk och polycentrisk teori, avsätter också spår i dess metodologiska anslag: studieobjektets struktur skapar alltså sin metod och teori. Avhandlingen kan kanske närmast påstås vara en interdisciplinär studie med explorativa ambitioner. Huruvida den också når upp till kravet på tvärvetenskapligt patos lämnar jag till läsaren att avgöra – jag tror att rättsvetenskapen av idag måste vara oerhört öppen i såväl metod- som teorifrågor. Detta följer av rättens porositet. Denna syn är emellertid inte alldeles okontroversiell. I syfte att destillera fram den välbekanta 'rena rättsläran' gick rättspositivisten Hans Kelsen en gång i tiden till storms mot den *metodologiska synkretism* som kännetecknade det tidiga 1900-talets rättsvetenskap, alltså att rättsvetenskapen kombinerats med olika vetenskapliga metoder såsom sociologi, psykologi, biologi, etik och psykologi - en styggelse vilken, enligt Kelsen, hotade rättsvetenskapens särart.³⁶ Jag räds inte denna styggelse, utan kalla gärna mitt arbete eklektiskt och synkretiskt – det är enbart en karakteristik av den (post)moderna rätten av idag.

³² Westberg *Avhandlingskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 426.

³³ Westberg *Avhandlingskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 426.

³⁴ Westberg *Avhandlingskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 437.

³⁵ Westberg *Avhandlingskrivande och val av forskningsansats* (1992) s 439.

³⁶ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 8.

1.4 Avhandlingens hemvist och disposition

Huvuddelen av avhandlingen och dess bärande delar är, hoppas jag har framgått, av rättsteoretisk och rättsfilosofisk karaktär och ligger därför nära ett antal frågeställningar som närmast hör hemma inom den allmänna rättslärans domäner. Enligt min mening är det emellertid ingalunda självklart vad denna domän innefattar eller vad den bör inrymma – detta gör det kanske vanskligt att hänföra mitt arbete till just detta ämnesområde, då studien också innefattar rättssociologisk teoribildning och socialrättsliga problemställningar, men det ger också en relativt stor frihet i att något egensinnigt definiera området. Jag menar att disciplinen inte kan begränsas till blott rättsteori i inskränkt mening, utan att den såsom i grunden kunskapsutforskande är gränslös.³⁷ Förhoppningsvis förmår jag genom detta arbete visa på vad allmän rättslära kan vara – eller om inte annat så i vart fall delge min uppfattning om dess potential.

De övergripande syftena i denna extensiva rättsteoretiska mening är att uppmärksamma den samtida diskussionen om rättens mångfald – polyvalens – och relatera den till rättssystemets struktur och funktionssätt. En annan rättsteoretisk infallsvinkel består i en diskussion om epistemologiska och ontologiska föreställningar i rättsteorin, vilket leder vidare till den alltid lika gäckande frågan om 'gällande rätt' och det anslutande problemkomplexet deskriptivitet kontra normativitet. En rättsteoretisk fördjupning utgör också frågan om rättigheternas status och skilda verkningsområden. Ytterligare ett rättsteoretiskt angreppssätt utgörs av en historisk och analytisk studie av rättssäkerhetsbegreppet. En elaborering av rättens mångfald får konsekvenser för normativitetsbegreppet och den relativitet som oundgängligen infinner sig härvid, vilket skapar anledning att något dryfta de koherensteoretiska konsekvenserna. Min uppfattning är att rätten och rättsvetenskapen står inför stora utmaningar idag och min ambition är att lyfta upp några av dessa utmanande tankar och idéer till diskussion. Mitt arbete handlar, främst och i huvudsak, om att försöka *nytänka rättsteorin* – dess egna grundvärden och grundvalar – i en värdepluralistisk kontext och i en mångkulturell värld i allt snabbare förändring. I denna mening är avhandlingen experimenterande då den uppvisar en dubbel gest, å ena sidan överger den vissa givna begrepp och föreställningar, å andra sidan famlar den efter nya uttrycks- och tänkesätt. Jag vill *teoretiskt och principiellt* reflektera över vissa centrala teman inom rättsteorin som här drivs till sin spets och sätts på prov i en omvandlingens tid; rättigheter, enhetsbegreppet, rättssäkerhet, koherens mm. Genom att sätta dem i relation till principiella socialrättsliga frågeställningar blir det nödvändigt att allvarligt bearbeta dessa teman; ja till och med tänka sig igenom dem och komma ut på andra sidan. Det är en teoretisk resa som i mångt och mycket

³⁷ Peczenik menar att studier i allmän rättslära bör innefatta ett flertal olika delasppekter, se *Rätten och förnuftet* (1986) s 30f.

kommer att präglas av att tankar och idéer pressas utöver sig själva. Men jag vill därför också fästa uppmärksamheten på att jag inte kan leverera några patentlösningar eller färdiga svar – det är, enligt min mening, för övrigt heller inte rättsfilosofins primära uppgift, som istället har att söka de viktiga frågorna. Jag hoppas att jag lyckats med detta uppsåt.

En uppfattning jag också hyser är att rättsteori bör ha någon mer utvidgad bäring än att solitärt ägnas åt egna problemställningar och självreflektioner. I detta arbete framgår denna min uppfattning då jag försöker balansera upp den rättsteoretiska tyngdpunkten med inslag av rättssociologisk teoribildning som ger en samhällelig relief åt frågeställningarnas relevans – med andra ord inplaceras de rättsteoretiska resonemangen i några samhällsformer och deras typologier; särskilt rör det sig om rättsstatliga och välfärdsstatliga idékomplex. Denna rättsociologiska överbyggnad syftar till att förklara hur, bland annat, rättighetsteorierna och rättssäkerhetsbegreppet varierat över tid och rum. Liksom rättsteorin behöver rättssociologi, behöver ock rättssociologin rättsteori.

För att förstärka kombinatet rättsteori/rättsociologi har jag, av olika skäl, valt att problematisera några av dess frågeställningar i ett område som i något skede i livet berör oss alla, nämligen socialrätten. Enligt min uppfattning, som jag ovan berört, är socialrätten utsatt för en rad spänningar och rättsliga rörelser i olika riktningar i sådan omfattning att området synnerligen väl lämpar sig som en *illustration* och ett *exempel* till de rättsteoretiska och rättsociologiska problem som nämndes ovan. Med rättsteorins och rättsociologins hjälp vill jag försöka ange den socialrättsliga förändringen och utvecklingen i stora drag, att kasta nytt ljus över dess sammansatthet och de problem som yppat sig i den rättsliga regleringen av de utsatta gruppernas och individernas livsförhållanden. I denna mening kanske man kan tala om en 'rättsidéhistorisk' exposé över socialrättens och samhällets omvandling. Särskilt intressant finner jag det att infoga socialrättens dynamik i den rättspluralistiska teoribildningen: bland annat har Anna Hollander efterlyst en sådan approach vilken jag tagit som något av en uppmaning att vidareutveckla³⁸ – men jag vill för den skull ingalunda påstå att jag har ambitionen att prestera en 'socialrättsteori.'³⁹ Det existerar naturligtvis andra rättsområden, än det socialrättsliga, som också kännetecknas av spänningar och accentuerade motsättningar; det är bland annat arbetsrättens klassiska styrkeförhållanden, avtalsrättens IT-rättsliga globalisering, patenträtten, miljörätten etcetera. Socialrätten är med andra ord inget unikum i detta avseende och jag får be läsaren att själv reflektera över i vad mån de betraktelser som här lanseras är användbara inom andra (rätts)områden. Min förhoppning är, att den analysmetod och teori som

³⁸ Hollander *Rättighetslag i teori och praxis* (1995) s 48ff.

³⁹ Se särskilt Høilunds *Socialrättsfilosofi. Retnlære for socialt arbejde* (2000) i detta sammanhang. Den rättsliga värdegrunden är inte odiskutabel vad avser socialrätten och måhända måste socialrätten byta värdegrund, växla grundprinciper eller till och med utveckla nya skäl – männa läror anpassade till en värld efter välfärdsstaten.

läggs fram här kan visa sig gångbar som en generell teori om rätten och att även andra rättsområden kan analyseras utefter de linjer som här dras upp i vattnet.

De skilda läsarter som används i detta arbete är rättssociologiska, rättsfilosofiska, rättsteoretiska och rättsdogmatiska. Arbetet kan läsas som en *rättssociologisk studie*, eftersom den i flera väsentliga hänseenden anropar rättssociologisk teori; det är, som redan nämnts, framställningen av rättens utvecklingstendenser liksom den därtill relaterade rättspluralismen. Därtill kommer, som sagt, att själva problemställningen, då den fokuserar på förekomsten av andra sociala normer, system och omständigheter, till sin karaktär är bredare än rättsvetenskapen i allmänhet. Arbetet använder *rättsfilosofi* i beskrivningen av hur grundläggande rättsliga och sociala värden genomsyrar rättssäkerhetsuppfattningarna och rätten. En lokalisering av dessa värden möjliggör ett studium av hur de vidareförs in i rättsordningen, ned på konkret lagstiftningsnivå. Genom att vidare renodla dessa skilda värden framträder tydligare kollisionen mellan olika rättsliga modeller. Avhandlingen begagnar *rättsteoretiska* analysinstrument i det att den tar upp den särskilda problematiken med rättens interna struktur samt hur rätten utifrån förut nämnda grundläggande värden ger upphov till viss systematik och sammanhang i rättsordningen. Slutligen har studien i viss mån *rättsdogmatiska* inslag, särskilt i förhållande till det socialrättsliga området.

I *kapitel 2* ges en beskrivning av avhandlingens allmänna teoretiska och metodologiska utgångspunkter. Då arbetet gör anspråk på att vara en kombination av rättsteori, rättsfilosofi och rättssociologi beskrivs här hur de olika analysleden förhåller sig till varandra. Genom några teoretiska distinktioner läggs grunden för en förklaringsmodell för beskrivningen av såväl rättens inre struktur som dess yttre funktioner och utgör därmed basen för nästkommande kapitel. *Kapitel 3* leder problematiken in i dagens rättsteoretiska debatt som fokuserats på att rätten uppvisar tendenser till pluralism och splittring. Kapitlet redovisar olika teorier om rättens 'mångfaldighet,' från rättspluralismens äldre teoribildning över den sk nya rättspluralismen till de mer rättsdogmatiskt inriktade teorierna om rättens polycentri till teorin om rättens polyvalens. I anslutning till detta presenteras olika utvecklingslinjer i rätten och med utgångspunkt i rättsstaten ges en beskrivning av välfärdsstaten, som en historisk epok med vissa rättsliga särdrag. *Kapitel 4* går in på rättighetskonceptionen i rättsstaten, de politiska fri- och rättigheterna, och i välfärdsstaten, de sociala rättigheterna. Kapitlet avslutas med att belysa hur socialrätten förändrats i Sverige, dess förutsättningar och den regleringsteknik lagstiftaren valt, satt i relation till den praxis som utvecklats i förhållande till LSS. Detta kapitel utgör, som beläget i mitten av avhandlingen, en *illustration till* och ett *exempel på* rättighetsdiskursen i ett särskilt område och den pluralistiska situation som kan sägas råda däri. Området genererar en rad rättssäkerhetsaspekter som det faller sig naturligt att ta upp i ett särskilt därpå följande kapitel.

I *kapitel 5* problematiseras så frågan om hur rättssäkerheten vanligtvis förstås i rättsvetenskapliga sammanhang. Utifrån några konventionella definitioner avgränsas rättssäkerheten gentemot andra grundläggande rättsprinciper. En historisk tillbakablick ger den nödvändiga bakgrundsbelysningen åt de olika förändringar som rätten genomgått och som möjliggjorde rättssäkerhetens semantiska ankomst. Kapitlet följer rättssäkerheten i nordisk, men i synnerhet svensk doktrin och särskilt noggrant de skönjbara 'brytpunkterna' i synen på rättssäkerheten. I kapitlet fördjupas analysen av socialrättsliga problemställningar och rättssäkerhet.

Kapitel 6, som avrundar avhandlingen, ger incitament till några försök att uppställa en normativ lösning på rättssäkerhetsproblemen vad avser sociala rättigheter, vartill några synpunkter på hur rättssäkerheten ånyo kan fogas in i rättssystemet ges, med bibehållande av de erfarenheter som tidigare dragits. Avslutningsvis diskuteras en del av den kritik som riktats mot pluralismens risker och faror: det är såväl normativa som metodologiska invändningar. I anslutning här till diskuteras huruvida rättsvetenskapen *helt* kan undvara en strävan efter rättslig koherens, eller om det finns anledning att modifiera vissa grundläggande begrepp.

Avhandlingens teman kommer, med nödvändighet, endast att i någon större utsträckning exemplifieras med handikapplagen och det finns här inte möjlighet för en genomgång av förvaltnings- och socialrättens övriga delområden. Men jag tror inte att analysen för den sakens skull saknar representativt värde, utan den torde bära även i andra liknande områden. Avhandlingen begränsas vad avser konkret lagstiftning även i komparativt hänseende och tar alltså endast upp svenska förhållanden och inte norska, danska eller finska; detta på grund av att det skulle kräva alltför detaljerade och omfattande studier av just de nationella särarterna vad avser den därstädes förekommande rättighetsdiskussionen. Dessutom görs en avgränsning gentemot EG-rätten och dess förhållande till den sociala dimensionens utvecklingstrender, eftersom detta arbete dels behandlar rättighetsdiskursen teoretiskt och principiellt, dels på grund av att LSS utgör blott ett *illustrativt exempel* till de tankar som här utvecklas. Jag tror emellertid att arbetes huvudtankar om polycentri och polyvalens likväl är användbara i ett studium av de sociala rättigheternas ställning inom EU, men ett sådant arbete är en helt annan bok som fortfarande väntar på sin författare.⁴⁰

I ett försök att vara instruktiv används en hel del illustrationer, bilder och figurer. Som alltid lider dessa givetvis av förenklingar och generaliseringar, men i pedagogiskt syfte finner de förhoppningsvis ett berättigande.

Jag vill redan här fästa uppmärksamhet på att arbetet inrymmer en del begreppsbildning som, frånsatt den rättssociologiska, i flera avseenden avviker från

⁴⁰ Se dock avsnitt 3.2.2 nedan.

gängse rättsvetenskaplig terminologi. Att en sådan terminologi används är inte ett självändamål, utan tjänar givetvis ett visst syfte, vilket i denna avhandling består i att utarbeta en teoretisk förklaringsmodell (3.4) som förmår belysa de problemställningar som angetts här ovan. Termerna tjänar därför som begreppsliga redskap och fyller alltså samma funktion som den där stegen man, enligt Wittgenstein, måste kasta bort sedan man klättrat upp på den.⁴¹ I detta ligger min uppfattning att den 'gängse' begreppsbildningen, för avhandlingens syften, upplevs som både begränsad och begränsande – inte bara fakta och empiri är, med vetenskapsteoretisk jargong 'teoriimpregnerade,' utan det gäller även i högsta grad begrepp. Och begrepp kan, åtminstone för mig, aldrig vara neutrala.⁴²

⁴¹ Wittgenstein *Tractatus Logico-Philosophicus* (1982), sats 6.54, s 122.

⁴² Behöver vi fler och nya begrepp? Är det verkligen nödvändigt?' suckar den ängslige. Ja, nödgas jag svara. Dels av det skälet att vissa begrepp är obekväma och 'trånga' satt i relation till det jag vill och försöker få sagt; dels att den filosofiska kreativiteten och dess själva uppgift är att producera begrepp. Kanske har jag tagit Deleuze/Guattari på för stort bokstavligt allvar, när de hävdar att "philosophy is the discipline that involves *creating* concepts," *What is philosophy?* (1995) s 5.

Rättens nivåer

Teoretiska utgångspunkter

Kontrollen över epistemologin är därför livsviktig om dominansen på det ontologiska planet ska bevaras. Därför är också medvetandeböjningen subversiv. Därför anses det också handla om någonting annat – om politik eller 'policy' eller om personlig uppfattning – om juridiken vid något enskilda tillfälle står på de maktlösas sida och den anses då sakna legitimitet.¹

Catharine Mackinnon

2.1 En normindelning

En av 1900-talets största rättsteoretiker, österrikaren Hans Kelsen, inleder sitt monumentalverk *General Theory of Law and State* med följande ord som tämligen koncist uttrycker vad den samtida rättsvetenskapliga debatten kommit att samlas runt:

Law is an order of human behaviour. An 'order' is a system of rules. Law is not, as it is sometimes said, a rule. It is a set of rules having the kind of unity we understand by a system. It is impossible to grasp the nature of law if we limit our attention to the single isolated rule. The relations which link together the particular rules of a legal order are also essential to the nature of law. Only on the basis of a clear comprehension of those relations constituting the legal order can the nature of law be fully understood.²

Kelsen anger – nästan som en programförklaring – med dessa påstående tonen för 1900-talets centrala rättsteoretiska och rättsfilosofiska frågeställningar: *system, ordning, enhet*. Vi lever, vill jag mena, fortfarande under detta av Kelsen

¹ Mackinnon *Plädering för en feministisk rättsteori* (1991) s 18.

² Kelsen *General Theory of Law and State* (1946) s 3.

uttryckta rättsvetenskapliga dominerande paradig, även om vissa antydningar till en uppmjukning av det existerar, liksom mer uttryckliga ifrågasättanden. Jag önskar även med citatets hjälp markera att den moderna föreställningen om särskilt rättens *enhet*, i mångt och mycket kan härledas till de rättspositivistiska teorierna, såväl de tidiga formerna under 1800-talet som i de senare varianterna, där särskilt ovan nämnde Kelsen har en framträdande roll. Denna rättspositivistiska föreställning är stark och fortlever än idag även inom andra rättsvetenskapliga tankelinjer. Det är givetvis även en tro på, att rätten som ett enhetligt, koherent normativt system är särskilt väl lämpat att värdeneutralt lösa sociala konflikter och att styra samhällsutvecklingen i önskvärd riktning. I detta kapitel kommer särskilt påståendet om rätten som en 'ordning' och som ett 'system' att fördjupas. I nästa kapitel granskas följdfrågan, huruvida rätten kan sägas utgöra en 'enhet,' vilket Kelsen och ett flertal moderna teoretiker hävdar.

2.1.1 Rättsregler och rättsprinciper

En person som träder framför lagen och kommer i kontakt med rätten möter en förvirrande mångfald normer av de mest skiftande slag. Han upptäcker troligtvis, som Kelsen hävdar, att "law is an order of human behaviour," men hur skall han förmås att se "the kind of unity we understand by a system"? Rätten består av en vild variation av rättsnormer. Vissa är konkret formulerade i lagtext och lagrum; andra normer är av mer allmänt och generellt slag, ofta framvuxna genom juridisk tradition, sedvänja, praxis och doktrin. Det är vanligt att klassificera de rättsliga normerna i olika slag av generalitet och i skilda klasser, en indelningsgrund som i allmänhet syftar till att bereda plats åt att beskriva både en dynamik och en viss statiskhet inom rätten, det vill säga hur rätten innefattar både stabila och flexibla mönster, vilket i sin tur medger att rätten kan beskrivas och förstås från skilda perspektiv. Rätten eller rättsordningen beskrivs ofta alltså som bestående av det positivrättsliga regelmaterialet: alltså kort sagt, de genom lagstiftning i författningar och förordningar nedlagda lagrummen, den skrivna rätten. Dessa regler har en tämligen precis karaktär och en definitiv tolkningsbar gräns. En uppfattning skulle kunna innebära, att rätten *uteslutande* består av dessa rättsregler – de bedömningar av skiftande karaktär (moraliska, politiska, etiska, etcetera) som går utöver dessa kan, enligt detta synsätt, inte utgöra innehållet i 'gällande rätt' *de lege lata* som rättsreglerna anger. I anslutning till detta perspektiv skapar ett eventuellt tolkningsutrymme dock inga problem: den juridiska metodlärans rättskällelära kan hantera rättsreglernas inbördes motsättningar utan att ta utomrättsliga hänsynstaganden. I de fall ändringar i lagstiftningen synes påkallat, är det inte rättsvetenskapens uppgift att genomdriva *de lege ferenda*-studier, utan det anses vara en uppgift för rättspolitiska ställningstaganden.

Rätten består emellertid inte enbart av rättsregler, utan sedan länge har juridiken laborerat med obestämda, generella och vaga principer såsom skönsregler,

rättsliga standards, vägledande normer, generalklausuler, allmänna rättsgrundsatsar, riktlinjer och tumregler med mera.³ Ställd inför dessa normtyper uppkommer frågan vilka av dem som tillhör kategorin 'gällande rätt.' Tillhör alla dessa skilda normtyper gällande svensk rätt och, i sådana fall, hur låter sig denna komplexitet infogas i rätten? På vilket sätt och vilka indelningsgrunder är viktigast? Och – kanske framför allt – vilka samband råder dem emellan? Det rätts-teoretiska problemet har naturligtvis varit – och kanske fortfarande är – hur dessa vaga principer allmänt skall juridiskt värderas. Hur man kan rädda dessa allmänt hållna, men ändå för juridiken centrala principer – utan att de blir ogiltigförklarade enligt rättspositivismen, objektiva och evigt naturgivna enligt naturrätten eller blott uttryck för icke verifierbara värdeomdömen enligt rättsrealismen – är alltså en central fråga. I nordisk rättsvetenskap är frågan inte obekant. Särskilt välkänd är väl Torstein Eckhoffs och Nils-Kristian Sundbys normindelning i *regler* och *riktlinjer*, där begreppet riktlinjer, i kontrast till regler som *bestämmer* lösningen av det rättsliga problemet, syftar till att ange de omständigheter som bör *beaktas* vid lösningen.⁴ En snarlik distinktion är den av Nils Jareborg föreslagna termen *tumregler* samt de av Ragnar Knoph redan på 1930-talet uppmärksammade *rättsliga standarderna* för att ge en extensiv och ibland utomrättslig bedömningsgrund vid problemlösningen.⁵ Frågan om det är möjligt och lämpligt att uppställa en skillnad mellan mer allmänna generella normer och mer konkreta specifika sådana, har alltså varit uppmärksam i rättsteorin. Att intet är nytt under den rättsvetenskapliga solen, vittnar slutkapitlet i Ole Hansen Rolfsens lilla skrift *Retslærens Begreb* (anno 1836) om, det bär nämligen rubriken 'Om Retsprinciper.'⁶

Särskilt markerad och intensiv blev dock debatten sedan den amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkin till seriös behandling tog upp tråden i sitt numera klassiska arbete *Taking Rights Seriously* (1977) och lanserade en genomarbetad teori i frågan. Den rättsteoretiskt betydelsefulla landvinningen var den av honom införda klassifikationen av rättsnormerna i rättsregler, *rules*, och rättsprinciper, *principles*, kopplad till den vidare samhällsfilosofiska diskussionen om *policies* (samhälleliga handlingsprogram) och individuella rättigheter.⁷ Distinktionen regler/principer baseras på vissa särskiljande drag av olika karaktär, vilka Dworkin exponerar i det amerikanska rättsfallet *Riggs vs. Palmer*. I rättsfallet, som Dworkin anför till stöd för sin teori, gjorde en mördare anspråk på sin testamentslott enligt sitt offers (alltså testators) testamente. Reglerna om testamentarisk succession saknade undantagsregler för denna situation. Detta tvingande domstolen att

³ Se Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) ssk kapitel 11.

⁴ Eckhoff/Sundby *Retssystemer. Systemteoretisk införling i rettsfilosofien* (1991) samt Sundby *Om normer* (1974).

⁵ Jareborg *Regler och riktlinjer* (1979) samt Knoph *Rettslige standarder* (1939).

⁶ Uppgift i Björne *Brytningstiden* (1998) s 117f.

⁷ Se vidare om rättighetsdiskussionen i relation till Dworkin, 4.2.3.

ta ställning genom att hävda att tillämpningen av regler är underkastade allmänna rättsprinciper. Därmed kunde domstolen skapa ett undantag – *en mördare får inte ta testamente efter sitt offer* – från de fastställda reglerna genom att uppställa en ny princip, som innebär att *ingen skall skörda vinning av sin egen orättshandling*.⁸ Dworkins kardinal exempel *Riggs vs. Palmer* visar på det viktiga förhållandet att även om en rättslig frågeställning på ytan liknar en konflikt mellan en regel och en princip, så kan de enskilda rättsreglerna föras tillbaka på en eller flera bakomliggande principer.⁹

1. Dworkin skiljer således mellan regler och principer. Men hur förhåller de sig till varandra? Dworkin menar att en regel, en rättsregel, antingen är tillämplig eller inte tillämplig; den följs eller följs inte. Och vidare, givet två konkurrerande rättsregler kan inte båda vara giltiga i det aktuella fallet. En rättsregel är därmed antingen tillämplig eller ej på ett ”all-or-nothing fashion,”¹⁰ något tredje gives icke.¹¹ Rättsregeln har därmed ett definitivt avgränsningsområde och är därmed direkt applicerbar eller inte på en situation, det vill säga den är konkret på ett sätt som en rättsprincip inte kan vara. Detta utesluter naturligtvis inte att rättsregler är tolkningsbara eller annars oklara i tillämpningshänseende.

2. En rättsprincip – ‘principle’ – däremot är en norm vilken uppställer, eller uttrycker, ett grundläggande eller vägledande ideal som i högre eller lägre grad kan förverkligas. I det rättsliga beslutsfattandet och den juridiska argumentationen kan principer tas i övervägande och ge skäl för att avgöra fallet på visst sätt, men detta behöver inte innebära något slutgiltigt avgörande skäl för eller någon definitiv lösning på det enskilda fallet.¹² I den händelse att principer strider mot varandra är en princip ändå giltig även om den inte tillämpas, eftersom principer kan vägas mot varandra. Detta innebär att, som Dworkin uttrycker det, principer har en aspekt som regler saknar, nämligen vikt(ighet), alltså en ”di-

⁸ Framställningen från Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 23ff samt Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 103ff. Notera dock att detta undantag är reglerat i svensk rätt, ÄB 15:1§.

⁹ Poängen med Dworkins klassifikation är att förklara hur nya principer kan skapas genom nya ’cases’ och hur vissa rättsnormer (principer) äger företräde framför andra rättsnormer (regler) – eller snarare hur en princip kan ’intervenera’ i en regelkonflikt.

¹⁰ Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 24. Regler har en ’allt-eller-intet-karaktär’ enligt Alexy *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985) s 15.

¹¹ Exempel på en typisk rättsregel är BrB 9:1§: *Den som medelst vilseledande förmår någon till handling eller underlåtenhet, som innebär vinning för gärningsmannen och skada för den vilseleddede eller någon i vars ställe denne är, dömes för bedrägeri till fängelse i högst två år.*

Ett annat typexempel är ÄB 10:1§: *Testamente skall upprättas skriftligen med två vittnen. I deras samtidiga närvaro skall testator underskriva testamentshandlingen eller vidkännas sin underskrift därpå. Vittmena skola bestyrka handlingen med sina namn. De skola äga kännedom om handlingens egenskap av testamente, men det står testator fritt att låta dem veta dess innehåll eller ej.*

¹² Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 72.

mension of weight or importance.”¹³ Rättsprinciper är därmed, till skillnad från rättsregler, så att säga optimeringsbara.¹⁴

Det är tillräckligt att blott presentera följande axplock av rättsprinciper för att tydliggöra deras fundamentala roll inom rätten och rättsvetenskaplig doktrin.¹⁵ Inom *straffrätten* återfinns bland andra proportionalitetsprincipen, den straffrättsliga legalitetsprincipen, olika historiskt betingade preventions- och vedergällningsprinciper, uppsåts- och straffmättningsprinciper.¹⁶ *Processrätten* bygger bl a på kontradiktionsprincipen, olika bevisvärderingsprinciper, muntlighets- och koncentrationsprinciper och ‘in dubio pro reo’ osv. Inom *skatteområdet* identifieras exempelvis skatteförmågeprincipen, neutralitetsprincipen, subjekt- och kontinuitetsprincipen och ‘in dubio contra fiscum.’¹⁷ Inom *familjerätten* exempelvis principen om ‘barnets bästa,’ arvs- och bodelningsprinciper och faderskapspresumtionen. *Avtalsrätten* genomsyras av god tros-principen, avtalsfrihet- och partsautonomiprinciper, jämningsprinciper, ‘pacta sunt servanda’ osv.¹⁸ *Förvaltningsrätten* baseras på bl a offentlighetsprincipen, legalitetsprincipen, objektivitets- och likhetsprincipen, partsinsyn och kommunikation osv. Det *socialrättsliga* området är påtagligt präglad av vissa vägledande eller styrande målsättningar om individens deltagande i samhällslivet: centrala rättsprinciper rör bl a integritet och valfrihet jämte autonomiprincipen.¹⁹

Vissa rättsprinciper är, enligt Aleksander Peczenik, fundamentala eller överordnade andra och kännetecknar den *demokratiska rättsstaten*; såsom likhet inför lagen, domstolarnas oavhängighet mm²⁰ – möjligtvis finns här ett kluster av specifika konstitutionella och statsrättsliga rättsprinciper. Vidare kan konstateras principer gällande olika rättskällefrågor, det vill säga *rättskälleprinciper* enligt vilka rättskällorna rangordnas samt skilda *tolkningsprinciper* vid normkollisioner

¹³ Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 26.

¹⁴ ‘Optimierungsgebote,’ enligt Alexy *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985) s 19. Med Aarnios vokabulär utgör de ‘optimization obligations,’ se *Taking Rules Seriously* (1990) s 180. I Peczeniks språkdräkt betecknas de som ‘optimeringspåbud,’ se *Rättsnormer* (1987) s 53. ‘Retningslinjer’ är emellertid bredare än Dworkins principer; Eckhoff menar att principer är exempel på retningslinjer, *Legal Principles* (1994).

¹⁵ Exemplifieringen delvis återgiven från Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 448ff.

¹⁶ Se bl a Frände *Legalitetsprincipen* (1989) och Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992).

¹⁷ Se vidare Pålsson *Inledning till skatterätten* (1998) s 56-64 samt tydligast och mest systematiskt i Gunnarsson *Skatterättvisa* (1996) s 47-55.

¹⁸ Om avtalsrättens vägledande principer se Pöyhönen *Summary* (1988), vilken bland annat explicerar viljefrihet och privatautonomi och avtalsfrihet jämte omsättningens intresse och skälighet, se även Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 182. Se vidare om rättsprincipernas roll Strömholm *Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök* (1988) jämte Åganderätten i *idehistoriskt och internationellt perspektiv* (1988) samt *Näringsfriheten – grundläggande men förbisedd* (1988).

¹⁹ Se Hollander *Rättighetslag* (1995) s 79f och Landelius *Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten* (1996) som undersöker de socialrättsliga principerna om självbestämmande, valfrihet och samtycke ssk avsnitt 1.4. Ävensom SOU 1991: 46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*, som betonar såväl integritet som delaktighet och inflytande s 122-136.

²⁰ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 448.

etcetera.²¹ Även det undflyende och gäckande rättssäkerhetsbegreppet betecknas enligt min mening bäst som en princip.²²

Några exempel vari olika rättsprinciper tydliggörs framkommer i RF 1:1§ i vilken bla legalitetsprincipen klargörs i stadgandets 3 st, 'den offentliga makten utövas under lagarna.'²³ I RF 1:2§ anhopas också olika rättsprinciper.²⁴

Socialtjänstlagens första (portal)paragraf, SoL 1§, är ett ofta anført exempel, varvid en mängd målstadganden och rättsprinciper uttrycks, såsom autonomi-principen, integritetsprincipen, jämlikhetsprincipen, participationsprincipen och så vidare.²⁵

Exempel på ytterligare en rättsprincip är *offentlighetsprincipen* vilken kan uppfyllas i mer eller mindre utsträckning – och utgör en viktig princip som bör beaktas i olika fall. Offentlighetsprincipen utgör en fundamental princip för rättsstaten och betyder i allmänna ordalag, att den statliga verksamheten och beslutsfattandet skall präglas av öppenhet och insyn. Den skall vara publik, det vill säga offentlig, vilket är en för demokratin viktig princip.

3. Principerna varierar i konkretionsgrad, vilket innebär att somliga finns explicit uttryckta ehuru allmänt hållna i lagtext, medan andra är rekommendationer och skäl i juridisk argumentation, i lagstiftning eller rättspraxis.²⁶ Det existerar givetvis principer av olika generalitet, där vissa principer, såsom offentlighetsprincipen, är mer konkreta och tämligen väl avgränsade, medan andra rättsprinciper, som rättssäkerhet och olika rättvisepinciper är mer abstrakta, kanske

²¹ I Peczeniks teori den välkända indelningen i vilka rättskällor som 'skall,' 'bör' och 'får' beaktas, se *Vad är rätt?* (1995) s 213-218.

²² Man kan även tala om rättssäkerhet (som princip) och rättssäkerhetsgarantier (som regler); fortsättning följer i 5.1.6.

²³ RF 1:1§: *All offentlig makt utgår från folket. Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Den offentliga makten utövas under lagarna.*

²⁴ *Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.*

Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet och för en god levnadsmiljö.

Det allmänna skall verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden. Det allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter samt värna den enskildes privatliv och familjeliv.

Etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv bör främjas.

²⁵ SoL 1§: *Samhällets socialtjänst skall på demokratins och solidaritetens grund främja människornas*

ekonomiska och sociala trygghet,

jämlikhet i levnadsvillkor,

aktiva deltagande i samhällslivet.

Socialtjänsten skall under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras social situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser.

Verksamheten skall bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet.

²⁶ Peczenik *Rättsnormer* (1987) s 53.

överordnade och styrande. Inom sfären av principer finns alltså olika typer. Principer är sällan direkt uttalade i lagtext eller formulerade i lagrum, utan utgörs i allmänhet av bakomliggande och djupare rättsliga värden av mer allmän innebörd. Detta ger utrymme för två tolkningar, som jag nedan återkommer till: den ena att principerna *genererar* regler, den andra att regler och rättsliga beslut måste *rättfärdigas* med hänvisning till principer.

2.1.2 Avvägningssituationer

Distinktionen i regler och principer har framförallt visat sig fruktbar när det gäller att bedöma olika former av rättsliga konflikter. Olika typer av avvägningssituationer uppstår inom rätten, där regler och principer står mot varandra i enskilda fall och enligt Dworkin existerar tre olika slags relationer mellan regler och principer: motsättning mellan regler ('regelkonflikter'), motsättning mellan en regel och en princip samt motsättning mellan principer ('principkollisioner').²⁷

a. Dworkin hävdar att giltiga regler inte kan strida mot varandra. I låt säga ett brottmål kan den ifrågavarande tänkta handlingen rubriceras *antingen* som stöld *eller* bedrägeri. Båda lagrummen kan inte behandlas som giltiga på det aktuella fallet. Reglerna kan därmed inte vägas mot varandra, så att den ena värderas ha större relevans. En regelkonflikt kan även avgöras med hjälp av vissa formella kriterier (såsom de klassiska 'speciallag går före generell lag,' 'högre lag går före lägre lag' och 'senare lag går före tidigare lag').²⁸

b. Regler och principer kan, enligt Dworkin, inte strida mot varandra och kan därmed inte heller så att säga vägas. Regler har ingen relevant vikt, eller tyngd, som gör dem adekvata som balansvikter gentemot principer, eftersom en regel inte kan optimeras. En sammanvägning kan, enligt Dworkin, enbart ske mellan principer, icke mellan en regel och en princip. Det är alltså, med exemplen ovan, ogörligt att påstå att regeln om *stöld* strider mot principen om *offentlighet*. Antingen är regeln tillämplig eller inte. Det är inte möjligt att vikta regeln mot principen.

Juha Pöyhönen hävdar emellertid att en sammanvägning mellan en regel och princip mycket väl kan företagas – men på ett *indirekt* vis. Denna sammanvägning sker på så sätt att regelns *ratio* vägs gentemot principen; detta ratio är, enligt Pöyhönen, regelns bakgrundsidéer vilka utgör olika kombinationer av rättsprinciper. Ratio har därmed vikt.²⁹ Det är viktigt att notera vad som här fram-

²⁷ Alexy *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985) s 16ff.

²⁸ Se Tolonen *Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics* (1991a) s 278, Peczenik *Legal collision norms and moral considerations* (1992) s 183. Medan en principkollision innebär en fråga om 'innehållet i rättsordningen' innebär regelkonflikten ett 'innanför-utanför-problem,' det vill säga endera regeln får ge vika, båda kan inte vara giltiga, Alexy *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985) s 19.

²⁹ Pöyhönen *Summary* (1988) s 381. För liknande resonemang se även Eckhoff *Legal Principles* (1994) s 39f.

förs av Pöyhönen: bakom *varje* regel finns ett kluster – ett ratio – bestående av implicita principer som kan lyftas fram. Det vill säga, varje regel låter sig föras *tillbaka* på någon eller ett flertal principer. Jag återkommer strax till detta.

c. Dworkin menar att principer visserligen kan strida mot varandra, men ändå vara vägledande i det enskilda fallet. Den ena principen kan vägas mot den andra och därmed bedömas ha större vikt eller relevans. Vid en bedömning av huruvida en känslig uppgift i en allmän handling bör lämnas ut kan olika principer vägas mot varandra, exempelvis *offentlighetsprincipen* mot *personlig integritet*. Den valda principen – eller det sammanvägda resultatet – ger ett skäl för hur det enskilda fallet bör avgöras. I en principkollision får därför frågan lösas genom en sammanvägning av principernas olika aktualitet och vikt(ighet).³⁰ Peczenik menar att resultatet av en lyckad avvägning mellan principer medför att en yttersta avvägningsnorm kan formuleras, vilken förutsätter att alla relevanta principer avvägts mot varandra. Resultatet, enligt Peczenik, blir att ”den yttersta avvägningsnormen är en regel, inte någon princip. Om den hade varit en princip, skulle man ha behövt fortsätta avvägningsproceduren.”³¹ Detta innebär att ett antal principer kvalitativt kan generera en regel, det vill säga en optimeringskategori kan alstra en binär kategori. Man kan således sluta sig till följande: flera regler kan ge upphov till en princip och sammanvägningen av flera principer ger upphov till en regel. Den förra uppgiften är, enligt Alexy, av rättsdogmatisk art och den senare av rättsteoretisk. Peczenik menar att varje princip är ofullständig utan en komponent; nämligen att den innehåller ett optimeringspåbud som uttrycker själva avvägningsprincipen.³² En rättsprincip måste innehålla två moment; dels själva principens innehåll, dels avvägningsprincipen. Annorlunda uttryckt ligger i själva principen möjligheten till en avvägning som förutsätter en optimering.

En principkollision kan, enligt Dworkin, ge upphov till tre möjliga resultat: för det första att skälen för princip x väger tyngre än princip y; för det andra att princip y väger tyngre än princip x och slutligen att princip x och y väger lika. Den fjärde möjligheten, som Dworkin, enligt Peczenik, bortser ifrån är, att de båda principerna alls icke kan jämföras, att de är *inkommensurabla*.³³ Med andra ord tillhör principerna skilda värdesammanhang eller ’paradigm.’ Problemet är att olika värde- eller kontextberoende principer ofta gör anspråk på tillämplighet i samma rättsliga område. Denna principkollision kan leda till antingen att båda principerna förklaras som icke tillämpliga eller att de måste

³⁰ Peczenik påtalar att principer eller värdeprinciper har en provisorisk, sk *prima facie*-karaktär som inte slutgiltigt bestämmer hur en handling eller avgörande skall avgöras: för att nå fram till ett slutgiltigt etiskt omdöme krävs en avvägning mellan flera principer eller skäl. Om principers *prima facie*-karaktär och teorierna om dessa, se *Vad är rätt?* (1995) och där anförd litteratur.

³¹ Peczenik *Rättsnormer* (1987) s 58.

³² Se vidare Peczenik *Rättsnormer* (1987) s 53.

³³ Peczenik *Rätten och Förnuftet* (1986) s143, *Juridisk Argumentation* (1990) s 219 och *Taking Law Seriously* (1983) s 682f.

underställas en prioritering utifrån något tredje externt värde, en tredje princip. Men en sådan värdeprioritering är, i vissa fall, inte möjlig att genomföra eller att rangordna, eftersom värdeavvägningen inte är hierarkiskt definierbar, utan tvärtom ingår i en 'heterarki.'³⁴ Det slutgiltiga avgörandet innebär att de djupjästifierade värdepreferenserna blir, om inte avgörande, så i vart fall vägledande för att prioritera en princip eller ett kluster av principer. En principkollision har således förmågan (eller, om man så vill: 'bristen') att förbli oförlöst eller måste avgöras på 'paradigmatiska' och interna värdepreferenser.³⁵ Ytligt sett kan detta te sig olyckligt, men principkollisionen är samtidigt ett uttryck för rättens ofrånkomliga flexibilitet – en dynamik präglad av värdekontext, historik och intresse-motsättningar.

En regel har här uttryckts som varande definitiv, medan en princip kan optimeras. Reglernas giltighet är i viss mening därför beroende av den formella tillhörigheten till ett konkret normkomplex, medan principerna baseras på graden av acceptans eller godtagbarhet.³⁶

2.2 Modeller av rättens nivåer

Mot bakgrund av Dworkins distinktion, synes det som om principerna ligger *bakom* eller vistas *jämsides* med rättsreglerna som en mer övergripande tolknings- och förståelseram, öppna för omgivande samhällslig påverkan och i kontakt med moraliska, kulturella värden och mer generella filosofiska idéer. Regler och principer återfinns med andra ord på skilda rättsliga 'nivåer' och för att närmare

³⁴ Peczenik *Taking Laws Seriously* (1983) s 682f.

³⁵ Vilket givetvis inte skall tolkas som rena individuella och personliga preferenser, utan vad som inom vissa ramar är juridiskt och etiskt acceptabelt: det vill säga en i viss utsträckning institutionaliserad eller allmänt accepterad preferens.

³⁶ Enligt Dworkin är reglerna *genetiskt* giltiga, det vill säga giltiga pga formell härkomst, medan principerna är *substansiellt* relevanta, det vill säga pga innehållet. Hannu Tolonen menar att man bör skilja normernas "recognition conditions" från deras "application conditions;" det vill säga giltighet respektive relevans. Giltighet innebär för regelns vidkommande att dess giltighet är underkastad en "(formal) rule of recognition" (jfr Harts 'rule of recognition') medan principen däremot enbart är avhängig en "(substantive) significance" (jfr här Dworkins uppfattning). Den rättsliga relevansen i tillämpningsförfarandet innebär att reglerna kan bestämmas som 'definitiva' medan principer endast är "appropriate to the circumstances in the (actual) situation" enligt Tolonen *Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics* (1991a) s 275. En liknande indelning framför Aarnio som menar att rättsreglerna kan uppfattas som "the focus of the *application* of written law in the system" och att rättsprinciperna uttrycker "the *justificatory* basis to which one can refer in arguing for the 'right' alternative rule," *Taking Rules Seriously* (1990) s 191. Både regler och principer har, enligt sistnämnda uppfattning, deontisk status, men endast principerna har axiologisk signifikans.

fastställa deras inbördes relationer i ett rättsligt normkomplex måste rättens struktur beaktas.

Det är inom rättsteorin inte ovanligt med förekomsten av teorier om olika nivåindelningar, ofta baserade på olika grunder. Klassiska nivåindelningar och tillika starkt hierarkiska sådana framkommer naturligtvis först med de olika naturrättsliga teorierna och kanske särskilt starkt då med Thomas av Aquinos indelning av rätten i olika instanser.³⁷ I den sk begreppsjurisprudensen utkristalliseras 'lägre' och 'högre' nivåer av olika konkretions- och abstraktionsgrad.³⁸ Även inom modern rättsteori och på senare tid har olika typer av 'nivåteorier' blivit allt vanligare: dels olika rättsdogmatiska teorier som söker utveckla hållbara kriterier för koherens och konsistens inom rätten utan att direkt beakta externa giltighetsgrunder;³⁹ dels inom olika 'alternativrättsliga' riktningar med emancipatoriska inslag där nivåindelningen syftar till att påvisa förekomsten av alternativa systematiseringsgrunder för rätten, dess värdekontext och sociala förankring.⁴⁰

Gemensamt och karakteristiskt för de rättsteoretiska nivåindelningarna är särskiljandet av en abstrakt nivå från en konkret nivå inom rätten: skillnaden framhäver att rätten innehåller *både* en systematiserande, ordnande och tolkande nivå *samt* en utifrån denna en systematiserad, ordnad och tolkad nivå. Det finns mer eller mindre lämpliga sätt att uttrycka denna distinktion på, men Aulis Aarnio ger träffande ord åt uppdelningen på följande sätt:

Varje faktisk rättsordning är [...] inexakt, motsägelsefull och innehåller t.o.m. luckor. Därför är det vanligt att man gör en åtskillnad mellan *rättsordning* och *rättssystem*. Rättsordningen kan accepteras som ofullständig, men rättssystemet är till sin natur inte enbart exakt utan det saknar också luckor. Rättssystemet är en sluten enhet.⁴¹

³⁷ Om Thomas av Aquino se Liedman *Från Platon till kommunismens fall* (1999).

³⁸ Så exempelvis von Savigny, Puchta, von Jhering, men även Gerber med flera. Denna nivåindelning låg till grund för den systematiseringsväg (det vill säga att göra rätten till ett system) som sköljde över Europa under 1800-talet, se exempelvis Björnes båda verk *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert* (1984) samt *Nordische Rechtssysteme* (1987) jämte Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) ssk kapitel 1. Nivåindelningen stelnade med utvecklandet av rättspositivismen och blev blott en positivrättslig nivå – dess totala reduktion (ehuru medvetet och explicit uttryckt) kungjordes av Hans Kelsen i teorin om den positiva rätten som en hierarkisk avsatsbyggnad (Stufenbau), med intern systembundenhet som tillräcklig legitimations- och giltighetsgrund, se bla *Den rena rättsläran* (1933).

³⁹ Se exempelvis Krawietz om argumentationsnivåer i *Reasonableness versus Rationality of Law? On the Evolution of Theories in Jurisprudence* (1997), Van der Velden om begreppsnivåer i *The value- and goaldependency of legislation and its methodology* (1987), Frändberg om morfologiska nivåer i *Morphological Levels as a Tool for the General Study of Law* (1997) samt Peczenik om olika justifikationsnivåer i *The Basis of Legal Justification* (1983).

⁴⁰ Exempelvis den alternativa jurisprudence, Critical Legal Studies-rörelsen i USA och Storbritannien, den nordiska legalstrategin med mera, se strax nedan.

⁴¹ Aarnio *Om rättssystemets slutna natur* (1988) s 9.

Den klassiska uppgiften eller kanske problemet för rättsfilosofin – och särskilt för rättsteorin – har varit *hur* dessa två nivåer kan förenas i en motsättningsfri rätt och *om* de bör uppfattas som en *enhet*.⁴²

I det följande anammas Aarnios distinktion i rättssystem och rättsordning eftersom den inte bara är normsystematiskt fördelaktig, utan dessutom kommer att utgöra en viktig förutsättning för att förklara teorierna om rättspluralism och rättslig polycentri samt för att klargöra olika rättsliga rationalitets- och argumentationsmodeller i avhandlingens senare delar.⁴³ För att möjliggöra detta – alltså utvecklandet av en *polyvalent förklaringsmodell* – är det dock angeläget att något precisera eller komplettera indelningen med hjälp av teorier som framför allt de finska rättsteoretikerna Kaarlo Tuori och Juha Pöyhönen lagt grunden till (se 2.2.2) samt ytterligare expandera den i riktning mot externa (enkannerligen rättssociologiska) teorier och indelningar. Grunden och egentligen själva utgångspunkten till en sådan expansion nödvändiggör följande randanmärkning till Aarnios yttrande ovan: i motsats till Aarnio hävdar jag, att inte heller rättssystemet är eller kan vara en sluten enhet – vad som tvärtom kännetecknar *rättssystemet* är att det i högsta grad är (axiologiskt, tolkningsmässigt, normativt etcetera) *öppet*.⁴⁴

2.2.1 Rättsordning

Rättsordningen betecknar fortsättningsvis den regelmassa som uttrycks i lagtext, förordningar, föreskrifter, direktiv och rättspraxis etcetera: alltså de kodifierade rättsreglerna som produkter av lagstiftaren (lagstiftning) och domaren (rättstillämpningen). Rättsordningen innefattar således rättsreglernas struktur i en normhierarki: i detta avseende kan sägas att rättsordningens nivå kännetecknas av Dworkins rättsregler, 'rules,' med den karakteristiska binära logiken, med deras genetiska giltighet osv. Rättsordningen är en *ordnad och systematiserad* nivå av rättsregler. Denna systematik säger emellertid ingenting om rättsordningens eventuella konsistens, koherens eller systemharmoni. En sammanhängande systematik kan endast skapas med hjälp av en överordnad nivå: och här finns flera skilda systematiseringsgrunder att tillgå. Rättsordningen kan till yttermera visso bestämmas som territoriellt avgränsad och exempel på konkreta faktiska rättsordningar är de norska, danska och svenska. Bakom dessa rättsordningar ligger tämligen likartade systematiseringsprinciper och det är möjligt att man i försiktiga ordalag skulle kunna hävda en gemensam nordisk rättskultur såsom uttryckande vissa värdegemensamma systematiseringsgrunder. Denna likartade systema-

⁴² Se kapitel 3.

⁴³ Kapitel 3 resp 4

⁴⁴ Mer om detta nedan och särskilt kapitel 3. Det skall dock erkännas att Aarnio inte heller anser att rätten kan vara slutet: "Drömmen om ett perfekt rättssystem är trots allt bara en dröm. Vi är ju inte mer än människor," *Om rättssystemets slutna natur* (1988) s 16.

tiseringsgrund beror givetvis i sin tur på den relativt likartade sociala utveckling de nordiska länderna genomgått – och den liknande roll rätten har i dessa samhällen.⁴⁵

2.2.2 Rättssystem

a. *Rättssystemet* betecknar i konsekvens med det ovan anförda den *systematiserande och ordnande* nivån i rätten, vilken således systematiserar rättsordningens regelmassa via rättsprinciper, olika rättsliga argumentationsmodeller och utifrån skilda rationalitetskriterier. På rättssystemets nivå kan alltså Dworkins rättsprinciper ('principles') införas vilka bildar ett övergripande system – en systematik av rättsprinciper. Därmed kan denna rättsliga nivå definieras som det axiologiskt djupjustifierande normsystemet. Justifieringen av reglerna sker därför, enligt min uppfattning, alltså inte på *samma* nivå; det är inte enbart den formella tillhörigheten, som avgör reglernas giltighet, utan en djupjustifiering av dessa sker genom principer och andra principiella överväganden av både teoretisk och värderande art.

I och med denna tolkningsfunktion och systematiserande egenskap hos rättssystemet, som utfyller vagheter och oklarheter i rättsordningen, kan det, i motsats till en utpräglat formell rättsordning, betraktas som ett materiellt normkomplex.⁴⁶ Rättssystemet bildar därmed – utifrån vissa principer, värderingar, generella begrepp och teorier – en systematisering av de faktiska rättsreglernas mångfald.⁴⁷ Dessa olika systematiseringsätt och systemprinciper är inte självklart givna, utan tvärtom måste det framhävas att de är sprungna ur skilda historiska och sociala sammanhang, liksom ur en mängd olika rättsliga paradigmer och teorier. Mångfalden av möjliga eller alternativa systematiseringsgrunder gör det därmed såväl praktiskt som teoretiskt problematiskt att hävda förekomsten av *en* framför andra dominerande systemprincip.⁴⁸

⁴⁵ Den här framförda uppfattningen kan givetvis utsättas för kritik. Det är vanligt att en formell ordning för rättsregler – där reglerna utgör rättsordningens kärna – uppfattas som en rättspositivistisk tankemodell. Tolonen är starkare i sin karakteristik emedan han menar, att "rätten är en formell ordning för entydiga rättsregler," se *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* (1993) s 44. Det här anförda uttrycker förvisso en formell uppfattning, men däremot inte en rättspositivistisk (eller rättsformalistisk) tecknad tankefigur, ety en sådan måste innefatta vissa grundläggande ontologiska, epistemologiska och metodologiska antaganden baserade på just rättspositivistisk teori. I detta skede är det tillräckligt att notera att rättsordningen inte skall förstås som mer än det faktiskt konstaterbara positivrättsliga regelmaterial, enär regelnivån icke är nog för ett rättfärdigande av rätten *tout court*.

⁴⁶ Tolonen *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* (1993) s 45.

⁴⁷ Tolonen *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* (1993) s 44f och Peczenik *Juridisk Argumentation* (1990) s 17.

⁴⁸ Detta problem som leder till frågeställningen huruvida rättsordningen därmed motsvaras av ett enda och absolut rättssystem behandlas i kapitel 3.

Ovan åskådliggjordes den konkreta regelnivån med de nordiska ländernas rättsordningar och bakom dem påstods ligga en 'gemensam nordisk rättskultur' såsom uttryckande viss värdegemenskap. I och med antagandet om förekomsten av ett rättssystem är det möjligt att precisera påståendet till att innebära följande; bakom de nordiska rättsordningarna ligger ett tämligen likartat *rättssystem*, med vissa gemensamma kategoriseringsgrunder, teorier och rättsprinciper. I en vidare bemärkelse kan rättssystemet vara än mer omfattande, måhända västeuropa har ett grundläggande rättsarv som utgör grunden för ett gemensamt rättssystem av likartade rättsprinciper, kanske Europa och USA bildar ett rättssystem, medan vissa länder påverkade av islam bildar ett annat rättssystem osv.⁴⁹ Till skillnad från rättsordningen är det alltså inte nödvändigt att rättssystemet, i den här anförda betydelsen, är territoriellt avgränsat.⁵⁰ Tilläggas bör att svensk rätt, liksom varje annan nationell rätt, består av *både* rättsordning *och* rättssystem. Båda nivåerna är nödvändiga för rättsförståelsen.

b. I och för sig kan ifrågasättas av vilka skäl termerna rättsordning respektive rättssystem används på det här anförda sättet, när det kanske finns andra sätt att beskriva rätten. För *det första* och mer allmänt, är nackdelen med att enbart arbeta utifrån ett rättsligt begreppsplan, säg rättsordning, att frågan om rättsvetenskapens 'egentliga' arbetsuppgift tenderar att reduceras till blott *de lege lata*-studier av det positivrättsliga materialet.⁵¹ Alla nivåindelningar som ligger utanför detta, således även djupare förankrade rättsprinciper, kan då avfärdas som icke-rättsligt material eller ideologi i negativ mening. Detta leder till en, enligt min mening, alltför snäv rättspositivistisk rättsdogmatisk metod; rättsdogmatiken behöver inte välja den vägen. Jag försöker alltså påvisa att det är möjligt – och kanske också nödvändigt – att styra i en annan färdriktning. För *det andra* vill jag påpeka att jag är medveten om att det här presenterade stipulerade förslaget om en terminologisk redefiniering måhända avviker från gängse rättsvetenskaplig

⁴⁹ I det komparativa rättsstudiet är det vanligt att indela världens rättssystem i olika 'rättsfamiljer.' Zweigert/Kötz *An Introduction to Comparative Law* (1992) räknar med den romerska rätten, den germanska, den anglo-amerikanska, den nordiska, den socialistiska rätten samt andra rättsfamiljer, såsom fjärran östern, den islamiska och den hinduiska rätten. Se även David/Brierly *Major legal Systems in the World Today* (1985) med indelningar i 'romano-germanic,' common law, socialistiska rättsfamiljer samt andra rättsfamiljer (islam, Indien, Kina-Japan och Afrika). Notera dock Da Cruz's synpunkter på indelningsgrunderna av rättssystemen i olika familjer, ssk kap 2 (s 33-42), *Comparative law in a changing world* (1999): Da Cruz själv indelar rättssystemen i fyra familjer; det kontinentala civil law systemet, det engelska common law systemet, EG-rätten samt 'socialist law and other types of legal systems' därunder bl.a. Kina och Japan. Se även Bogdan *Comparative Law* (1994) för liknande indelningsgrunder och för intressanta resonemang om den komparativa rättens problem, ssk kapitlen 3-8.

⁵⁰ Att heller inte rättsordningen med nödvändighet behöver vara territoriellt bestämd kommer att framgå i kapitel 3.

⁵¹ Jfr Minkinen *Rätten som humanvetenskap eller den gemensamma lidelsen* (1994) s 24 om 'juristik' samt Töllborg *Till Mia* (1997) s 78ff som benämner detta för 'regelvetenskap' eller 'regelkunskap' till skillnad från *rättsvetenskap*.

terminologi. Men det är inte så mycket det att innebörden av termerna innehållsmässigt preciserats som möjligtvis ger en annorlunda tolkningsram, utan snarast den omständigheten att begreppen rättsordning och rättssystem ofta används som synonymer i svensk rättsvetenskap. Jag menar att detta inte bara är en terminologisk fråga, utan fastmer en fråga om olika struktur- och normnivåer, som rättfärdigar begreppsapparaten. I kontinental rättsteori särskiljes ofta rättsordning från rättssystem, även om meningarna om vad som faller inom den ena eller andra kategorin naturligen är delade. Av denna anledning synes en viss frihet att använda termerna rättsordning och rättssystem på det sätt som angivits icke obehörig.⁵²

Det är naturligtvis möjligt att se på och framförallt bemöta indelningen i rättsordning och rättssystem, liksom på normindelningen, utifrån andra perspektiv, än det som här förespråkas. Från ett naturrättsligt perspektiv skulle det kunna hävdas, att dualismen, om man så vill, inom den rättsliga sfären i en rättsordning och ett rättssystem bär genuin naturrättslig prägel. Det är möjligt att hävda detta, under förutsättning dock att rättssystemet kan påstå uttrycka naturrättsligt grundade värden av mer permanent och allmängiltigt slag. Rättsprinciperna skulle utgöra det allmänmänniska innehållet i ett likaledes allmängiltigt rättssystem.⁵³ Men syftet är, som ovan sagts, något helt annat.

En rättspositivist skulle antagligen mena att delningen av rätten i rättsordning och rättssystem, inte hindrar att rättsordningen som en formell regelstruktur är ett utslag av rättspositivism. Rättsreglerna (rättsordningen) justifieras enligt denna tankegång med hjälp av inomrättsliga principer (rättssystemet) – det vill säga rättssystemet och rättsprinciperna avviker inte från det som är möjligt att konstatera med ett rättspositivistiskt synsätt, de ingår med andra ord i betydelsen av 'gällande rätt.' Då jag menar att rättssystemet är 'öppet' i den ovan anförda bemärkelsen kan en rättslig teori inte vara rättspositivistisk med mindre att denna rättssystemets öppenhet försluts, eller annorlunda uttryckt, när rättssystemet förstås som blott en formell giltighetsnivå eller – med min terminologi – när rättssystemet sammanfaller med rättsordningen, liknande Hans Kelsens formella sk grundnormsteori eller Herbert Harts igenkänningsregler (och kanske särskilt 'den inre synvinkeln').⁵⁴ En rättsteori som applicerar den anförda distinktionen blir rättspositivistisk när rättfärdigandet av rättsreglernas giltighet sker enbart på grund av deras formella och positivrättsliga tillhörighet till en rättsordning alternativt att rättsprinciper förstås i den mest inskränkta juridiska mening som kapat alla (kausala eller påverkande) samband med andra moraliska, religiösa, kultu-

⁵² Om olika sätt inom rättsteorin att förstå det begreppsliga valet mellan 'legal order' och 'legal system,' se Ost/Van der Kerchove *Legal System Between Order and Disorder* (1994) s 3-6.

⁵³ Ett exempel på en sådan naturrättsligt präglad uppfattning, framförs av Bjarup s 144f som jämför Dworkins rättsregler och rättsprinciper med Montesquieus och Kants teorier, se Bjarup/Dalberg-Larsen *Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab* (1994).

⁵⁴ Såsom de framläggs i Kelsens *Den rena rättsläran* (1934) respektive i Harts *The Concept of Law* (1961/1981).

rella, politiska eller liknande principer av mer allmän karaktär. Rättspositivism innebär i denna mening samtidigt en reduktion av rättssystem till rättsordning och av principer till regler. Denna reduktion exkluderar självfallet varje ansats till etiska, politiska, sociala eller liknande yttre icke-rättsliga analys- och förståelsegrunder. Samtidigt medför det en reduktion av rättsfilosofisk teori till rättsdogmatisk metod. Denna rättspositivistiska invändning – eller reduktion – är naturligtvis främst tydlig i den sk begreppsjurisprudensen med sådana företrädare som von Gerber och von Jhering. Den senares sk naturhistoriska metod innebär att från en lägre nivå omarbete rättstoffet (rättsatser) till ett högre tillstånd av element och kvaliteter. Det innebär att rättsregler blir rättsinstitut/rättsbegrepp. Den naturhistoriska metoden medför alltså att rättsvetenskapen höjer sig från en lägre nivå (lägre jurisprudence) till en högre nivå genom en produktiv bearbetning och inte blott receptiv tolkning som är typisk för den lägre nivån. Genom den naturhistoriska metoden blir rättsvetenskapen en produktiv disciplin, som innebär att den högre jurisprudence t.o.m skapar 'rättstoffet.' Detta innebär att rättsvetenskapen är fullständigt hänvisad till sig själv och att den kan förekomma praxis, det vill säga vara oberoende av denna. Den naturhistoriska metoden leder till att rätten uppfattas som *ett* system eller som *en* nivå.⁵⁵ Liknande invändningar av rättspositivistisk art gentemot nivåindelningen, riktas generellt av rättspositivister, alltifrån Kelsen, Hart och Raz med flera och är starkt kopplad till föreställningen om rättens enhet. Jag spar denna fråga till nästkommande kapitel, där särskilt enhetstanken ventileras.

En invändning, som ofta riktas mot Dworkin och som ansluter till den rättspositivistiska kritiken, består i att rättsprinciperna syftar till att formellt legitimera eller rättfärdiga den positiva rätten, oavsett dess innehåll. Dworkins 'öppning' av Harts rigida rättspositivistiska system har alltså setts som ett försök att, tvärt emot intentionerna, *rädda* just rättspositivismen. Rättsprinciperna blir med andra ord, de medel med vilka etiskt, moraliskt eller socialt förankrade värden kan underordnas den formella rättsordningen och därigenom förrättsligas eller *juridifieras*.⁵⁶ Det innebär att uppdelningen i regler och principer skulle vara ett uttryck för en pseudo-rättspositivism. Det problematiska här, är givetvis Dworkins teoretiska hypotes eller normativa tankeexperiment om domaren Hercules, *Judge Hercules*, som besitter all den tid och all den kunskap som behövs för att finna ett rätt svar på varje rättsfråga, genom att nå fram till den sk mest välgrundade rättsteorin.⁵⁷ Det är denna *metafor* som tenderar att göra Dworkin till rättspositivist, inte själva uppdelningen i regler och principer som sådan. Hercules är inkilad mellan

⁵⁵ Om Jhering och begreppsjurisprudensen i övrigt, se Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) s 79-82.

⁵⁶ Jfr här Coleman som uttryckligen förespråkar just detta i sin variant av rättspositivism – den sk 'inclusive positivism' eller 'incorporativism,' se *Authority and Reason* (1996). Se även Waluchows *Inclusive Legal Positivism* (1994).

⁵⁷ Om Dworkins lansering av *Judge Hercules*, se Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 105ff.

rättsordningen och rättssystemet – det vill säga om man applicerar min modell på Dworkin – men då reduceras rättsordningen respektive rättssystemet till skilda ontologiska nivåer inom rätten med Hercules som en epistemologisk (egentligen metodologisk) tolkningsnivå. Distinktionen är utan tvekan rättspositivistisk om Hercules-hypotesen accepteras. Det sistnämnda medför att Dworkins programförklaring ”I want to make a general attack on positivism”⁵⁸ i en kringgående spiralrörelse förvänder till en mer sofistikerad (hermeneutisk) rättspositivism. Kanske bör Hercules förpassas dit han hör hemma: ”till myternas, drömmarnas och de värdeobjektivistiska filosofernas himmel.”⁵⁹

En annan invändning som torde kunna riktas mot rättssystemets, så att säga, ’värdefullhet,’ är att det baseras på rättsprinciper som är uppenbart värdebemängda. En rättsrealistisk kritik (à la Hägerström, Lundstedt och Olivecrona samt Ross) riktar in sig på att värden inte utgör ett realistiskt, det vill säga vetenskapligt verifierbart, inslag i rättsordningen. Dessa värden – rättsprinciper – skulle inte kunna vara föremål för rättsvetenskapen. För det första kan replikerat att den moderna vetenskapen rent allmänt sprungit ifrån Uppsalaskolans numera föråldrade vetenskapssyn. För det andra kan invändas mot dem, att värden och särskilt här rättsprinciper trots allt kan påstås existera, det vill säga ha fundamental relevans, inom det juridiska ’paradigmet’ – det är således meningsfullt att beakta och behandla värden som en del av rätten, oaktat att dessa utåt, enligt den äldre rättsrealismen, saknar vetenskaplig positivistisk sanningshalt. Dessutom försöker detta arbete visa att rättsprinciper inget annat är, än juridiska översättningar av samhällseliga värden och beteenden, som då åtminstone är empiriskt åtkomliga i en samhällsvetenskaplig mening.

Till sist finns det anledning att nämna något om indelningens förhållande, och särskilt rättssystemets relation, till sk systemteoretiska rättsteorier. Systemteorin – som alltså inte skall associeras med användningen av termen rättssystem i den här avhandlingen – som den inom rättsteorins område utvecklats av framförallt Niklas Luhmann, skiljer sig på flera sätt från den modell som hittills presenterats. För det första utgår systemteorin från rätten som en sluten enhet som bevarar sin enhet genom vissa autonoma selektionsmekanismer; rätten upprätthåller sin stabilitet genom att exkludera vissa värden och omgivande faktorer som bestämmande på dess funktion. För det andra erkänner systemteorin ingen vidare uppdelning av rätten i olika nivåer, liknande dem som här föreslagits, utan betraktar rätten som en, visserligen differentierad och segmentiserad, enhetlig homogen diskursiv komplexitet. För det tredje är ett centralt kännetecken att rätten just avgränsar sig

⁵⁸ Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 22.

⁵⁹ Peczenik *Juridisk Argumentation* (1990) s 212. För denna kritik av Dworkin se Douzinas/Warrington *Postmodern Jurisprudence* (1991) s 24. Se också Peczenik *Rätten och Förnuftet* (1986) s 141, som observerar detta rättspositivistiska anslag hos Dworkin vad avser möjligheten till ’one right answer.’ Jämför också Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 117ff; Tolonen *Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics* (1991a) s 13 samt Sampford *The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory* (1989) s 87ff.

från värden av olika slag genom den egna selektionen: värden skall således inte intervensera i det rättsliga systemet eller åtminstone enbart sådana värden som bedöms vara systemkonforma. En syn på rätten som enbart bestående av *en* nivå kan, för det fjärde, heller inte skilja mellan rättens olika funktioner.⁶⁰

c. Syftet med distinktionen i rättsordning/rättssystem består fortsättningsvis i att belysa hur rättsprincipernas värdeförankring och rättssystemets kontextuella beroende är tidsmässigt relativa och historiskt kontingenta – *rättssystemet uttrycker en rättslig systematik av samhällsbundna värden och principer, det är per definition värdeöppet och kontextberoende*. Genom växelverkan och ömsesidig påverkan mellan nivåerna följer även att rättsordningen är värde- och kontextberoende visavis rättssystemet, som senare åskådliggörs.

En uppdelning av rätten i en *rättsordning* och ett *rättssystem* är emellertid inte tillräcklig för att förklara rättens växelverkan med samhället och sociala idéströmningar: alltså dess kontextuella beroende, tidsmässiga relativitet och historiska kontingens. En fördjupning krävs här, som tillåter ett utrymme för denna koppling. En sådan fördjupning av nivåindelningen påträffas särskilt utvecklad bland företrädare för den så kallade *Alternativa Jurisprudensen* i Norden samt förespråkare för den sk *Critical Legal Studies-rörelsen* i Storbritannien och USA.⁶¹ Att dessa rörelser eller teoretiska riktningar har analyserat rätten utifrån olika nivåindelningar har samband med både ideologikritiska inslag och emancipatoriska strävanden som drivit dem; nämligen att dels påvisa vilka intressen och maktaspekter som påverkar rätten i olika avseenden och på olika nivåer (och som rätten därigenom fastställer och innehåller), dels att efter de emancipatoriska målen omdirigera rättens riktning och utveckla en juridik som tar hänsyn till dessa värden. Detta kräver en observans om var, alltså på vilka nivåer, värdeförändringar sker och därmed möjliga att påverka.

I Norden har särskilt den finska rättsvetenskapen varit framträdande i att laborera med nivåindelningar och i det följande nämns de två mest framträdande representanterna – Juha Pöyhönen och Kaarlo Tuori. Hos den förstnämnde lanseras en indelning av rätten i rättsordning, rättssystem samt (bak)grundstruktur.⁶² *Rättsordningen* motsvarar i Pöyhönens konception det konkreta rättsmaterialet, det vill säga lagstiftning och rättspraxis. Denna normativa helhet, det vill säga rättsordningen och dess förändringar, ger impulser till en viss systematik. Enligt

⁶⁰ I övrigt om denna fråga bör särskilt framhållas Luhmann *The Unity of the Legal System* (1988a).

⁶¹ För en överblick, se Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (1988) samt Sandgren *En social avtalsrätt? Del I/II* (1992-93), Wrangé *En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folkrätten* (1990-91) och Pöyhönen *The Critical Legal Studies Movement – alternativ rättsdogmatik i USA* (1985).

⁶² Se Pöyhönens engelska *Summary* (1988) till avhandlingen *Sopimussoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* [Avtalsrättens system och jämkning av avtal]. Pöyhönens finska termer finns i svenskspråkig återgivning i Tuoris framställning i *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988).

Pöyhönen kan det rättsliga normkomplexet – rättsordningen – i sig alltså inte uttrycka en fungerande normativ helhet utan måste transformeras till rättssystem. Normmassan struktureras till en systematisk helhet – ett *rättssystem* – enligt vissa rättsområdesspecifika modeller inom enskilda rättsområden, som innehåller grundläggande begrepp, dogmer och konstruktioner.⁶³ Dessa modeller utpekar således de vägledande principerna inom det aktuella rättsområdet: i avtalsrätten kan man således tala om olika styrande modeller, såsom tillitsmodellen och viljemodellen. Modellerna måste också rättfärdigas, deras djupjustifiering består i att dess värden och mål förankras i samhällets (*bak-*)*grundstruktur*. Pöyhönen menar att normerna kan skiktas i tre motsvarande nivåer; *regler*, *principer* respektive *paradigm*.⁶⁴ Pöyhönen vill visa hur det rättsliga 'råmaterialet' (reglerna) justifieras genom principer och hur principerna i sin tur justifieras genom bakomliggande paradigmatiska bakgrundsschemata. Varje 'högre' nivå är, så att säga, systematiserande och syftar till att tolka och lösa den 'lägre' nivåns interna mötsättningar.

Kaarlo Tuori har i en rad arbeten vidareutvecklat bilden av rättens komplexitet. Tuori menar att rätten inte bara skall förstås som ett kulturellt-normativt fenomen, som en 'rättsordning,' utan också som en 'samhällelig-rättslig praktik' – till det förra sluter ett internt deltagande rättsvetenskapligt perspektiv, till det senare ett yttre iakttagande samhällsvetenskapligt perspektiv.⁶⁵ På ett sätt liknande Pöyhönens, har Tuori skiktat rättsordningen, alltså den normativa rättsaspekten, i de tre nivåerna 'ytnivå,' 'rättskultur' och 'djupstruktur'.⁶⁶ *Rättens ytnivå* betecknar det 'normativa råmaterialet,' det vill säga enskilda bestämmelser, domstolsavgöranden och rättsvetenskapliga norm- och tolkningsställningstaganden, det vill säga faktiska rättsliga regleringar och tillämpningsavgöranden eller med andra ord lagstiftning och rättspraxis. Denna nivå, i ett tillstånd av ständig rörelse, utgör så att säga studieobjektet för rättsdogmatikens tolkande och systematiserande verksamhet: rättens ytnivå befinner sig inom nationalstatens gränser. Under den synliga ytan finns *rättskulturen*, varmed Tuori avser "den expert- och elitkultur som juristkåren företräder," det vill säga den för tillfället rådande rättskulturen i den professionella rättsideologin: denna rättskultur innefattar ett juridiskt systematiseringsarbete av allmänna läror, grundbegrepp och rättsprinciper. Rättskulturerna, som inte är territoriellt bundna, förändras långsammare än ytnivån, men snabbare än det underliggande skiktet, *rättens djupstruktur*. Djupstrukturen är en del av samhällets relativt stabila grundstruktur och innehåller, enligt Tuori, grundläggande rättskategorier, fundamentala

⁶³ Pöyhönen *Summary* (1988) s 381.

⁶⁴ Pöyhönen *Summary* (1988) s 383.

⁶⁵ Tuori *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 9f.

⁶⁶ Tuori *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 11f. Motsvarande tankar finns även, med vissa variationer, uttryckta i *Kant och rättsvetenskapens tidlöshet* (1997) samt i *Towards a Multi-layered View of Modern Law* (1997). I några tidigare arbeten benämndes nivåerna 'lagform,' 'rättsideologi' respektive 'rättsform,' se *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 186 samt *Två tolkningar av rättens evolution* (1987) s 50.

normativa principer och specifika rationalitetstyper; det vill säga den anger förutsättningarna för det rättsliga tänkandet självt, alltså dess epistemologiska grunder. Tuori förstår rätten som en vertikal instans vilken skär genom samhällets olika horisontella nivåer;⁶⁷ det vill säga förmedlingen av rättsordningens olika nivåer sker av de samhälleliga-rättsliga praktikerna.⁶⁸ Tuori urskiljer flera olika förhållanden mellan nivåerna, bl a ett *sedimentationsförhållande* där händelser på ytnivån avlagras i såväl rättskulturen som i djupet och ett *justifikationsförhållande* där domstolsavgöranden på ytnivån justifieras av rättsprinciperna i rättskulturen, vilka i sin tur rättfärdigas av djupstrukturens fundamenta. Tuori nämner även ett dubbeleggat *konstitutions-* och *avgränsningsförhållande* i den rättsliga djupstrukturen; det förra anger under vilka normativa förutsättningar eller paradigm ny lagstiftning och tolkning kan ske, det senare utesluter ('normativ censur') å andra sidan vissa alternativa rättsliga tänkesätt. I rätten föreligger alltså såväl utrymme som begränsning, såväl möjlighet som nödvändighet.⁶⁹ Tuoris uppfattning innebär att rätten är ett normativt system relativt väl avgränsat från andra sociala normsystem inom den samhälleliga strukturen.

Roberto Unger – företrädare för *Critical Legal Studies-rörelsen* i USA – indelar rätten och rättsanalysen i tre nivåer, liknande Pöyhönens.⁷⁰ Den *konkreta* nivån innehåller auktoritativa regler och prejudikat; den *mellanliggande* nivån betecknar principer, motprinciper och målsättningar; den *bakomliggande* nivån utgörs av empiriskt-normativa bakgrundsschemata. Detta bakgrundsschema är en del av samhällets grundstruktur, den sk *formativa kontexten*.⁷¹

Både Tuoris, Pöyhönens och Ungers indelningar leder stegvis bakåt, från en konkret nivå via en mer abstrakt nivå till en rättsligt 'diffus' nivå, vilken står i förbindelse med en omgivande verklighet.⁷² Intressant är följaktligen att se hur

⁶⁷ Tuori *Två tolkningar av rättens evolution* (1987) s 50.

⁶⁸ Tuori *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 12f.

⁶⁹ Tuori menar, såvitt jag kan bedöma, att konstitutions- och avgränsningsförhållandet på rättsens djupstruktur alls icke utesluter möjligheterna till rättslig kritik, tvärtom erbjuder den "djupstrukturella nivån [...] en rättspositivistisk intern, icke-godtycklig måttstock, enligt vilken fenomenen på ytnivån, såsom de enskilda bestämmelserna eller domstolsavgörandena, kan kritiseras normativt," *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 13. Tuori har, vilket otvetydigt framgår, valt att benämna denna immanenta kritik i sitt program för *kritisk positivism*.

⁷⁰ Unger *The Critical Legal Studies Movement* (1986) s 17, 289; se även Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 187.

⁷¹ Unger *Social Theory: Its Situation and Its Task* (1987a) s 151f.

⁷² En intressant jämförelse av rätten i olika nivåer presenterar Van der Velden i *The value- and goaldependency of legislation and its methodology* (1987). Van der Velden uppfattar rätten både som ett *begreppsligt* system (CLS: conceptual legal system eller en juridical conception of law) och som ett *socialt* system (SLS: social legal system eller en social conception of law). CLS kännetecknas av – utöver regler och normer – värden, mål och principer och synes motsvara den interna rättsanalysen (det vill säga rättsordningen och rättssystemet); CLS är dessutom deontologiskt, axiologiskt och teleologiskt begreppsligt bestämt. SLS är rätten betraktat ur en extern synvinkel som ett fungerande socialt system. För att ett SLS skall kunna existera krävs att CLS har vissa värden gemensamt med antingen SLS eller ett annat socialt system. Denna distinktion möjliggör, enligt Van der Velden, att man kan tala om rätten

ovannämnda forskare uppfattar grundstrukturen och djupstrukturen: det vill säga i vilken kontext de är förankrade. Av intresse är att se närmare på Pöyhönens och Tuoris modeller. Pöyhönen återför de avtalsrättsliga modellerna på olika samhällsliga strukturer: den äldre viljemodellen ('will paradigm') och tillitsmodellen ('reliance paradigm') kan båda föras tillbaka på det rättsstatliga paradigmet. I det förra fallet härleds djupjustifieringen ur föreställningen om individens frihet och fria vilja, varigenom hon blir bunden av ingångna kontrakt. I det senare, är parten bunden pga den tillit motparten visar; djupjustifieringen härleds ur tankar om ekonomisk effektivitet och omsättningens intresse, det vill säga effektivitet förutsätter kontraktuell tillit. Dessa avtalsmodeller får genom det välfärdsstatliga paradigmet konkurrens av en skälighetsprincip ('justness' eller 'justice'), vars djupjustifiering återfinns i en uppfattning av rättvisa som social praktik eller balans.⁷³ Tuori å sin sida har bla explicerat grundläggande rättigheter och demokratiprinciper som väsentliga moment av rättens djupstruktur både i rättsstaten och välfärdsstaten.⁷⁴

Jag vill mena att Tuori och Pöyhönen framförallt betonar djupstrukturens samband med samhället från den interna synvinkeln emancipatoriska möjligheter; det vill säga djup- respektive grundstrukturen ses från ett rättsligt perspektiv (kontraktmodeller respektive rättighetsaspekter). Det är med andra ord den mer inom(rätts)vetenskapliga uppfattningen av rättens roll i samhället som emfaseras, även om – vilket naturligtvis är fundamentalt – det sker med emancipatoriska och kritiska förtecken. Det är, menar Tuori och Pöyhönen, möjligt att omfördela det rättsliga råmaterialet på ytnivå resp rättsordning, då djupstrukturen redan finns som immanent systematiseringsalternativ – det vill säga, elementen för en omsystematisering finns redan rättfärdigad *inom* systemet. Dessa aspekter presenteras i följande illustration.

Figur 2.1

Tuori	Pöyhönen	Unger
Rättens ytnivå	Rättsordning/regler	Regler/prejudikat
Rättskultur	Rättssystem/principer	Principer/'policies'
Rättens djupstruktur	Grundstruktur/paradigm	Formativ kontext

(SLS) som innehållande icke-begreppsliga moment, det vill säga rent empiriska faktiska förhållanden.

⁷³ Pöyhönen *Summary* (1988) s 382. Se vidare Wilhelmsson *Avtal och jämlikhet* (1997).

⁷⁴ Tuori *Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården* (1993).

2.2.3 Normerande system, rättsfält och rättsnormer

Komna så långt, kan konstateras att rätten innefattar såväl ett systematiserande och tolkande *rättssystem* som en systematiserad och tolkad *rättsordning*. Distinktionen är motiverad ur ett internt rättsvetenskapligt perspektiv, men har emellertid enbart betraktat de rättsliga normerna ur ett internt rättsligt perspektiv och möjligheten att ur en rättsvetenskaplig synvinkel strukturera rätten. Det är möjligt att gå tämligen långt i att finna rättsdogmatiska alternativ, men jag skulle vilja vidareföra och precisera Tuoris och Pöyhönens idéer. Även om de har påvisat djupstrukturens existens och även elaborerat vissa av dess värdemotsättningar, menar jag att djupstrukturen måste förankras mer grundligt i sociala teorier. För att kunna påvisa djupstrukturens förankring och förändring i en samhällelig kontext, är det nödvändigt att kunna identifiera den med hjälp av kompletterande teoribildning. Det är denna rättens sociala kontextualisering som jag menar bör utvidgas med en mer utpräglad rättssociologisk infallsvinkel – den saknar jag i de ovan nämnda teorier.⁷⁵ Icke desto mindre är det givetvis centralt att Tuori och Pöyhönen pekar ut den region där rätten ingår i ett komplext djupstrukturellt meningssammanhang med vissa styrande rättsliga paradigmer. Men då de inte gör mer än detta – alltså anger regionens plats – måste rättens status och närmare bestämning i en social kontext preciseras. Och skall rätten uppfattas i *detta* sammanhang, där rättens funktioner och effekter emfaseras, är det mest fördelaktigt att se rätten från ett externt perspektiv, vilket i detta arbete inskränks till rättssociologi (vilket naturligtvis inte utesluter andra perspektiv på den rättsliga tillvaron). Den rättssociologiska teoribildningen ser det som viktigt att rätten också kan uppfattas som ett bland flera samhälleligt normerande system:⁷⁶ det primära intresset inriktas därmed inte direkt på rättens interna strukturnivå, utan fokus faller istället på rätten som ett socialt normerande system, med socialt verkande normer, med andra ord dess samhällliga funktioner.⁷⁷ Rätten är, i denna breda sociologiska mening, i paritet med andra *normerande* system.

⁷⁵ Det sagda skall inte tolkas så, att jag anser deras teorier vara bristfälliga eller inadekvata. Tvärtom är det naturligtvis så, att de går så långt det är möjligt att gå med ett internt perspektiv – ur den synvinkeln och från ett rättsdogmatiskt perspektiv är deras teorier redan tillräckligt radikala: men kanhända skapar 'avgränsningsförhållandet' begränsningar i det interna perspektivet. Vad jag föreslår är ett komplement och jag tror ingen egentlig kontrovers torde föreligga i ett längre legalstrategiskt perspektiv.

⁷⁶ Jag menar alltså att analysen av rättens yttre funktioner kanske alltför lättvindigt överlämnats till rättssociologin från företrädarna av den alternativa jurisprudence. Detta utesluter emellertid inte det avgörande inflytande rättssociologin – eller rättssociologiska frågeställningar – har haft på den alternativa jurisprudence.

⁷⁷ Jfr Hydén *Rättens samhällliga funktioner* (1978).

a. Här måste noteras att termen *normerande* system används framför det mer välbekanta och etablerade begreppet *normativa* system. Med begreppet *normerande system* avses dess handlingsdirigerande effekter och konsekvenser.⁷⁸ Det finns, visar rättssociologisk teori och forskning, skäl att ställa sig frågande till om rättens handlingsdirigerande effekt har större samhällelig påverkan än religiösa, politiska, moraliska, kulturella eller andra internaliserade system – det ena systemet kan i regulativt hänseende vara lika effektivt som det andra. I denna mening är det ingen normerande skillnad dem emellan.⁷⁹ För den enskilde individens beteende och agerande är det ofta svårt att avgöra om det primärt är det rättsliga eller något annat normerande system som styr henne.⁸⁰ Från ett strikt externt (sociologiskt, ekonomiskt, teologiskt mm) synsätt tilldrar sig de *normerande* effekterna och funktionerna uppmärksamhet, men och i vad mån och på vilka sätt de olika systemen inrymmer en utarbetad och explicit systematik vilket gör dem till *normativa system* är blott en intern fråga. Genom att studera de normerande påverkansformerna systemen sinsemellan saknas anledning att studera deras inre sammanhang, systematik och koherens.

Ett system behöver alltså i sig inte vara uttalat normativt, men ändock uppvisa en faktisk *normerande verkan*. Det synes därför mer ändamålsenligt att beskriva

⁷⁸ Alchourrón och Bulygin anger i sitt inflytelserika verk *Normative Systems* att definitionen av ett normativt system är att det har normativa konsekvenser – “a system of sentences which has some normative consequences will be called a *normative system*,” *Normative Systems* (1971) s 55, ssk avsnitt IV.4. Alchourrón/Bulygin använder dock inte begreppet ‘normerande’ system – kanhända saknas en engelsk motsvarighet; de nordiska språken kanske har ett språkligt privilegium att i termen *normerande* fänga det engelskan inte kan. Se även Singhs försök att via distinktionen ‘normative discourse’ och ‘factual discourse’ identifiera och särskilja generella normativa system från ‘the juristic requirements of a normative system,’ *Law from Anarchy to Utopia* (1986) s 37ff och 119ff.

⁷⁹ För att avgöra denna fråga, alltså att kunna bedöma styrkan och regleringseffektivitet mellan olika normerande system, är det utan tvekan högst angeläget att rättsvetenskapen slår följe med andra vetenskapsgrenar eller drastiskt utvidgar sitt kunskapsområde. Hydén har utvecklat att synsätt där studiet av olika normer skulle kunna utgöra knutpunkten mellan rättsvetenskapen och rättssociologin, se *Even a stepchild eventually grows up: On the identity of sociology of law* (1999), *Rätten som standardiserad politik – från ‘frusen’ politik till upptinade relationer* (1999) s 21ff, *Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser* (2000) samt senast och utförligast *Normvetenskap* (2002).

⁸⁰ Detta är en central iakttagelse inom teorierna om rättspluralism, se vidare kapitel 3, och Corsale *Legal Pluralism and the Corporatist Model* (1994) s 96 uttrycker denna tanke som har generell bäring utöver rättspluralism på följande vis:

However, a phenomenological perspective can also be taken by studying the question from the point of view of the social actor. In this way, both social norm (coming from a well established culture within a body) and legal norm (coming from a formally structured corporation) can be seen as limiting factors which merely condition the scope of personal action or determine the range of opportunity. From the point of view of the social actor, norms (both social and legal) have the same function as other factual conditions (natural and social), affecting social action.

olika idésystem, föreställningar eller praktiker som *normerande* system än *normativa* system, då det senare begreppet för tankarna till vissa egenskaper hos systemet som antyder en sammanhängande begreppsram med en explicit och väl utvecklad regeluppsättning med tillhörande sanktionsapparat.⁸¹

Vi behöver således en ny grammatik.

Jag menar att det är angeläget att ändra grammatik här: ett skifte i vilket den statiska adjektivformen *normativ* frångås till förmån för det mer förloppsmässiga verbet *normerande* i presens particip.

Genom ett grammatiskt skifte, kan en del terminologiska oklarheter undvikas: inte sällan benämns olika handlingssystem och sociala sfärer som normativa. I detta ligger ofta en föreställning att de är 'rättsliga' till sin effekt, det vill säga den handlingsdirigerande funktionen jämförelsesramen är alltså det *rättsliga* systemets normativa halt: paradigmet för dessa system är rätten. Vänds böjningsmönstret mot att istället lägga tonvikten på *normerande funktioner* innebär det en ny jämförelsesram mot vilken olika sociala system (däribland rätten) kan värderas.⁸² Det centrala är att uppmärksamma systemens styrande konsekvenser eller funktioner. Genom att jämföra olika företeelser utifrån deras styrande eller reglerande funktioner, alltså normerande verkningar, är det möjligt att jämföra styrkan i deras samhällsrelevans.

En ytterligare konsekvens är att begreppsbyggnaden tillåter en frigörelse från tanken på en (*tids- och plats*)bestämd konkret avsändare, alltså att grunden för ett systems normativa kvalitet har ett bestämt lokaliserbart lokus: för rättens del tänker man vanligen (av vana) på lagstiftaren och till lagstiftningsakten vidhäftande sanktioner som skänker rätten normativ halt, medan det är vanskligt att hänföra de sociala, kulturella, politiska och ekonomiska *normerande systemen* till ett entydigt centrum med normativ makt.⁸³ Snarast är det förekomsten av ett

⁸¹ Notera även bruket av just *system* (i analogi med *rättssystem*) för att markera det mer principlika innehållet, och samtidigt för att markera deras *avsaknad* av en *regel-bundenhet* (som i *rättsordning*); normerande system föredras således framför normerande ordning(ar).

⁸² Frågorna om rättens *normerande* effekt eller verkan har vuxit fram i en livaktig institutionell kontext, nämligen Juridiska Institutionen vid Göteborgs universitet. I denna miljö, där kanhända just *rättens normerande effekter* utgör en gemensam syn, vill jag därför hänvisa till motsvarande tankar hos Svensson *Genus och rätt* (1997) (s 32 not 12 samt ssk avsnitt 4.3 *Rättens normerande verkan*, där den normerande verkan knyts samman med legitimitetsproblematiken), Glavå *Arbetsbrist och kravet på saklig grun.* (1999) (ssk avsnitt 1.2.2.4 *Deskriptiva utsagors normerande funktion*) och Petrusson vilken i arbetet *Patent och industriell omvandling* (1999), dock särskilt betonar funktionsbegreppet betydelse i det rättsliga idésystemet. Jag vill samtidigt poängtera att föreställningen om *normerande* system synes vara helt frånvarande i samtida teoribildning, även inom rättssociologin där begreppet borde vara det gängse och stilbildande elementet – snarast nyttjas ihärdigt begreppet normativa system även för de sociala system som nämnts, med den rättsliga förståelsen eller det juridiska paradigmet som mall för sociala normerande system, se exempelvis Hydén *Normvetenskap* (2002) och Graver *Normativa systemer – skisse til en opløsning av retsbegrebet* (1989).

⁸³ En närbesläktad teori är Olivecronas karakteristik av rätten som uppbyggd av fristående imperativ, där oklarheten i en avsändare, men också rättsnormernas kontextuella bundenhet berättigar terminologin, se *Rättsordningen* (1984) s 128-135. Se också Victor *Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system* (1977) s 210ff.

strukturellt tvång eller en *systematisk makt* som gör att ett kluster av värderingar, förväntningar och föreställningar upplevs *som* normativa för individen.

Genom denna tonvikt på *normerande* funktioner, system eller regelkomplex, kan även några andra problem beskådas i, menar jag, delvis nytt ljus: det gäller den alltid lika gäckande frågan om *deskriptiv* kontra *normativ* analys, vilket för rättsvetenskapens del för över till frågan om möjligheterna att hålla isär studier *de lege lata* från *de lege ferenda* samt (o)hållbarheten i distinktionen *rättsvetenskap* kontra *rättspolitik*.

En deskriptiv analys har ingen uttalad normativ status i sig, men däremot *verkar* det *deskriptiva* momentet *normerande*, det vill säga deskription har en normerande funktion därigenom att pretentionerna på en korrekt lägesbeskrivning av ett 'vara' (det 'rena' sakförhållandet) ger tolkningsinstruktioner (signaler) om ett 'böra,' det vill säga om ett önskvärt eller blivande tillstånd. Här skall man kanske inte överskatta denna funktion – men heller icke underskatta den. Svein Eng ifrågasätter den problematiska distinktionen mellan deskriptiva och normativa utsagor inom juridiken och hävdar att båda dessa moment karakteriseras av en 'sammensmeltning.'⁸⁴ Med andra ord pågår en ständig interaktion mellan deskription (*såsom* normerande funktion), preskription (*såsom* normerande reproduktion) och normativitet (*såsom* normativ intention): eller, med åter annorlunda ord, är 'context of justification' oskiljaktlig från 'context of discovery.'⁸⁵ Insikten att varje sk deskription (av 'gällande rätt') innefattar ett värderande moment eller t.o.m. ett kunskapskritiskt ställningstagande (vems perspektiv anläggs? vilka 'objektiva' kriterier nyttjas? vilken vetenskapssyn begagnas?) och ett val av metod (vilket empiriskt material? vilka fakta? vilka analysteorier?) är viktig och medför en medvetenhet om att deskription blir normerande såsom preskription. En föregiven deskription av 'gällande rätt' påverkar i sig själv föreställningen om *de lege lata* normerande: deskriptionen ingriper i studieobjektets dynamiska status. Man kan också säga, att yttranden om gällande rätt är *performativa*, det vill säga de rättsliga yttranden som fällt om de omständigheter som konstituerar 'gällande rätt' *skapar* 'gällande rätt' som ett normativt begrepp.⁸⁶

Konsekvensen av det sagda är, att uttalanden *de lege lata* varken är perspektivlösa (det deskriptiva ingår alltid i en normerande kontext) eller värderingsfria (en normerande kontext är alltid axiologiskt betingad). Med andra ord har ett fastställande av 'gällande rätt' – det må vilja vara hur deskriptivt som helst – *normerande verkan*: det skapar visserligen föreställningen att fastställandet av

⁸⁴ Se Eng *Fusion of descriptive and normative propositions. The concepts of 'descriptive proposition' and 'normative proposition' as concepts of degree* (2000). För kommentarer kring Eng, se Peczenik *Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv?* (1997) vilken instämmer i Engs kritik och i övrigt tycks bejaka *utvecklingen bort från drömmen om rent deskriptiv juridik*, s 803.

⁸⁵ För aktuella resonemang se Glavå *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* (1999) och Petrusson *Patent och industriell omvandling* (1999).

⁸⁶ Om performativer se Olivecrona *Det rättsliga språket och verkligheten* (1964) vilken applicerar teorin om performativa yttranden (utifrån J L Austin) på rättighetsbegreppet, men som – märkligt nog – inte drar några konsekvenser till frågan om gällande rätt och *de lege lata*.

‘gällande rätt’ är resultatet av en värderingsfri och neutral tolkningsverksamhet, men själva (ur)valet av fakta på vilket bedömningen vilar är dock resultat av ett, kanske inte individuellt, men systematiskt perspektiv, vilket renderar begreppet ‘gällande rätt’ en högst problematisk karaktär. För övrigt tycks det råda enighet om att begreppet ‘gällande rätt’ är teoretiskt problematiskt. Jan Hellner förstärker intrycket att, “slutsatsen är att innebörden i att något är gällande rätt, i betydelsen av *vid viss tid* gällande rätt, långt ifrån alltid är självklar.”⁸⁷ Claes Peterson hävdar att ‘gällande rätt’ är en fiktion, men noterar samtidigt förekomsten av oundgängliga fiktioner inom juridiken; fiktioner vilka är nödvändiga och produktiva som heuristiska hypoteser.⁸⁸ Men en fiktion kan också vara kontraproduktiv och bli ideologisk, särskilt i härvarande hänseende vad beträffar den ‘klassiska’ uppdelningen i *de lege lata* och *de lege ferenda*: Peterson framhäver den uppenbara risken “att den fiktion som stöder uppdelningen i gällande och framtida rätt till syvende og sidst leder till en okreativ och passiv juridik.”⁸⁹

Sammantaget innebär det att inte bara den alternativa jurisprudensen förespråkar en på ett medvetet perspektivval vilande alternativ normativitet, utan att även den traditionella rättsdogmatikens perspektiv har valt en systematisk-paradigmatisk normativitet, det vill säga låtit det normativa kasta sin skugga över det deskriptiva – med andra ord, låtit effekten komma före orsaken. Det är fruktbart att i detta hänseende kontrastera normerande funktion mot normativ intentionalitet.⁹⁰ Trots en samstämmighet i kritiken – både innehållsligt och semantiskt – famlar här rättsvetenskapen i mörkret på jakt efter mer träffande begrepp; vad kan ersätta ‘gällande rätt,’ och de binära oppositionerna *de lege lata/de lege ferenda* och deskriptivt/normativt? Jag vill mena att insikten om rättens *normerande funktion* belyser denna situation ganska väl.

b. Sammantaget är det således en avsevärd skillnad på om rätten struktureras via ett internt perspektiv *eller* om rätten ses som en social funktion i interaktion med omgivande normerande strukturer. Då det förra synsättet utpekar rätten som en juridiskt avgränsad struktur, karakteriseras i det senare fallet rätten som ett öppet socialt fält bland flera andra. Enligt rättssociologen Håkan Hydén *konstitueras* rätten till och med genom dess interaktion med andra sociala system och företeelser.⁹¹

För att särskilt markera när ett externt perspektiv används i föreliggande arbete stipuleras termen *rättsfält*. Detta begrepp avser att belysa de funktioner rätten uppvisar i en större social kontext bestående av olika ekonomiska, politiska, sociala, kulturella normerande sammanhang. Begreppet *rättsfält* är här inspirerat av rättsantropologen Sally Falk Moore vilken myntat uttrycket ‘semi-

⁸⁷ Hellner *Rättsteori* (1999) s 36.

⁸⁸ Peterson/Sandström *Lex lata – lex ferenda. Fakta eller fiktion?* (1996) s 170f.

⁸⁹ Peterson/Sandström *Lex lata – lex ferenda. Fakta eller fiktion?* (1996) s 171.

⁹⁰ Se Glavå *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* (1999) s 45ff not 136.

⁹¹ Jfr Hydén *Normvetenskap* (2002).

autonoma sociala fält' för att karakterisera samhället som bestående av olika sociala fält, av vilka rätten är ett.⁹² Utifrån erfarenheter av rättsantropologiska fältstudier menar Moore att rätten inte är det ensamt dominerande normativa systemet, utan att det existerar en mängd olika normerande system (eller fält) som överlappar varandra. Rätten är som ett socialt område eller fält i normerande styrka inte klart urskiljbart från andra sociala fält – rätten är alltså även det ett 'semi-autonomt socialt fält.'⁹³ Rättsfältet, utifrån denna externa synvinkel, har två framträdande kännetecken. Den första karakteristiken av rättsfältet är att det ingår som ett socialt delsystem bland flera andra i en samhällelig kontext: det utgör, med modern sociologisk terminologi, ett *subsystem*. Det andra kännetecknet är att mångfalden av skilda subsystem, deras sammanhang och relationer med varandra, implicerar att de inte kan betecknas som helt självständiga eller autonoma – de är *semi-autonoma*. Icke heller rättsfältet är autonomt.

Begreppet *rättsfält* används dock med den viktiga reservationen och preciseringen att det är både meningsfullt och nödvändigt, menar jag, att beskriva rätten som ett *eget* distinkt fält och inte enbart som ett diffust socialt fält. Rättsfältet besitter, hävdar jag, ett visst mått av intern autonomi, eller snarast heteronomi, genom att det utvecklar en egenlogik, inomsystematiska utvecklingsmönster och rationalitetskriterier, med uppkomst i eller som resultat av omgivande påverkan.⁹⁴ Rättsfältet är emellertid varken homogent sammansatt eller enhetlig, som hävdas i kapitel 3, utan uppvisar naturligtvis betydande variationer relaterade till dess samhälleliga funktioner i olika tidevarv. Av detta följer att rätten inte kan definieras *enbart* utifrån. Det är också nödvändigt, menar jag, att beakta den interna strukturen, det vill säga rättssystem och rättsordning, och hur det interagerar och skapas av dess yttre funktion sett som ett subsystem bland flera.

Återfört på Tuoris modell får djupjustifieringsnivån och djupstrukturens värde sina specifika innehåll av rätten betraktad som ett 'rättsfält' – det vill säga rättsfältets funktion, kontext och förankring formar det specifika djupjustifieringsvärdet. Djupstrukturen bildar själva 'ramen' runt rättssystemet eller den tankemässiga ramen runt ytnivå och rättskultur: det vill säga att de fundamentala rättskategorier Tuori utpekar som konstituerande för rättens djupstruktur, enligt mig är att anse som funktionsbegrepp eller funktionella kategorier formade av rättsfältets funktion. Med andra ord sker en glidande övergång mellan förklaring och normativitet, eller med åter andra ord, Tuoris normativa djupstruktur blir oskiljaktlig från rättsfältets funktionalitet. Gör då detta djupjustifiering till ett

⁹² Moore *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study* (1978).

⁹³ Genom sitt begrepp SASF blev Moore en stark inspirationskälla till den moderna rättspluralistiska teoribildningen, se vidare kapitel 3.

⁹⁴ Hur denna självständighet kan förstås, alltså i vilken utsträckning rätten (rättsordning, rättssystem) eller rättsfältet kan sägas vara autonomt, se strax nedan. Skulle emellertid en exkluderande extern beskrivning, som Moores, begagnas skulle man tvingas påstå att rättsfältet är ett semi-autonomt sub-system eller med en mer utfyllande omskrivning, 'rätten' som ett semi-autonomt socialt fält.

överflödigt moment? Nej, inte alls, ty det betyder enbart att det sociala sammanhanget ges extra tyngd vid justifiering: nota bene, att det kan vara svårt att differentiera en normativ från en social djupjustifiering.

c. På motsvarande sätt som rätten internt indelats i rättssystem och rättsordning har även normerna indelats givet ett inomrättsligt perspektiv, bland annat som rättsregler och rättsprinciper. I anslutning till det ovan anförda måste även här ett externt synsätt anläggas, varigenom den rättsliga normeringen infogas i ett samhälleligt sammanhang. De rättsliga normerna är till funktionen, i denna sociologiska mening, blott ett särfall av andra sociala normer. Ett studium av rättens funktioner frigör sig från den rättsteoretiska normdistinktionen som sådan – regler och principer står i denna bemärkelse i normerande paritet i förhållande till andra icke-rättsliga normer. Genom att externt analysera rättens olika sociala funktioner möjliggörs därigenom även andra indelningsgrunder av det rättsliga råmaterialet, än i rättsregler och rättsprinciper. De senare är blott en jämförande ram för ytterligare preciserad normindelning, där rättens olika funktioner kan sägas generera skilda normeringsmönster, normer vilka är åtkomliga med hjälp av i synnerhet rättssociologisk teori. Det synes därför rimligt att använda en övergripande beteckning för denna indelningsgrund. I detta arbete används begreppet *rättsnormer*: därmed avses just normer emanerande ur rättsfältet – oavsett deras status som regel eller princip – till skillnad från andra normer härrörande från andra normerande subsystem, dessa senare kan benämnas kulturnormer, sociala beteendenormer, religiösa förhållningsnormer etcetera. De hitintills anförda aspekterna på rättens nivåindelningar sammanställs enligt följande.

Figur 2.2

Strukturnivå	Normnivå	Metodaspekt
Rättsordning	Rättsregler	Internt perspektiv
Rättssystem	Rättsprinciper	
.....		
Rättsfält	Rättsnormer	Externt perspektiv

Det är viktigt att framhålla att den indelning som presenteras här icke är en hierarkisk indelning, utan att nivåindelningen ger uttryck för en önskan att kunna beskriva och analysera rättens olika funktioner i till dels skilda sammanhang. Som framhålls i avsnitt 2.4 nedan, infogas dessa nivåer i en *icke-hierarkisk horisontell metodologi*. Distinktionen, definitionen eller gränsdragningen innebär *i sig* ingen hierarkisering – i den mån en sådan hierarki kan uppställas innefattar det ett värderande moment av att den *ena* nivån är värdefullare än den andra, att

ett perspektiv är underlägset ett annat alternativ eller att nivåerna inskrivs i en metateoretisk kontext. Jag menar att den analytiska indelningen varken är värderande eller metateoretisk. Däremot – och tvärtom – så utgör den en möjlig analysmodell för att kunna upptäcka just värderande och metateoretiska indelningsgrunder i övrigt.

d. I denna kontext aktualiseras frågan om den påverkan och det inflytande de olika nivåerna har på varandra, dels relationerna mellan nivåerna, dels mellan olika funktioner av rättsfältet. Alltså å ena sidan hur vissa principer i ett rättsligt 'paradigm' påverkar principer tillhöriga ett annat 'paradigm,' men å andra sidan också hur vissa bestämda tid- och samhällsbundna uppfattningar om rättsfältets funktion påverkar andra, däremot stridande, uppfattningar härom. Det är både naturligt och ofrånkomligt att olika rättsområden influerar varandra och i allmänhet kanske detta sker problemfritt. Men mer intressant är dock att fästa blicken på de tillfällen när det ömsesidiga inflytandet orsakar kollisioner mellan olika rättsnormer och rättsidéer: eller med andra ord, när ett synsätt blir *ideologiskt dominerande* eller får *ideologiska effekter* på bekostnad av ett annat. Ideologibegreppet är synnerligen omtvistat, men i det följande används ideologibegreppet i en mer teknisk (kanske inskränkt) mening, nämligen som att beteckna det förhållande då ett begrepp, en idé, tanke, åsikt eller 'paradigm' från ett specifikt område används som förklaringsmodell i ett annat artskilt område: dvs när en viss princip får en dominerande status, som inte tillkommer den, men som ändå genomdrivs och blir det gällande tankesättet.⁹⁵ En viktig konsekvens av det ideologiska begreppet/idéns kraft är att det skapar en mängd styrproblem och att det också förmår dölja de reella problemen inom området. Det ideologiska begreppet förvanskar orsakssambanden och försvårar därmed en korrekt analys: kort sagt det förvanskar verklighetsbilden och döljer de reella förhållandena. Jag menar härmed att det till viss del är oväsentligt om begreppet i sig är ideologiskt belastat eller inte, även om det kan vara en bidragande orsak: huvudsaken är att det notera de ideologiska effekter det förorsakar i andra sammanhang.⁹⁶ Ett

⁹⁵ Om ideologidebatten i nordisk rättsvetenskap, se särskilt Töllborg *Personalkontroll* (1986) s 53-66 och kapitel 3 'Rätten som ideologi.' 'Rättsideologi' betecknas av Bruun som "en mer eller mindre *systematisk helhet av rättsliga teorier och uppfattningar*. Begreppet i och för sig tar alltså inte ställning till om ideologin på ett adekvat sätt återspeglar verkligheten. Rättsideologin är rättsideologi oberoende av om ideologin är sann eller falsk," *Kollektivavtal och rättsideologi*. (1979) s 34, se också s 30-44 och s 363-373 för en genomgång av olika uppfattningar om rättsideologi. Som exempel på mer distinkt ideologikritiska studier, båda utgående från Frankfurtskolan, kan nämnas Ericsson *Ett surt regn kommer att falla* (1985) och Töllborg *Personalkontroll* med undertiteln *En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen* (1986).

⁹⁶ Sammantaget menar jag därför att termen *rättssystem* är att föredra framför rättsideologi – därför att rätten är en alltför systematiskt ordnad helhet för att blott betecknas ideologisk eller rättsideologisk. Inom rätten eller rättsfältet är de, låt vara, ideologiska begreppen – både rättsprinciper och rättsregler – i så hög grad systematiserade att de bildar en sammanhängande struktur eller ideologisk helhet att det synes föga meningsfullt att här begagna en

ideologiskt begrepp – alltså en kolonisering av begreppet på främmande mark – tenderar alltså att skapa problem och i slutändan också bli destruktivt. I avhandlingen kommer några motsättningar av ideologisk karaktär att belysas.

2.2.4 Olika förhållningssätt till nivåerna

Nivåindelningen har till syfte att närmre identifiera en rad olika förhållanden inom rätten: *för det första*, avser den att klargöra värdenas plats och funktion inom rätten; *för det andra*, identifiera den ständiga växelverkan, eller interaktionen, mellan nivåerna och de där ingående värdena och *för det tredje* avses att belysa de eventuella regel-, värde- och intressekonflikter som uppstår mellan och i nivåerna. I anslutning till detta framträder olika rättsvetenskapliga förhållningssätt eller metoder visavis nivåindelningen.⁹⁷ Två interna förhållningssätt kan särskiljas från ett externt sådant.

allmän term som ideologi. Rättssystem skulle i en vidare deskriptiv mening dock kunna anges som en 'systematiserad rättsideologi' eller 'rättsligt systematiserad ideologi.' Men poängen är alltså, att man inte behöver vara medveten om att de rättsliga begreppen är ideologiska, ty från ett internt perspektiv spelar det ingen fundamental kognitiv roll. Vi arbetar som jurister ändå med dem, liksom prästen måste tro på sin referenslösa föreställning 'gud.' Jämför här med den skandinaviska rättsrealismen eller Uppsalaskolan, där i synnerhet Olivecrona och Lundstedt menade att innebörden av sådana, för juridiken, centrala begrepp som rättighet och skyldighet saknar verifierbar mening. De existerar icke i någon reell mening. Paradoxen som uppstår är att såväl Lundstedt som Olivecrona *trots allt* tvingades använda både begreppen och terminologin, se Olivecrona *Rättsordningen* (1984) särskilt kapitel VI och *Det rättsliga språket och verkligheten* (1964). Begreppen existerar inom sin sfär och då spelar det mindre roll om de är 'ideologiska' eller med Hägerströms terminologi 'magiska,' *Rätten och viljan* (1961) s 103ff. Jag vill understryka att detta *inte* innebär att rätten skulle sakna ideologisk karaktär. Tvärtom är rätten i ett samhälleligt perspektiv en av de mest ideologiskapande och ideologibärande företeelserna. I förevarande hänseende är jag i och för sig inte främmande för tanken, att bakom rättssystemet återfinns en högst reell *rättsideologi* (i Bruuns mening) och 'i sista instans' olika i grunden styrande sociala *ideologier*. Måhända kan relationerna mellan de här anförda begreppen anges som olika nivåer: rättsordningen systematiseras av rättssystemet som ordnas efter vissa 'allmänna läror' (Wilhelmsson); vilka i sin tur har sitt upphov i olika 'rättsideologier' (Bruun) som alltså styrs av vissa mer allmänna samhälleliga ideologier. Dessa senare härrör – *à la mode marxien* – ytterst från den samhälleliga ekonomiska basen. Ytterligare alternativa sätt att försöka fånga den rättsliga systematiken är att applicera paradigm-begreppet på rätten, se Aarnio/Uusitalo *Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen* (1983/84), Aarnio *Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science* (1984), Dalberg-Larsen *Paradigmer för rättsvetenskapen* (1988), Bruun *Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet* (1988); om paradigm i allmänhet se Kuhn *De vetenskapliga revolutionernas struktur* (1981). Jämför även Svenssons begrepp 'tankeram,' *Genus och rätt* (1997) s 70ff. Ävensom Petrusson *Patent och industriell omvandling* (1999), vilken på basis av bla Habermas, Luhmann och Teubner lanserar en teori om rätten som både idé- och handlingssystem, se ssk avsnitten 1.4.2-1.4.3 jämte 5.1-5.2.

⁹⁷ Ur detta skall senare dras vissa preliminära *metodologiska konsekvenser* rörande rättsontologi och epistemologi, se nedan 2.4 samt vidare diskussion i 2.5.

1a. Den första, som kan betecknas *traditionell rättsdogmatik*, utgår från ett internt definierat kunskapsobjekt: nämligen rättsreglerna och deras sammanhang. Rättsdogmatiken har den interna förståelsen och det interna rättfärdigandet som bas. Fastställandet av huruvida rättsreglerna utgör 'gällande rätt' utgår från en redan given uppfattning av sättet att definiera 'gällande rätt' medelst en redan given rättskällelära. Enligt det givna paradigmet och rättskälleläran kan denna metodik inte nå utöver den förståelsehorisont rättsprinciperna presenterar.⁹⁸ Ett beaktande av dessas samband med samhällliga mål kan eventuellt nås genom förarbetena där lagstiftningens mål och syfte kan lyftas fram som tolkningsdata i den riktningen. Alla förslag som i denna mening går utöver *de lege lata* blir ofta betecknade som varande rättspolitiska ställningstaganden.⁹⁹

1b. I det andra mer *rättsteoretiska förhållningssättet* betonas även den interna förståelsen, men går ett steg längre. Beroende på önskvärdheten av styrkan i det *normativa* djuprättfärdigandet kan analysen syfta till att nå ända fram till det sociala värde eller de sociala normer som legitimerar eller rättfärdigar ifrågakarande regel eller reglering. Om en rättsnorm förankras i en social kontext stärks dess legitimitet. Rättsreglerna rättfärdigas eller justifieras, enligt denna uppfattning, av rättsprinciper – det vill säga rättsprinciper är värdeprinciper som måste stå i överensstämmelse med rättsreglerna. Principer utgör tolkningsmönster för förståelsen av rättsreglerna, det vill säga reglernas innebörd förankras med hjälp av principer som utfyller semantiska och axiologiska luckor i regelmassan. Sammanfattningsvis hävdar denna uppfattning, att rättssystemet, genom de abstrakta rättsprinciperna, systematiserar den faktiska rättsordningens struktur. Man kan

⁹⁸ I gängse rättsteori benämns denna form av process benämnas för *juridiskt tillräckligt rättfärdigande*. Se bla Peczenik *The Basis of Legal Justification* (1983) om 'contextually sufficient justification' s 76ff; *Rätten och Förnuftet* (1986) s 58f och *Vad är rätt?* (1995) s 379.

⁹⁹ Detta är kungslinjen i rättsrealismen: det vill säga dels fokuseringen på lagförarbeten som det lämpliga värderingsfria objektet för teleologisk tolkning (jfr Ekelöf); dels distinktionen mellan *de lege lata* och *de lege ferenda*; dels skiljelinjen mellan *rättsvetenskap* och *rättspolitik*. Dessa tankar, med ursprung i rättsrealistiska riktningar – i Sverige alltså Hägerström, Lundstedt och Olivecrona jämte Ekelöf med flera – har alls icke förlorat i attraktionskraft, så synes exempelvis Peterson/Sandström i artikeln *Lex Lata – Lex Ferenda: Fakta eller fiktion?* (1996) s 176 förfäktat en uppfattning som går i linje med detta:

Rättsvetenskapen saknar visserligen, i motsats till andra typer av juridisk verksamhet, rättspolitisk legitimitet. I denna mening kan den juridiska doktrinen inte vara produktiv utan att överskrida gränserna för sin auktoritet. Rättsvetenskapsmannen har till sin främsta uppgift att garantera rättens systematiska enhet och rationalitet, men saknar såväl lagstiftarens generella som domarens, i det särskilda fallet, egentligt rättsbildande mandat. Detta innebär dock inte att rättsvetenskapsmannen är improduktiv, ty i sitt systematiseringsarbete tillför han rätten något – nya begrepp, läror, rättsprinciper eller omformuleringar av tidigare systematiseringsförsök – som inte tidigare funnits där. Den juridiska doktrinen status som självständig rättskälla bygger på dess förmåga att förse rätten med tekniska innovationer; rättsvetenskapsmannens bidrag är härvidlag att föreslå systemenliga sätt att realisera *givna* rättspolitiska målsättningar (Min kursivering, HG).

uttrycka det så att regler alltså tolkas *via* rättsprinciper som “skapar innehållsmässig koherens för rättsreglerna.”¹⁰⁰ Till skillnad från den traditionella rättsdogmatiken och rättsteorin som utgår från redan givna systematiseringsgrunder, arbetar den *alternativa jurisprudenten* medvetet efter att förändra rättsordningen efter vissa politiskt eller socialt valda systematiseringsgrunder. Rättsordningens regelmassa möjliggör en medveten omsystematisering, utifrån vissa systemkonceptioner. Pöyhönens och Tuoris metodologiska anslag innebär, som nämnts, att de konkreta rättsreglerna ger styrimpulser till en viss systematiseringsgrund. Rättsordningen transformeras med hjälp av vissa rättsområdesspecifika modeller till en systematisk helhet, ett rättssystem. Ansatsen innebär en emfas på det normativa rättfärdigandet av det rättsliga ‘råmaterialet’ – det är alltså själva rättfärdigandeprocessen efter andra värdegrunder som tilldrar sig intresse. En systematisering av det givna rättsliga råmaterialet legitimeras om den bringas i överensstämmelse med vissa samhällsliga intressen och värden. Rättsordningen skulle, med annan terminologi, alltså öka sin legitimationsgrad om den uppnår en hög grad av koherens med de av rättssystemets rättsprinciper som har social acceptans. Denna, låt säga, *regelansats* ligger till grund icke bara för traditionell (etablerad) rättsdogmatik men också för den sk alternativa jurisprudentens program.¹⁰¹ Både den traditionella rättsdogmatiken och den alternativa jurisprudenten siktar mot ett *djupgående rättfärdigande*, men med olika betoning. Här föreligger alltså likheter mellan Aleksander Peczenik och Ronald Dworkin å ena sidan och Juha Pöyhönen och Thomas Wilhelmsson å den andra. Kaarlo Tuori intar, med betoningen på djupstrukturens djupjustifiering, kanhända ett mellanläge.

2. Slutligen kan alltså den *externa förklaringen* betonas. Beroende på förklaringsomfångets ambition, är det möjligt att följa den sociala normens gradvisa transformation till ett grundläggande rättslig värde, alltså dess artikulering i olika rättsprinciper, och vidare dess konkretisering i rättsregler. På motsvarande vis kan en social norm därmed också ges en ökad normativ styrka om det kan visas att den understöds av det rättsliga systemet.¹⁰² Min uppfattning är – till skillnad

¹⁰⁰ Tolonen *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* (1993) s 45. Rättssystemet uttrycker därför, genom principerna, en teleologisk rörelse, medan rättsordningen, genom reglerna, har en deontologisk status, Tolonen *Rules, principles and goals: the interplay between law, morals and politics* (1991a) s 281. Det är emellertid rättssystemet som utgör bedömningsgrunden för normernas deontiska status enligt Aarnio *Taking Rules Seriously* (1990) s 187f, 191.

¹⁰¹ Till skillnad från ovan är detta ett annat slag av rättfärdigande, ett juridiskt tillräckligt rättfärdigande kombinerat med ett *djupgående rättfärdigande*. Se bla Peczenik *The Basis of Legal Justification* om ‘deep fundamental justification’ (1983) s 112ff; *Rätten och Förnuftet* (1986) s 589f och *Vad är rätt?* (1995) s 379.

¹⁰² Så menar Wróblewski att den rättsliga justifikationsprocessen består av flera led, *Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality* (1990) s 102-108. Det enskilda beslutet (justificandum) är för sitt rättfärdigande (justification) beroende av vissa regler för rättfärdiganderesonemang (‘rules of justificatory reasoning’) – dessa förmedlar rättfärdigande argument (justificans), vilka utgörs av vissa epistemiska och axiologiska premisser. Med andra ord griper rättfärdigandet, medvetet eller ej, tillbaka på kunskaps- och värdegrunder av skilda slag. Ur en ‘internal rationality’ är det, menar Wróblewski,

från Pöyhönen, Wilhelmsson och Tuori – att rättssystemet *redan* innehåller principer och systematiseringsgrunder, präglade av vissa uppfattningar om rättens funktion, roll och uppgift. Normtransformationen går därför, enligt min mening, *från* sociala normer *till* rättsnormer *vidare* till en intern systematisering i rättsprinciper och rättsregler. Rättssystemets principer och systematiseringsideologier, ger upphov till ett specifikt konkret rättsmaterial. Rättsordningen är med andra ord inte något givet, utan har en rättssystematisk uppkomst. Regler utgör de faktiska manifestationerna av principerna. I kontrast till regelansatsens *råmaterial*, är en mer träffande beskrivning i den senare modellen att rättsordningens normmassa utgör det rättsliga *slutmaterialet* av en social process. Den väsentliga normtransformeringen består därför i en, låt säga, *principansats*, vilket betyder att rättsordningen innehåller, ständigt genererar och producerar regler som systematiseras utifrån olika tids-, kontext- och idébundna principer i rättssystemet. Rättsprinciper i sin tur är distinkta rättsliga principer som härrör från och ur andra sociala principer – en rättsprincip är alltså en *översättning* av en social värdeprincip till det juridiska området, förvisso med alla de förvanskningar och förvrängningar som följer med en översättning från ett språk till ett annat.¹⁰³ Värden av skilda slag balanserar alltså på gränsen mellan att vara en samhällelig princip och en rättsprincip. Skillnaden mellan Tuori/Pöyhönen och den av mig förespråkade normförståelsen är inte så mycket frågan om en djup skiljelinje utan mer önskan om en kombination av flera perspektiv. Å ena sidan framträder emellertid en emancipatorisk rättfärdigandeprocess (regelansats), å andra sidan en strukturell normtransformation (principansats). Med andra ord, två olika förhållanden som kan återföras på distinktionen mellan intern normativ *förståelse* och extern *förklaring*.¹⁰⁴ Detta hindrar givetvis inte att, rättsordningen också medvetet kan omsystematiseras utifrån andra systemkonceptioner, såsom i den alternativa jurisprudentens program, men frågan är givetvis hur långt en dylik omsystematisering kan drivas. Föreliggande arbete hoppas kunna påvisa denna gräns(-löshet). Det framstår, enligt min mening, som både önskvärt och i högsta

för beslutsfattaren ingen avgörande skillnad mellan epistemiska och axiologiska premisser; de tas för självklart givna. Skillnaden har dock högsta relevans ur en 'external rationality,' som förklarar hur viss kunskap och vissa värden diffunderar in i de rättsliga premisserna.

¹⁰³ Jämför här debatten om rättsliggörande och förrättsligande, se Mathiesen *Rätten i samhället* (1991) s 114ff och Dalberg-Larsen *Lovene og livet* (1990) s 79f, 132ff. Den ena sidan av förrättsligandet är vad Strömholm benämner en 'juridisk isoleringseffekt,' där de sociala sammanhangen klipps av, med både negativa och positiva sidoeffekter, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 302f.

¹⁰⁴ Den här anförda principansatsen får emellertid inte förväxlas med den formalistiska normativa interna betydelse Hart och Kelsen kan sägas lägga i detta: Kelsen framlägger ju en *normgenetik*. Inte heller bör den förknippas med Dworkins rättfärdigande eller legitimerande mening. Den strukturella ansatsen skall förstås i dess utvidgade *deskriptiva* betydelse; som en *sociologisk* eller *social normgenealogi*: möjligen skulle denna ansats kunna benämnas generisk eller liknande, då de rättsliga principernas ursprung (genes) ligger utanför rätten, se Dalberg-Larsen om 'genetisk' rättssociologi, *Lovene og livet – en rettsociologisk grundbog* (1990) s 44f.

grad nödvändigt att kombinera den interna normativa justifieringsprocessen med den externa deskriptiva analysen. I den juridiska praktiken och verklighetsuppfattningen fungerar rättsprinciperna i som kunskapsmässiga filter för vilka rättsregler som kan falla inom det juridiskt möjligas ram, givet vissa tolknings- och systematiseringssätt. Med andra ord kan inte vilka rättsregler som helst införas i rättsordningen, om de strider mot vissa djupt grundläggande rättsprinciper och antaganden i djupstrukturen.¹⁰⁵

Interaktionen mellan nivåerna ger upphov till motsättningsfyllda moment och spänningar. Den ovan beskrivna interaktionen mellan nivåerna har skett utifrån en vertikal analys, där normtransformeringen går från sociala normer via rättsnormer till rättsprinciper och rättsregler. På strukturnivån kan man parallellt följa normernas gradvisa konkretisering från de sociala sub-systemen över rättsfältet till rättssystemet och rättsordningen. Rättsordningen innehåller således olika systematiseringsgrunder beroende på den historiskt betingade sammansättningen av rättssystemet (se vidare kapitel 3), vilket innebär att principer från skilda tidsepoker och samhällsstrukturers speciella rättsliga omständigheter ständigt blandas, med följd att det kan råda motsättningar såväl *inom* rättens nivåer som *mellan* dem. Motsättningarna kan karakteriseras som horisontella respektive vertikala konflikter.¹⁰⁶ *Horisontella konflikter* innebär att det på varje nivå existerar olika typer av motsättningar; exempelvis innebär en horisontal konflikt på rättsordningens nivå, att det kan råda motsättningar mellan olika regleringstekniker – kollisioner mellan ramlagstiftning och detaljlagstiftning i ett särskilt rättsområde. På rättssystemets nivå råder horisontella motsättningar mellan olika principer och värden, som till dels är oförenliga. På rättsfältets nivå återspeglas motsättningar mellan olika övergripande mål beträffande rättens roll och funktion i ett bredare socialt sammanhang. *Vertikala konflikter* innebär att vissa rättsprinciper inom rättssystemet är inkonsistenta med vissa rättsregler i rättsordningen. Vidare att vissa regler strider mot sociala uppfattningar i rättsfältet samt att vissa principer i rättssystemet kan strida mot sociala mål osv. Det betyder närmare bestämt att vissa rättsregler består trots förändringar i principiella resonemang och att nya principer görs gällande samt att vissa principer kan te sig föråldrade i relation till omvandlingar i synen på rättsfältets samhälleliga funktioner. Kort sagt, kan en regleringsteknik framstå som olämplig eller inadekvat givet vissa förändringar,

¹⁰⁵ Tuori menar att det rättsliga tänkandets grundkategorier i djupstrukturen bestäms av å ena sidan ett 'konstitutionsförhållande' och å andra sidan en 'avgränsningsfunktion.' Den förra "skapar ett begreppsligt, normativt och metodiskt utrymme, som möjliggör de rättsliga praktiker som skapar fenomenen på ytnivån" medan den senare "utesluter också väsentligt avvikande sätt att tänka, uttrycka sig och handla rättsligt," *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 13.

¹⁰⁶ Unger *The Critical Legal Studies Movement* (1986) s 89 och Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 191.

liksom att regleringsteknik också kan saknas.¹⁰⁷ Vissa principer kan vara inkommensurabla och kan inte avvägas eller lösas via en prioriterande metod eftersom de tillhör en heterarki, alltså ingår i ett system av värderingar som inte kan ställas mot varandra. Det rättsvetenskapliga dilemman består i att finna en lösning eller en korrekt beskrivning av motstridiga tendenser, både horisontala och vertikala. Två vägar står till buds.

a. Den ena möjligheten innebär att motsättningarna mellan systemen förstås som att principerna är *konkurrerande* och att de inte utesluter varandra. Detta möjliggör en avvägning vilket i sin tur medför att det i en konkret regleringssituation, i ett rättsligt beslut, är möjligt att avväga olika 'formativa kontexter;' det borde vara möjligt att, säg, välja en rättsstatlig lösningsmodell framför en välfärdsstatlig. Denna väg förespråkas i både Wilhelmssons och Pöyhönens arbeten, där de motstridiga rättsprinciperna kan transformeras efter ett medvetet val – i deras fall, att "välfärdsstatens rättsordning kan transformeras till ett materiellt-rationalistiskt rättssystem. De motsatta rättsprinciperna är inte antinoma utan snarare konkurrerande principer."¹⁰⁸ Denna uppfattning hävdar att motstridiga principer, härrörande från helt skilda rättsliga paradigmer eller program, är möjliga att avväga mot varandra i en given konfliktsituation, det vill säga om de anses som varande blott konkurrerande. Detta medför att lösningen står att finna i, att *ett* rättsligt paradigms principer ges företräde framför andra. Detta förutsätter att rättsliga meta-principer kan avgöra internrättsliga konflikter och framför allt innebär det en medveten prioritering av *en* viss rationalitet. Men denna prioritering kan emellertid komma att ske på bekostnad av andra, kanske mer lämpade, lösningsmodeller.

b. Den andra möjligheten innebär tvärtom att de vertikala konflikterna återspeglar principernas *antinoma* – motsägande och varandra uteslutande – karaktär och att en avvägning därför icke kan föra till en lösning. Den formativa kontexten innehåller och består av 'inkommensurabla' – ojämförbara – storheter. Det innebär exempelvis att rättsstatliga principer inte, utan vidare, kan appliceras i välfärdsstatliga rättsområden – och vice versa, givetvis, vilket medför att "konflikternas antinomi når [...] ända upp till den formativa kontextens nivå. Följden är, att rättens nuvarande konflikter inte kan lösas inom den nuvarande formativa kontexten."¹⁰⁹ Med andra ord måste en antinom konflikt, om den skall lösas, avgöras inte på rättsordningens eller rättssystemets nivå, men återförs till en analys av rättsfältet, det vill säga vilken funktion den ena eller andra princi-

¹⁰⁷ Tolonen menar att "sådana motstridiga verkningar kan förekomma som ideella konflikter ifråga om värden, principer och normer samt som *empiriska* konflikter ifråga om principer och värden på de reella rättsförhållandenas nivå," *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* (1993) s 59. Detta tycks innebära att man, i en horisontal likväl som i en vertikal konflikt, kan särskilja ideella respektive empiriska konflikter; det synes som om de *ideella* konflikterna mer kan hänföras till rättssystemets nivå, medan *empiriska* konflikter är att hänföra till rättsordningens nivå.

¹⁰⁸ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 192.

¹⁰⁹ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 192.

pen har spelat inom sin respektive tidsbundna funktion och roll i samhället. Om det är så att skilda värden återfinns på samhällslevelig nivå och dessa värden står i en inbördes horisontal konflikt, är det viktigt att utröna på vilket sätt och varför dessa fortplantas vertikalt i rätten och skapar horisontala konflikter på varje nivå.¹¹⁰ Den avgörande frågan blir därmed i vad mån dessa konflikter alls är möjliga att lösa *eller* om de skilda regleringsfälten måste antagas samexistera parallellt: Bruun menar exempelvis att “konflikterna inom eller ‘sprickorna’ i systemet är stora och [att] det finns möjligheter för olika argumentationsmodeller att leva sida vid sida.”¹¹¹ Denna åsikt, att vissa principer och rättsliga paradigmer är antinoma eller inkommensurabla, innebär en misstro mot försöket att konstruera *en* heltäckande och tolkningsmässigt övergripande meta-teori. Konsekvensen av detta *metodologiska tvivel* leder istället till mer begränsade anspråk och försök att teoretiskt renodla områdesspecifika (lokala) principer, rationalitetsbegrepp och argumentationsmodeller.¹¹² Föreliggande arbete intar denna skepsis, att förse rättsvetenskapen med, enligt Edmund Husserls ord, ‘tvivelaktighetens index.’¹¹³

2.3 En epistemologisk grundhållning (ontologin förvisad)

Uppdelningen av rätten i å ena sidan en inomrättslig distinktion mellan rättsordning och rättssystem och, å andra sidan, en utomrättslig beskrivning av rätten som ett rättsfält öppnar för en analys av relationen mellan rättens interna mekanismer och dess yttre funktion. Detsamma gäller naturligtvis normindelningen.

Ett viktigt moment i detta arbete består i att belysa *såväl* hur värdegrunden för sociala normer transformeras till rättsliga normer *som* hur de rättsliga normerna sammanhänger med sociala värden och normer. Ett samhällsleveligt beteende eller värde som på olika sätt anses vara värdefullt kan komma att beaktas i den rättsliga tillämpningen eller – åtminstone – i doktrinen. Om dessa sociala principer visar varaktighet och acceptans, transformeras de ofta till rättsprinciper – det vill säga de kläds i juridisk språkdräkt och inlemmas i den juridiska kontexten. Från ett externt perspektiv kan rättsprincipen uppfattas som ett socialt värde bland andra; från ett internt perspektiv kan ett socialt värde utgöra justifika-

¹¹⁰ Vad dessa olika rättsliga nivåkonflikter mer konkret innebär, är som sagt, beroende av skilda historiska, sociala och rättsliga motsättningar, se kapitel 4 och 5.

¹¹¹ Bruun *Rättsdogmatikens paradigmer och arbetsrättens rationalitet* (1988) s 37.

¹¹² För Bruun innebär det således att “en emancipatorisk arbetsrättsdogmatik borde medvetet använda ‘sprickorna’ i systemet samtidigt som nya element bör tas med i argumentationen,” *Rättsdogmatikens paradigmer och arbetsrättens rationalitet* (1988) s 38.

¹¹³ Husserl *Fenomenologins idé* (1989) s 69.

tionsgrunden för en rättsprincip. Det betyder med andra ord alltså att de normerande verkningarna av ett system därmed får en legitimerande funktion – det vill säga normerande verkan skapar legitimation.¹¹⁴ Ett flertal olika rättsvärden, allmänna rättsgrundsatser och rättsprinciper (specifika för olika rättsområden, såsom civilrätten, straffrätten socialrätten osv) återfinns här. Det pågår alltså ett fundamentalt värdeutbyte mellan rättsfältet och andra normerande fält, där rättsprinciperna upprätthåller viktiga värdeförmedlande funktioner.¹¹⁵

Rättsprinciper har alltså den dubbla egenskapen av stå i indirekt förbindelse med sociala värden samtidigt som de står i mer eller mindre direkt förbindelse med rättsregler. De är till hälften nedsänkta i en social värdekontext (från ett externt perspektiv), men pretenderar samtidigt på att vara juridiskt neutrala (från ett internt perspektiv). I denna mening *förmedlar* rättsprinciper vissa värden in i rättsordningen. Värden som uppstår i en samhällelig (kulturell, moralisk, politisk, religiös mm) omgivning påverkar rättsfältet, transformeras till rättsprinciper och tränger ned genom hela rätten, ned till regelnivå. Detta betyder att regler genom sina funktioner reproducerar (förstärker, försvagar etcetera) vissa värden – regeln ingår i en värdekontext, men hur pass explicit eller undanskymd denna axiologiska bas är får bedömas från fall till fall. Men en viss generalitet är dock möjlig att uppställa genom att redovisa hur vissa principer ingår i ett visst samhälleligt sammanhang, medan andra härstammar ur åter andra sammanhang. I allmän form vidareförs den vidhängande värdekontexten och den samhälleliga förståelseram vari kontexten formades och hade sitt ursprung.

Markeringen mellan det interna och externa perspektivet i illustrationen ovan (figur 2.2) anger därför olika kunskapsmässiga synvinklar på fenomenet 'rätt' – det vill säga, skiljelinjen är kunskapsteoretiskt (*epistemologiskt*) motiverad. Interaktionen både på struktur- och normnivå innebär att den externa analysen av rätten, som ett bland flera andra sociala system, fokuserar på *hur* rättsfältet interagerar och *vad* som är typiskt för dess sociala funktion. Förståelsen av detta vinnns med samhällsvetenskapliga, eller i en vid mening, allmänna kunskapsteorier. Med andra ord ger externa teorier, exempelvis rättssociologiska sådana, *förklaringar* till rättsfältets funktion. Det interna perspektivet å andra sidan syftar till en analys av rättsreglernas djupare sammanhang med grundläggande rättsprinciper – ett *normativt rättfärdigande* med hemvist i mer 'inom-vetenskapliga' rätts-teoretiska kunskapsteoretiska antaganden. Skillnaden mellan dessa båda perspek-

¹¹⁴ För ett närbesläktat resonemang, se Svensson *Genus och rätt* (1997) kapitel 4.

¹¹⁵ Jämför med Töllborgs särskiljande av moraliskt korrekta regler (sk a-regler) från pragmatiskt acceptabla regler (sk b-regler), *Personalkontroll* (1996) s 62. De förra menar Töllborg uppstår spontant, medan de senare accepteras efter övertalning eller liknande: a-reglerna kan måhända närmast liknas vid Dworkins 'principles' medan b-reglerna förete stora likheter med Dworkins 'rules' – Töllborg menar att 'rules' *parasiterar* på de värden 'principles' förmedlar, s 64.

tiv är i korthet den mellan *extern förklaring* och *intern förståelse*.¹¹⁶ När jag hävdar att skiljelinjen mellan det externa och interna perspektivet är av epistemologisk karaktär, kan det ytterligare preciseras: gränsdragningen betecknar *icke* ontologisk differens.¹¹⁷ Att det inte är en ontologisk skiljelinje betyder omvänt etablerandet av en epistemologisk kontaktyta.¹¹⁸ Den epistemologiska skiljelinjen är emellertid inte oöverstiglig. Tvärtom, hoppas jag kunna visa, är skillnaden en utgångspunkt för ett rendez-vous mellan två perspektiv.

Detta *rendez-vous* genererar metodologiska konsekvenser liksom förnyade ställningstaganden i definitionen av 'gällande rätt,' nämligen att bestämningen befrias från auktoritativa och hierarkiserande kunskapsformer och istället söker kunskap i olika 'informationsmaterial.' Frågan om 'gällande rätt' är givetvis intimt sammanbunden med rättskällefrågorna; det vill säga i vad mån rättsvetenskapen enbart har att förlita sig till *auktoritativa rättskällor* eller tvärtom bör beakta en vidare definition i *juridiskt informationsmaterial, informationskällor* eller *kunskapskällor*.¹¹⁹ Debatten är ingalunda ny och heller inte avslutad.¹²⁰ Alltså: om frågorna om rättskällor tolkas som frågor om kunskapskällor, blir den kunskapskritiska problematiken en annan: nämligen, var går gränsen för olika rättskällor

¹¹⁶ Kanske vågar man – med hermeneutiskt färgad terminologi – påstå, att den externa förklaringen metodologiskt utgör, eller skulle kunna utgöra, rättsvetenskapens underförstådda axiologiska förståelse? Om den filosofiska distinktionen i allmänhet se Furberg *Verstehen och förstå. Funderingar kring ett tema hos Dilthey, Heidegger och Gadamer* (1981); och om den rättsfilosofiska distinktionen i synnerhet se bla Doublet *Hermeneutikken og rettsvitenskapen* (1989), Rett, *vitenskap og fornuft* (1995) samt, närbesläktat, Carnera Ljungström *Ansatter til en fenomenologisk retsfilosofi* (1995). Betecknande är även Hydén's rättssociologiska iakttagelse, *Rättsregler* (1987) s 11, att:

Juridiken gör inte som andra samhällsvetenskaper anspråk på att förklara den verklighet vi lever i. Juridiken är inte uppbyggd på teorier om verkligheten och hur denna fungerar. Den tillhandahåller istället metoder för att uttolka ett visst givet regelsystems innehåll och innebörd. Man kan närmast se juridiken som en problemlösnings- eller konfliktlösningssteknik.

Han hävdar vidare att den juridiska kunskapsprocessen och juristens innersta kunskap, består i en kvalifikation av faktiska omständigheter, det vill säga en transformation från verklighet till rättslig nivå. Den juridiska kunskapen är därmed, enligt Hydén, "företrädesvis en fråga om *förståelse*," s 17.

¹¹⁷ Det vill säga man kan ur två skilda perspektiv inte dra slutsatsen att rätten har två separata verkligheter eller varanden.

¹¹⁸ Varmed själva distinktionen i inre/yttre, intern/extern bortfaller, ty vad är inre och yttre kunskap? Om den svåråtkomliga dikotomin 'inre/yttre,' se Banakar *A Passage to India: Toward a transformative interdisciplinary discourse on law and society* (2001) s 12-18. Se även Tamanaha *Realistic Socio-legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (1999) som i kapitel 6 'The internal/external distinction and the notion of a 'practice' också diskuterar anslutande kunskapsteoretiska problem.

¹¹⁹ För skeptiska kommentarer, se Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 212.

¹²⁰ Jfr Strömholm som menar att frågan om definitionen av rättskällorna "aktualiserar en metodologisk stridsfråga," s 312 i *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning* (1996) kap 15 om Rättskällebegreppet.

material rent kunskapsmässigt? Jan Hellner gör en skillnad mellan relevant/irrelevant material samt officiellt/icke-officiellt material och menar därför att “en bestämning av ‘gällande rätt’ och ‘rättskällor’ [inte] lämpar sig [...] som en exklusiv metodlära för rättsvetenskapen.”¹²¹ Med andra ord, är en normativ slutsats av *de lege lata* sålunda beroende av föregripande resonemang *de lege ferenda* (om en sådan distinktion är meningsfull). Och vidare: finns det i sådana fall en skarp skiljelinje till exempelvis rättssociologins kunskapsintressen? Att jag här skriver kunskapsintresse är naturligtvis inte av en slump, utan jag menar att även juridiken därmed också drivs av vissa (enkannerligen en mångfald) kunskapsintressen. Håkan Hydén har exempelvis hävdad att rätten kan (och måste) beskrivas utifrån vissa, ibland konkurrerande ibland kompletterande, kunskapsintressen:

Rättssociologin kompletterar rättsdogmatiken inom rättsvetenskapen genom att ställa andra frågor till rättsordningen. Det är fråga om olika kunskapsintressen. Medan rättsdogmatiken intresserar sig för reglernas tillämpning är rättssociologins fokus rättens orsaker eller genes och dess konsekvenser eller funktioner. Det rör sig således om två helt olika kunskapsfält. Rättssociologin fyller kunskapsteoretiskt ett viktigt och stort fält av rättsvetenskapen [...].¹²²

Det är möjligtvis en sak att hävda att rättsvetenskapen är i trängande behov av en epistemologisk vändning, men en annan sak att hävda att rättsvetenskapen hitintills grundats på en ontologisk förståelse. Terminologin kan måhända upplevas som främmande, men jag vill mena att den trots allt belyser mer än den fördunklar: framför allt är syftet här att dra ut de konsekvenser som finns implicita eller underförstådda i en sådan ontologisk grundhållning och också uppmärksamma de tendenser därtill som finns i samtida rättsteori. Det finns därmed vissa skäl att uppmärksamma varför det är viktigt att undvika – eller till och med tillbakavisa – rätten som en ontologisk kategori och vad som följer av ontologiska respektive icke-ontologiska perspektiv.¹²³

¹²¹ Hellner *Rättsteori* (1999) s 30f.

¹²² Se Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 10ff.

¹²³ Den stora frågan inom filosofin – och något som alltmer kommit att uppmärksammas även inom rättsfilosofin – är vad som, så att säga, kommer först: är det så att ontologin konstituerar epistemologin eller är det kanhända så att epistemologin konstituerar ontologin? Ja, här finns naturligen olika traditioner och förhållningssätt. Inte heller rättsfilosofin är förskonad från frågan om ontologi vs. epistemologi. Riktas sökljuset mot naturrätten finner man förutsättningarna för rättens giltighet i en dualistisk ontologi – dels en positivrättslig nivå, dels en ‘högre’ naturlig nivå bestående av mer permanenta värden och objektiva principer. Problemet med denna konsekvent genomförda ontologi, är för det första, att den högre transcendentala nivån tenderar att bli det verkliga planet, för det andra att den ontologiska dualismen medför en likaledes kunskapsmässig dualitet. Epistemologin dubblas, med andra ord, i kunskapsteorier inriktade mot två skilda objekt; dels kunskap om den positiva rätten, dels en mot denna korresponderande kunskap i en ‘högre’ moralordning eller naturlig rätt. Med andra ord, fick företrädarna för naturrätten avsevärda problem både med att ange *vilka* högre eller naturliga normer som har relevans för den positiva rätten och också med att ange *hur* dessa evidenta värden är kunskapsmässigt åtkomliga. För intressant kritik, se Peterson *Rättslig enhet genom naturrätt?* (1992-93) s 641 men även Kelsen *Introduction to the Prob-*

Spelar det någon roll? Javisst, för det berör i djupet rättsvetenskapens självförståelse och sättet på vilket varje juriststudent bibringas uppfattningen om rättens funktion. Frågan är därför varken retorisk eller blott terminologisk, utan här finns ett särskiljande perspektivseende av fundamental karaktär. Den är, alltså inte bara teoretisk utan har direkt relevans på ytnivån, på den juridiska tillämpningen och indirekt på den juridiska utbildningens karaktär.

a. Med rättens ontologi – eller rättsontologi – kan förstås synen på *rätten som objekt*, till och med som *objektivt faktum*. Rätten utgör traditionellt sett, för rättsdogmatiken, ett icke ifrågasatt objekt vid studiet av ‘gällande rätt.’ Rättens egenskaper är med andra ord något redan förutsatt i den juridiska världsbilden eller ‘paradigmet’ och vars grundläggande värden eller antaganden inte utan vidare kan, bör eller får ifrågasättas, med mindre starka skäl talar för detta. Juriststudenten får lära sig, att vad som *existerar*, vad som *finns tillgängligt* för juridiken, är det positivrättsliga materialets rättsregler och lagrum. I denna mening kan man möjligtvis ur en strikt intern synvinkel uppfatta rättsreglerna som ontologiska data eller fakta.¹²⁴

En rättsdogmatik som i första rummet sätter en *praktisk juridisk metod* vägleds av detta icke-ifrågasatta objekt; så menar exempelvis Lehrberg “att lära sig juridik är i första hand att tillägna sig en juridisk arbetsmetod.”¹²⁵ Rättsdogmatikens tolkning och metod utgår därmed från en förutsatt icke-ifrågasatt ontologisk grunduppfattning, även om det sällan uttrycks så explicit som här. Objektet – det vill säga rättsregeln – är, så att säga, på förhand redan känt; detta välkända objekt är naturligtvis en följd av att rättsvetenskapen och juridiken innehåller

lems of Legal Theory (1992) s 105. Rättspositivismens ontologi å andra sidan är strikt monistisk genom tillbakavisandet av naturrättens fundamenta och fokuseringen på den positivrättsliga nivåns rättsregler. Epistemologin är inriktad mot de på förhand bestämda och a priori fixerade objekten, nämligen och helt enkelt, de rättsliga normerna. I en rättspositivistisk mening är dess epistemologi tämligen snäv och begränsad; den bortser såväl från socio-moralisk som kulturell påverkan och funktion. Särskilt framträdande är naturligtvis Hans Kelsens rena rättslära och den däri explicitgjorda föreställningen om en ‘unity of knowledge,’ *General Theory of Law and State* (1946) s 421. Rättsrealismen innehåller, särskilt genom Axel Hägerströms kunskapsteoretiska kopernikanska vändning, fröet till en pluralistisk och samhälleligt orienterad epistemologi och som jag ser det finns goda möjligheter för en vidareföring av rättsrealismens epistemologiska grunder. En konsekvens vore följaktligen att renodla de socialt *normerande* system som inverkar på den rättsliga *normativa* koden. Frågan om rättsrealismens epistemologiska tillkortakommanden är naturligtvis en alltför komplicerad fråga, att utredas i detta arbete, se dock Bjarup *Epistemology and Law according to Axel Hägerström* (1985) samt Tolonen *Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen* (1991b).

Om epistemologiska problemställningar i allmänhet inom rättsteorin, se Nerhot *Legal knowledge and analogy: fragments of legal epistemology, hermeneutics, and linguistics* (1990) samt *Law, interpretation, and reality: essays in epistemology, hermeneutics, and jurisprudence* (1991). Se Ost/Van Hoecke som i *Epistemological Perspectives in Legal Theory* (1993) kontrasterar rättsvetenskapens ‘general dominant epistemological monism’ mot ‘a pluralist epistemological perspective,’ s 37.

¹²⁴ Se exempelvis Peczenik *Juridiska data. Ett bidrag till rättens ontologi* (1983/84).

¹²⁵ Lehrberg *Praktisk juridisk metod* (1993) s 11.

vissa grundvärden som ingår i ett 'paradigm,' i en juridisk världsbild. Aulis Aarnio och Jyrki Uusitalo menar att rättsdogmatiska paradigm utgörs av tolkningar av vissa grundläggande element och antaganden, på så sätt att "paradigmen strävar mot att göra dess ideal rättvisa med *givna* doktriner om rättskällor och *givna* metodiska principer. På detta sätt erbjuder paradigmerna den 'epistemiska miljön' för det egentliga juridiska problemlösningsarbetet i vilket det används rättsdogmatiska teorier. Detta innebär att dessa teorier alltid är artikuleringar av ett *givet* rättsdogmatiskt paradigm."¹²⁶ Detta är ett helt naturligt arbetssätt för vad som, enligt gängse vetenskapsteori à la Kuhn, benämns normalvetenskap: det handlar om att befästa givna principer, inte att ifrågasätta grunderna för dem.

För att nå fram till en radikal tvärvetenskaplighet, alltså en så bred förståelse och förklaring som möjligt, något som måste anses värdefullt i vår samtid, måste rättsvetenskapen överge det rättsontologiska paradigmat.¹²⁷

b. En epistemologisk ansats å andra sidan, innebär ett problematiserande av föreställningen om rätten som ett distinkt objekt och en ontologisk nivå.¹²⁸ Med

¹²⁶ Aarnio/Uusitalo *Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen* (1983/84) s 268. (Mina kursiveringar.HG).

¹²⁷ I övrigt vad avser svårigheterna med att upprätta en konsistent teori om en rättsontologi rekommenderas Aarnio "The Ontology of Law" (kapitel 2 i *The Rational as reasonable*, 1987). I försöket att utveckla en 'rättsontologi' fokuserar Aarnio på mänskliga beteenden som ett resultat av rättens påverkan och därmed en indirekt indikation på de rättsliga normernas ontologiska existens – en egendomlighet blir dock, enligt min mening, att även icke-beteenden måste räknas som fundamentala beståndsdelar i en rättsontologi, nämligen på det viset att flertalet rättsnormer ju försöker *förhindra* eller *avstyra* vissa icke önskvärda beteenden: en laglydnad (det vill säga icke-handlande) skulle kuriöst ge upphov till någon slags negativ ontologi alternativt beteendeindifferent ontologi. För samma desperata sökande efter ontologiska substrat, se Singh som finner rättsontologin manifesterad via den fysiska kropp vi kallar 'person' i den rättsliga entiteten 'rättssubjekt,' *Law from Anarchy to Utopia* (1986) s 199-206. Problem liknande Aarnios och Singhs brottas även Amselek med, se *Law in the Mind* (1991). Antologin Amselek/MacCormick *Controversies About Law's Ontology* (1991) presenterar olika rättsvetenskapliga ståndpunkter i frågan om rättens ontologi, såsom voluntaristiska, institutionalistiska, strukturalistiska och autopoietiska. Av intresse är Pattaros bidrag *A Final Word* (1991) som skiljer mellan objektivistiska och subjektivistiska varianter av rättsontologin. För en problematisering av ontologins roll inom rättsfilosofin, se Minkkinen *Thinking without Desire: A First Philosophy of Law* (1999) särskilt kapitlen 3 och 4. Noteras bör även Minkkinens *Right Things: On the Question of Being and Law* (1996) och Kubes *Ontologie des Rechts* (1986). Det bör dock nämnas att vissa försök till rättsontologiska frågeställningar inom svensk rättsvetenskap enkanerligen har väckts på senare tid; se här särskilt Anderssons utkast till en sk tre-delad ontologi utifrån Karl Poppers sk 3-världs teori, i *Skyddsändamål och adekvans* (1993) ss 183-192 samt vidareutvecklat i *Topisk retorik inom juridiken* (1994) s 116-120.

¹²⁸ Inom ramen för ett klassiskt marxistiskt synsätt på rätten är det givetvis motsägelsefullt att hänföra rätten (som idésystem och ideologi) till en ontologisk instans, det vill säga givet den marxistiska förklaringsmodellen bas/överbyggnad tillhör rätten tveklöst överbyggnaden, alltså nivån av ideologiska föreställningar och kunskaper. Om man ändå vill framhäva en rättens ontologi i denna marxistiska tradition, måste rätten hänföras till basen; detta är möjligt att göra, dock under förutsättning att basen omfattar kunskapsproduktion och inte enbart materiella produktivkrafter etcetera – se Petrusson *Patent och industriell omvandling* (1999), som menar att det postindustriella samhället nödvändiggör ett omtänkande i förhållande till den traditionella marxistiska metaforen, varför kunskap(sprocesser) bör innefattas som

andra ord ett ifrågasättande av paradigmets grundantaganden, av dess 'epistemiska miljö.' Rätten som sådan har med denna ansats ingen oberoende existens – den är snarare en kombination av en mängd olika faktorer, funktioner, skeenden, beteenden och relationer som enbart kan beaktas med en öppen och dynamisk epistemologi.

En följd av detta är således att det inte är möjligt att konstruera eller på förhand anta en koherent rättsontologi innan det aktuella objektet kunskapsteoretiskt har lokaliserats i en vidare kontext. I det här fallet kan 'objektet,' det vill säga rättens struktur och normerande funktioner, göras åtkomligt först med hjälp av flera vetenskapliga infallsvinklar och förståelser. En allmän epistemologi, i denna mening, innebär här alltså närmast frågan om olika vetenskapliga sätt att förstå och förklara rätten och här finns då ingen *a priori* given kunskapsteori eller vetenskapsgren. Ett försök att kombinera olika sätt att se på rätten innebär en öppenhet för skilda teorier, bl.a. filosofi, sociologi, etcetera.

Här hävdas att rätten inte kan förstås och förklaras som ett självklart objekt utan att detta objekt (eller process) enbart kan blottläggas först *efter* en så bred metodologi som möjligt. Vidare ifrågasätts huruvida det är möjligt att med en *ontologisk* grundhållning – alltså med en föreställning om rättens objekt[iva] 'varande' – uppställa en tvärvetenskap av det slag som jag alltså anser behövas i detta arbete. Gentemot denna rättsontologi försöker avhandlingen öppna upp för en *epistemologisk* (kunskapsteoretisk) ansats för studiet av rätten: Hur förstås rätten? Vad ingår i rätten? Hur är rätten konstituerad? Vilka kunskapsformer behövs? Vad är funktion? En juridisk förförståelse grundad i en redan given ontologi, i redan givna paradigm, är en svårframkomlig väg för en bred tvärvetenskaplig kunskap om rätten.

När jag förespråkar en epistemologisk grundhållning innebär det inte ett absolut avvisande av ontologin som möjligt perspektivval, utan frågan om *hur* 'varat' (rättens ontologiska status) är sammansatt blir en *senare* fråga. Med andra ord, menar jag att rättsontologins fråga blott är sekundär i förhållande till de epistemologiska grundfrågorna.¹²⁹ Särdraget för epistemologisk kunskap är ju att själva kunskapsprocessen i allmänhet riktas mot ett objekt (som kan antas uppvisa en koherent och stabil struktur); problemet är att rätten, eller snarare rättens funktioner och verkningar liksom dess olikartade orsaker, inte kan sägas vara ett koherent eller stabilt 'objekt,' utan kunskapsprocessen måste riktas mot en högst oklar och instabil företeelse utan klara kognitiva gränser eller begränsningar. Man kan uttrycka det så att föreliggande avhandling stannar på en epistemologisk ingångsnivå där syftet är att försöka nå fram till en bestämning av frågorna

en konstitutiv del av basen, se avsnitt '4.2.1 Kunskapsproduktion som samhällets bas' s 177-182.

¹²⁹ Se Svensson *Genus och rätt* (1997) som noterar att "med [en] ontologisk uppfattning följer olika sätt att förhålla sig till de kunskapsteoretiska frågorna, det vill säga, epistemologiska ställningstaganden," s 92. Det vill säga, en redan given eller oreflekterad ontologi genererar en lika given och oreflekterad epistemologi.

om ett flytande tillstånd kallat 'rätt.' Den ontologiska frågan är i denna mening förskjuten, sekundär eller, helt enkelt, för komplex och svårtillgänglig.

Det är denna uppfattning som bland annat ligger till grund för kontroversen mellan rättssociologins och juridikens olika metodologier. I en mening kan rättsvetenskapen inte 'förförstå' sina ontologiska grundvalar – ty just själva jämförelseobjektet, eller jämförelseontologin, är ju underkastat icke-juridisk teori och utomrättslig vetenskap. Samma rättsontologiska fråga är dock irrelevant för, exempelvis, rättssociologin, eftersom det inte är rättens interna struktur som är av primärt intresse i ett socialt sammanhang. Vad rättssociologin kanske kan göra, är att undersöka den icke-rättsliga ontologiska 'verkligheten.' Bara så småningom – via omvägar och utifrån – närmar man sig rättsontologin. Här behövs båda perspektiven.

Jag vill inskräpa att en ontologisk grundföreställning kan vara förhärskande i såväl ett internt rättsdogmatiskt perspektiv som i ett externt perspektiv: det vill säga både det interna och det externa (enkannerligen det rättssociologiska) måste betrakta rätten ur epistemologisk synvinkel. Med andra ord tillhandahåller inte heller rättssociologin per automatik en epistemologi eller en konsekvent hållen ontologi heller för den delen.

Det är utifrån denna huvudsakligen epistemologiskt förankrade mening föreliggande avhandling använder olika teoretiska och metodologiska utgångspunkter för att förstå den rättsliga komplexiteten. Detta och följande kapitel syftar till att ge en bild av rättens struktur givet vissa externa och interna perspektiv och snarare än en rättsontologi skisseras här således *epistemologiska* överväganden avseende den rättsliga strukturens form. Först efter denna teoretiska grundstrukturens etablering¹³⁰ kan, så att säga, dessa olika nivåer 'fyllas' med framställningar rörande rättens utveckling.¹³¹

Det här framförda epistemologiska förhållningssättet har en viss likhet med den av rättspositivisten Herbert Hart förespråkade skillnaden mellan en *inre synpunkt* ('internal point of view') och en *yttre synpunkt* (external point of view). Hart avser med den yttre synpunkten på rätten de regelmässiga beteenden en utomstående betraktare kan iaktta. Den inre ansluter till dem som redan inne i (rätts)systemet har förmågan att avgöra vad som utgör giltiga och gällande rättsregler. Eller som Hart själv uttrycker det: "What the external point of view, which limits itself to the observable regularities of behaviour, cannot reproduce is the way in which the rules functions as rules in the lives of those who normally are the majority of the society. These are the officials, lawyers, or private persons who use them, in one situation after another [...]."¹³²

¹³⁰ Som utvecklas särskilt i kapitel 3.

¹³¹ Vilket sker i kapitel 4.

¹³² Hart *The Concept of Law* (1981 [1961]) s 88.

Vissa väsentliga skillnader föreligger dock mellan Hart och den ståndpunkt som här förespråkas. Harts uppdelning avser främst egentligen frågan om olika personers förhållningssätt vis-à-vis rätten. Huvudsyftet för Hart är att med distinktionen ge ett lämpligt analytiskt verktyg för att kunna urskilja den (positiva) rätten från moralen och därmed också att ge ett medel för att avgöra vad som är gällande rätt. Detta renderar Hart epitetet rättspositivist. Harts distinktion fångar alls icke de olika vetenskapliga förhållningssätt på det sätt som förespråkas här: det vill säga en intern rättsvetenskaplig syn i kontrast till en extern mer samhällsvetenskapligt orienterad synvinkel. Hart uppmärksammar snarast en kognitiv distinktion (i förhållande till en redan given regelnivå), än en epistemologisk sådan.

Ytterligare ett sätt att söka fånga den epistemologiska skiljelinjen presenteras av Ost/Van der Kerchove. De utgår från en 'epistemological orientation' vad avser de två olika synsätten. Liksom Hart antar de en 'internal point of view' dock med viktiga reservationer: allmänt kritiserar de vissa riktningar inom rättsvetenskapen för att den interna synpunkten i dessa versioner "tend to provide it with an ultimate justification."¹³³ Det vill säga: den interna synpunkten blir okritiskt legitimerande. Det medför, Ost/Van der Kerchoves del, att "a truly scientific attitude cannot limit itself to adopting this internal point of view,"¹³⁴ utan måste därför kompletteras med en 'external point of view.' Vad avser den yttre synvinkeln går de utöver Hart och hävdar att två olika ståndpunkter kan intagas: antingen en 'radical external point of view' eller en 'moderate external point of view.' Den förra innebär ingen som helst hänsyn tagen till det interna perspektivet. Denna form utgör ett verkligt epistemologiskt brott ('epistemological break' or theoretical distancing) i förhållande till det interna perspektivet – den avvisar helt kunskapen om rättens inre systematik som nödvändig för förståelsen av rättens sociala funktioner. Ost/Van der Kerchove varnar dock för att "such theories [...] are in danger of no longer accounting for the specificity of their object. What they claim to gain in explanatory power, they lose in power of comprehension."¹³⁵ Den mer måttliga externa synen, som de därmed förespråkar, innebär att den interna synpunkten beaktas men utan att den reservationslöst övertages. Detta medför en hänsyn tagen både till "the requirements of systematicity that are inherent in law and of the limits to such systematicity, without taking upon itself the job of pursuing that systematization."¹³⁶ Rättsvetenskapen blir interdisciplinär.

Det epistemologiska perspektiv som här antyds påminner i stora drag således om den av Ost/Van der Kerchove lanserade måttliga externa synen – även om jag menar att den radikal-externa synen *a priori* och av kunskapsteoretiska skäl inte kan exkluderas utan förtjänar uppmärksamhet från en mer, på motsvarande sätt, *måttlig intern syn*. Jag vill i detta skede inte mer än ange de teoretiska rikt-

¹³³ Ost/Van der Kerchove *Legal System Between Order and Disorder* (1994) s 8.

¹³⁴ Ost/Van der Kerchove *Legal System Between Order and Disorder* (1994) s 8.

¹³⁵ Ost/Van der Kerchove *Legal System Between Order and Disorder* (1994) s 9.

¹³⁶ Ost/Van der Kerchove *Legal System Between Order and Disorder* (1994) s 9.

linjerna och de metodologiska konsekvenserna av vad en *allmän* epistemologisk grundhållning medför.

Avslutningsvis bör det nämnas att det inte finns något som hindrar att en epistemologi uttryckligen kan vara monistiskt utformad – detta förekommer exempelvis inom rättspositivistisk tradition. Hans Kelsen hävdar att hans teori – *den Rena Rättsläran* – och en sann rättsvetenskap, alltså rättspositivism, som ett grundpostulat måste anta en monistisk kunskapsteori vilken baseras på en “unity of knowledge.”¹³⁷ Problemet som anmäler sig är naturligtvis om de mångfasetterade processer och funktioner som går under benämningen ‘rätt’ kan förstås med en *enhetlig* kunskapsteori eller baseras på en enhetlig kunskapsform. Vilka kunskapsformer och –processer som skall ingå i denna monistiska epistemologi och hur de skall fogas samman till en enhet råder det givetvis ingen enighet om – frågan är lika gammal som rättsvetenskapen själv.

De perspektiv eller de kunskapsformer och teorier med vars hjälp ‘gällande rätt’ fastställs är så relativa, så mångfacetterade och så komplexa, att en definitiv epistemologi relaterad till ett stabilt ontologiskt objekt *aldrig* kan fångas. Vi är *ständigt* fångna i en mångfald av för alltid varierande och skiftande kunskapsprocesser, att det blir *meningslöst* att ens söka utröna en möjlig *ontologi*. Detta försätter rättsvetenskapen, eller åtminstone mig, i en minst sagt oroväckande ambivalens. Insikten om en epistemologisk grundförståelse gör mig å ena sidan *optimistisk* eftersom nya perspektiv öppnas för förståelsen av rätten. Rättsvetenskapen (som en vetenskap om rättsfältets normerande funktioner) behöver verkligen all kunskap den kan få: statskunskap, sociologi, teologi, vetenskapsteori, filosofi, antropologi, psykologi etcetera.¹³⁸

Men det gör mig å andra sidan samtidigt *pessimistisk*, ty det innebär att rättsvetenskapen aldrig kan nå fram till en fullständig förståelse av rätten, utan får nöjas med en blott partiell och inkomplett bild. Men kanske ligger fascinationen just däri – i denna undflyende och gäckande kunskapsbrist som oavbrutet driver utvecklingen framåt.¹³⁹

Jag vill mena att rättsvetenskapen är i behov av en så bred kunskapsmässig bas som möjligt, för att få en allsidig bild av rättens beskaffenhet och dess funktioner

¹³⁷ Kelsen *General Theory of Law and State* (1946) s 421; detta postulat är ett korrelat till postulatet om grundnormen som i sin tur utgör förutsättningen för postulatet om rättens enhet, s 410. Se vidare kapitel 3 nedan.

¹³⁸ Detta ger rättsvetenskapen en helt ny frihet – att nytänka ‘gällande rätt’ såsom kunskapsteori. Men det ställer oss även inför ett skrämmande ansvar, som juridiken kanske tidigare inte haft, nämligen ansvaret för att all deskription kommer att uppfattas såsom normativ intention, det vill säga att en ‘funktionsanalys’ blir ‘intensionsinriktad.’

¹³⁹ Se Minkinen *Thinking without Desire: A First Philosophy of Law* (1999) om kunskapsbristen som det konstitutiva momentet i vår ständigt misslyckade jakt på rättvisa, full kunskap och korrekta omdömen, ssk kapitel 1. Vår dåliga jaktlycka är inget att sörja, ty rättvisan är inget lämpligt offer att nedlägga – det gäller helt enkelt att inse att rätten är ett fluxus, det vill säga ständigt kontextuellt betingat och i rörelse.

och för att avgöra effekterna av en viss reglering. En epistemologi kan, enligt min mening, därför inte avskärma sig från, ehuru disparata, kunskaper som bidrar till en förståelse av rätten och ökar rättsvetenskapens självkänedom. En epistemologi måste vara pluralistisk, vilket i bästa fall leder till en tvärvetenskaplig medvetenhet om rättens olika beroendeförhållanden. Ett epistemologiskt grundperspektiv av det slag som här betonats medför naturligtvis teoretiska konsekvenser även för uppfattningen om rättens *autonomi* och *slutenhet*.

2.3.1 Frågan om rättens självständighet

I ljuset av det ovan framförda hamnar rättens självständighet i skuggan, åtminstone i en kunskapsteoretisk mening – dess *autonomi* blir problematisk och möjligtvis ifrågasatt. Rättens autonomi är i själva verket omdiskuterad – och har blivit så i synnerhet på senare tid.

Rättens autonomi framhävs vanligtvis starkt inom rättspositivistiska riktningar. En strikt uppfattning om rättens – nästan absoluta – autonomi framfördes särskilt av Hans Kelsen, där inte bara rätten är autonom men också hela den rättsliga normläran, alltså rättsvetenskapen.¹⁴⁰ Av det följer att även den juridiska metodologin står fri, är autonom. Att rätten därmed också skulle vara statisk, brukar tillbakavisas med att den är dynamisk; det vill säga rätten påverkas och förändras därefter, men på basis av en bibehållen autonomi, som avgör vad som är adekvat information (utgör rättsfakta) och därmed rättsligt relevant. Rätten är i denna mening autonom om all förändring av rätten sker genom de redan etablerade regler och principer som det sedan tidigare innehåller. Vidare måste rätten vara oberoende av olika former av direkt påverkan av andra normerande system; kanske särskilt politiskt inflytande. Den måste också vara självlegitimerande, det vill säga när dess regler är allmänt accepterade *därför att* de är just rättsliga.¹⁴¹

Rättens absoluta autonomi kom naturligtvis att kritiserats, främst från allmänt sociologiskt men även rättsrealistiskt håll. Kritiken var (och är) framförallt att rätten inte är opåverkad av dess omgivning, en mängd olika influenser och påverkansformer styr dess funktioner. Rätten måste ses i dess samhälleliga samspel och dessutom står rätten i olika komplexa relationer till moral, politik, kultur osv, som gör att en absolut autonomi inte är hållbar. Detta är inte enbart en empirisk fråga, utan ”complete legal autonomy is, even in theory, unattainable. Law is a normative system and its norms must, at least in the first instance, come from

¹⁴⁰ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 23 och *General Theory of Law and State* (1946) s 204ff, 315ff.

¹⁴¹ Se Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988) s 157f. Se essäerna ingående i antologin George *The Autonomy of Law* (1996) där autonomi genomgående förstås som, och utan tvekan ersätts med, ’auktoritet’ – det vill säga rättens autonomi blir liktydigt med rätten auktoritet att stifta lag, tillämpad av domstolar och uttolkad av fristående doktrin. *Autonomi* förstås som *auktoritet* som i sin tur, i rättspositivistisk anda, är liktydigt med *legalitet*, jfr Raz arbete med den talande titeln *The Authority of Law* (1979).

somewhere.”¹⁴² Föreställningen om rättens absoluta autonomi kom därför att få konkurrens av teorier om *relativ autonomi*, framförallt genom struktur-marxistiska rättsteorier.¹⁴³ Generellt avses med denna karakteristik att rätten ingår i en social struktur, där samhällets nivåer – ekonomiska, politisk-juridiska, ideologiska, teoretiska etcetera – inte mekaniskt avspeglar varandra, utan utvecklas på egen hand under de betingelser de fungerar utifrån, det vill säga de besitter relativ autonomi. De är autonoma därigenom att de har egna strukturer och specifika verkningssätt, varmed de utvecklar en säregenhet, både inom produktionssättet och i förhållandet till de övriga nivåerna, relativt självständigt.¹⁴⁴ Dessa nivåer kan emellertid endast förstås utifrån en analys av samhället, eftersom det är detta som konstituerar nivåernas plats och funktion inom denna helhet.¹⁴⁵ Teorierna om rättens relativa autonomi kom dock att överbetona autonomins begränsningar (såsom systematiska klassintressen, ideologiska förvrängningar osv), vilket medförde att studier av rättens självständighet underordnades. Vad som tappades bort var rättens inre mekanik och struktur; för stor hänsyn lades vid dess relativitet och för liten till autonomin – eller med terminologin här, för stor vikt vid rättsfältets primat, för liten vid rättssystemet och rättsordningen.¹⁴⁶

Ett av de senare och mest inflytelserika försöken att bemöta tesen om rättens relativa autonomi, har varit försöken att betona såväl det yttre beroendeförhållandet som den inre säregenheten; det vill säga rättens *semi-autonomi*. Denna teori om rätten utvecklades inom den Generella System-Teorin av Niklas Luhmann och problematiserar hur samhällets olika delsystem, subsystem, förmår upprätthålla sin egen säregenhet, en autonomi som blott kan vara semi-autonom – därför att rätten, till skillnad från relativ autonomi som sätter rätten i en obegränsad påverkanssituation, främst fungerar enligt en binär kod, enligt Luhmann, alltså yttre/inre, legal/illegal osv. Systemteorin har vidareutvecklats, fortfarande med Luhmann som centralgestalt för rättens del jämte Günther Teubner inom rättsociologin, till vad som benämns *autopoiesis*;¹⁴⁷ det vill säga hur de olika sub-systemen är själv-refererande, själv-producerande och själv-reflexiva – de reglerar via interna selektionsmekanismer deras egen autonomi. Även rätten är autopoietisk. Luhmann markerar tydligt sin distans till den relativa autonomin

¹⁴² Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988) s 158.

¹⁴³ Detta autonomi-begrepp utvecklades särskilt under intryck av fransk strukturalism, med namn som Nicos Poulantzas i förgrunden och Louis Althusser i bakgrunden.

¹⁴⁴ Poulantzas *Politisk makt och sociala klasser* (1968) s 12 och *Den marxistiska rättsteorin* (1967) s 256. Om relativ autonomi, se även Balbus *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law* (1977) och Stone *The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype* (1985).

¹⁴⁵ Inom marxistiskt rättsteori är den ekonomiska nivån – eller 'basen' – den i sista instans avgörande nivån.

¹⁴⁶ Om denna form av kritik se Sampford *The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory* (1989) s 247ff, Dalberg-Larsen *Lovene og livet* (1990) s 71f, Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988) s 159ff och McCormick *The Relative Heteronomy of Law* (1995).

¹⁴⁷ Se antologin Teubner *Autopoietic Law* (1988).

och hävdar att: "Autonomy, then, does not mean having a large share in the causes of one's own operations or of the continued existence of the system – an idea that would compel *weakening* the concept in the direction of 'relative autonomy' and obscure any clear boundary between autonomy and non-autonomy."¹⁴⁸ Vidare betonar han, enligt min mening alltför onyanserat, att "autonomy [...] either exists or does not. It cannot be realized a little bit."¹⁴⁹ Luhmann hävdar att varje del- eller sub-system har 'complete autonomy,' eftersom inget annat system kan ersätta dess funktioner. Därför är "*autonomy [...] not a desired goal but a fateful necessity.*"¹⁵⁰ Men autonomi-debatten är i viss mån tillbaka där den började, nämligen med en oerhört stark betoning på autonomin men där rättens öppenhet samtidigt framhävs. Denna Luhmanns uppfattning av autonomibegreppet gör det tydligt att teorin har vissa beröringspunkter med rättspositivistiskt tänkande och som François Ewald uttrycker det: "Autopoiesis is indisputably the daughter of Kelsen's Pure Theory."¹⁵¹

Viss kritik har också riktats mot uppfattningen om rättens semi-autonomi, och kanske särskilt mot Luhmanns variant därav, varmed man försökt att undvika både den marxistiskt influerade uppfattningen om relativ autonomi och Luhmanns semi-autonoma rätt. Uppfattningen synes vara att rätten *strävar* mot en autonomi, det vill säga rätten kan delvis uppnå en autonomi. Det är föga meningsfullt att, som Luhmann beskriva autonomi som ett antingen-eller förhållande eftersom det blir empiriskt omöjligt att avgöra detta,¹⁵² utan rätten kan bäst beskrivas som karakteriserad av *partiell autonomi*.¹⁵³ Lempert hävdar att "the claim of partial autonomy does not deny the possibility that law, insofar as it purports to regulate social life, may do nothing more than to reinstitutionalize the norms and values of some other authority system. But it does mean that once reinstitutionalization has occurred, legal norms and values and the actions these entail are no longer fully reducible to the actions, norms and values of that other system and so may have an independent influence on social life."¹⁵⁴

Utifrån denna debatt finns det, menar jag, anledning att ifrågasätta om det längre är meningsfullt att utgå från rättens autonomi (absolut, relativ, partiell eller semi-autonomi) som paradigmatisks grundförutsättning för förståelsen av rätten och man inte helt enkelt måste vandra dess *via negativa*, alltså ta steget fullt ut och utgå från dess motsats (icke-autonomi), det vill säga dess *heteronomi*.

¹⁴⁸ Luhmann *The Unity of the Legal System* (1988a) s 345. (Min kursivering. HG).

¹⁴⁹ Luhmann *The Unity of the Legal System* (1988a) s 346.

¹⁵⁰ Luhmann *The Self-Reproduction of Law and its Limits* (1986) s 112.

¹⁵¹ Ewald *The Law of Law* (1988) s 39; och även Ost som ser Kelsen som en föregångare ('precursor'), *Between Order and Disorder: The Game of Law* (1988) s 77ff.

¹⁵² Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988).

¹⁵³ Detta framhålls av bland andra Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988), Willke *The Autopoietic Theory of Law: Autonomy of Law and Contextual Transfer* (1991) s 113 samt (inkluderande en viss självkritik) av Teubner *Law as an Autopoietic System* (1988) s 30-36.

¹⁵⁴ Lempert *The Autonomy of Law: Two Visions Compared* (1988) s 159.

Denna problemställning innebär att beskrivningen av rätten skiljer sig åt om tyngdpunkten läggs på rättens olika grader av självständighet, autonomi, eller om dess osjälvständighet (eller bundenhet i en vidare bemärkelse), heteronomi, betonas, där kanske olika grader och former kan skönjas.¹⁵⁵

2.3.2 Frågan om rättens öppenhet

I det föregående har hävdats att rättsfältet ständigt påverkas av den omgivande verkligheten (samhället, moralen osv, det vill säga andra normerande system) och också återverkar på denna omgivning. Rätten konfronteras och interagerar med andra normerande system och strukturer. Det verkar alltså vara möjligt att beskriva rätten som vore det i någon bemärkelse ett öppet system. Men å andra sidan har även den interna dynamiken framhållits som gör rätten till ett i viss mån slutet system. Om nu rättens autonomi – på olika sätt – kan ifrågasättas (från absolut autonomi och relativ autonomi över semi-autonomi till partiell autonomi) framspringer även frågan om och hur rätten kan bibehålla sin särställning och samhällseliga roll; det vill säga, i vad mån rätten är öppen eller slutet, statisk eller dynamisk. Det är angeläget att behandla dessa frågor eftersom de leder vidare, nämligen: Innebär rättens slutenhet och autonomi att rätten i denna mening också utgör en enhet? Eller innebär tvärtom dess öppenhet att rätten inte kan konstituera någon enhet?¹⁵⁶

Niklas Luhmann har i en lika pregnant som berömd karakteristik formulerat en tes om att rätten är *både* öppen *och* slutet – eller med hans egna ord, både *kognitivt* öppen och *normativt* slutet.¹⁵⁷ Detta betyder att de omgivande systemen påverkar rättens öppna kognitiva sida, men saknar påverkan i dess interna normativa del. Att systemet utgör en normativ slutenhet innebär, enligt Luhmann,

¹⁵⁵ Inom filosofisk begreppsbyggnad används som motsatsen till autonomi (självständighet) begreppet heteronomi, det vill säga att en företeelse (subjektet, staten, rätten etcetera) bestäms och beror på omständigheter utanför den själv: jag avser med denna 'heteronomi' rättens 'bundenhet,' det vill säga att rätten är uppbunden till andra normerande system. Neil MacCormick har till dels bemött dem som förespråkar en rättens autonomi, vare sig den karakteriseras som absolut, relativ eller semi-autonom. MacCormicks i många avseenden inspirerande text *The Relative Heteronomy of Law* (1995) diskuterar rätten och moralen "from the point of view of moral agency," s 70, det vill säga ett handlingsorienterat perspektiv på den enskilde individens ställning. MacCormick menar, att det agerande subjektet i förhållande till moralen kan karakteriseras som autonomt, men i relation till rätten som 'relativt heteronomt;' på grund av att individen i det förra fallet är bunden till 'a personal normative order,' medan i det senare fallet häftar vid 'an institutional normative order.' I denna mening karakteriseras rätten som "not heteronomous *sans phrase*, but only relatively heteronomous. It is, however, this relative heteronomy of law that differentiates law from morality," s 69. Föreliggande arbete utgår inte, som MacCormick, från ett aktörsperspektiv, utan betraktar rätten som ett socialt relativt väl avgränsat normkomplex.

¹⁵⁶ Dessa frågor bildar utgångspunkten för kapitel 3.

¹⁵⁷ Se exempelvis Luhmann *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System* (1992) s 1427.

att de konstitutiva delarna i ett system, såsom rätten, både produceras och reproduceras inom systemet. Ett normativt slutet system innebär att det alltid är en norm som avgör om vissa fakta har rättslig relevans eller ej.¹⁵⁸ Med begreppet kognitiv öppenhet menar Luhmann sättet som systemet i förhållande till omgivningen reproducerar sig självt. Det innebär att en skillnad mellan rättens självreferens och externa referenser å ena sidan och å den andra distinktionen rättslig/icke-rättslig.¹⁵⁹ Den förra distinktionen hänför sig till den kognitiva öppenheten, den senare till normativ slutenhet. Hela frågan berör alltså hur rätten kan organisera sin slutenhet, eller med andra ord sin autonomi.

Günther Teubner menar att rättens funktioner kan förstås bättre med Luhmanns teori än genom de teorier, särskilt de om relativ autonomi, som laborerar med den, som han menar, enkla distinktionen i interna och externa orsaker till rättslig förändring.¹⁶⁰ Dessa teorier behandlar, enligt Teubner och Luhmann, rätten som ett helt igenom öppet, transparent, system, där rätten enbart är en förmedlande instans mellan social 'input' och 'output.'¹⁶¹ Enligt Luhmann fungerar dock varje system genom 'operational closure' och 'structural coupling.' Den operationella slutenheten innebär att (här) rätten genom interna processer avgör vad som är relevant information för dess själv-reproduktion som system; med andra ord dess förmåga till stabilitet. Den strukturella kopplingen innebär att rätten är öppen gentemot omgivningen, men enbart selektivt och alls inte på ett behavioristiskt (det vill säga input/output) sätt. Rätten är givetvis selektiv för vad som *kan* vara relevant påverkan på rätten. Denna selektivitet stammar från rättens internt och selektionen är internt *konstruerad* genom dess autonomi; det vill säga interna processer och utvecklingsätt som utvecklas relativt oberoende av omgivningen. Distinktionen mellan vad som utgör rättens själv-referentiella processer och externa referenser, är i sig en intern distinktion.¹⁶² Att denna selektion förstärker, genom interna föreställningar, idén om rättens slutenhet och enhet skall tas upp i nästkommande kapitel, då den monocentriska rättsideologin granskas.

Teubner anför som exempel rättsliga idéer eller begrepp som upprätthåller systemets strukturella koppling. Det är deras mångtydighet som gör dem till, som han menar, institutionella länkar mellan sociala och rättsliga processer. De är på en gång både sociala och rättsliga normer (standarder, direktiv, principer eller-

¹⁵⁸ Luhmann *The Self-Reproduction of Law and its Limits* (1986) s 113.

¹⁵⁹ Luhmann *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System* (1992) s 1427.

¹⁶⁰ Teubner *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1446f.

¹⁶¹ Luhmann *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System* (1992) s 1432.

¹⁶² Även här finns starka kopplingar mellan Luhmann och rättspositivismen. Glenn hävdar, att "the positivist conception of an open legal system – one which can incorporate rules of other systems by virtue of its own rules – is in reality a concept of a closed system, since nothing may enter unless a gate is first opened from within," *Reception and Reconciliation of Law* (1991) s 211.

liknand). De exempel han anför är de klassiska begreppen *bona fides*, *boni mores* och *bonus pater familias*.¹⁶³ En liknande mellanställning skulle måhända även vara karakteristisk för andra grundläggande rättsprinciper, såsom rättssäkerheten.

Nu menar jag att vissa svårigheter uppkommer med Luhmanns uppfattning av rätten som kognitivt öppen och normativt sluten. Denna mer generella teori måste, med den interna delning som företagits, föras ned till respektive nivå: alltså på vilken nivå rätten kan påstås vara öppen eller sluten. Dilemmat kan exemplifieras med den problematik Reza Banakar presenterar i *Rättens dilemma – Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle*. Den karakteristik som Luhmann ovan gett uttryck för borde ju inte rendera några problem vad avser rättens ställning i ett mångkulturellt samhälle; det vill säga rätten skulle – om det verkligen vore kognitivt öppet – kunna lösa, exempelvis, etnokulturella konflikter, såsom Banakar framhåller. Men det är svårt för rätten att hantera dessa konflikter därför att, som Banakar hävdar:

Monokulturalitet tycks utgöra en förutsättning, och inte något självvalt alternativ, för [det svenska. HG] rättssystemet. Ett monokulturellt uppbyggt rättssystem kommer enbart att producera rättsliga handlingar med monokulturella innebörder. Möjligheten till att rätten skulle kunna referera till sådana handlingar, som är förankrade utanför rättssystemet, är obefintlig. Rättssystemet kan visserligen ta in och bearbeta information utifrån – t ex vad gäller etnokulturella konflikter – men det kommer att reproducera sådana normativa effekter som ligger i enlighet med den kultur det är förankrat i.¹⁶⁴

En ytterligare exemplifiering är rättssäkerhetsbegreppet, vilket kan definieras som en generell rättsprincip och som sådan är den varken axiologiskt eller definitionsvis självklar. Peczenik menar, att rättssäkerheten innebär att rättsliga beslut både är förutsebara och etiskt godtagbara och Aarnio hävdar, likaledes, att rättssäkerheten är mötespunkten för rätt och moral.¹⁶⁵ I båda fallen tillåter denna värdemässiga öppenhet hos rättssäkerheten, att dess förankring kognitivt måste sökas i yttre omständigheter, i detta fall genom etiska resonemang, men också att rättssäkerheten normativt förmedlar något av denna externa – alltså värdebemängda – bakgrund ned till rättsordningens rättsregelnivå.

Dessa två korta exempel kan svårigen förklaras med Luhmanns karakteristik, enligt min mening, utan det är viktigt att vara observant på vilken nivå rätten kan karakteriseras som sluten respektive öppen. Luhmanns tes är, enligt min mening, endast träffande givet ett externt sociologiskt synsätt – närmast motsvarande en, med Ost/Van der Kerchoves terminologi, 'radical external point of view' – det vill säga, om rätten betraktas uteslutande som ett avgränsat 'rättsfält' kan det betecknas som *kognitivt öppet* och *normativt slutet*. Men det är inte det enda sättet att se på rätten.

¹⁶³ Teubner *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1458.

¹⁶⁴ Banakar *Rättens dilemma* (1994) s 291.

¹⁶⁵ Peczenik *Rätten och Förnuftet* (1986) s 32 respektive Aarnio *Inledning* (1986) s 17.

Utifrån Banakars anförda dilemma klargörs att rätten, internt sett, snarast verkar vara kognitivt sluten ('monokulturalitet tycks utgöra en förutsättning' etcetera, i citatet ovan) men också normativt öppen ('reproducerar sådana normativa effekter' etcetera, i citatet ovan). Om Luhmanns tes appliceras på nivåindelningen kan förtydligas att *rättsordningen* är *kognitivt sluten* och *normativt öppen*. Översatt till enklare språkbruk förstärker denna modifikation påståendet om rättens 'paradigmatiska' förutsättningar; det vill säga att rättsdogmatiken bedriver 'normalvetenskap' och att denna nivå genom sina egna grundantaganden är tillräckligt rättfärdigad.¹⁶⁶ Med terminologin ovan skulle rättsdogmatiken utgå från en ontologisk grundhållning i rättsordningen.

I det andra exemplet framstår principerna (rättssäkerheten som rättsprincip) som både kognitivt och normativt öppna: principerna är öppna åt båda hållen, så att säga. Detta innebär alltså principerna är 'värdeimpregnerade' och att nivån för det djupare rättfärdigandet därmed nås.¹⁶⁷ Detta antyder att en annan nivå inom rätten spelar roll, nämligen, enligt min modell, rättssystemet. *Rättssystemet* – och mer allmänt rättsprinciperna – kan i denna luhmannska mening karakteriseras som både *kognitivt* och *normativt öppet*. För att vidmakthålla och förstärka en sådan värdebaserad kognitiv öppenhet krävs en epistemologisk grundhållning.

Så som jag här skisserat och utvidgat Luhmanns teori applicerat på nivåindelningen, så menar jag att det är frågan om en successiv eller gradvis övergång mellan nivåerna: dvs en gradvis kognitiv öppning från rättsordning över rättssystem till rättsfält (dvs den kognitiva slutenheten ökar gradvis ju mer man nalkas rättsordningen) och å andra sidan en tilltagande normativ slutenhet från rättsordning över rättssystem till rättsfält.

Jag har här enbart exemplifierat hur en skiktning av rätten kan undanröja en ensidig karakteristik à la Luhmann, men också fördjupa en förståelse av de rättsliga fenomenens komplexitet.¹⁶⁸ Lärdomen av Luhmann är att hans, härmed reviderade, karakteristik ger rättsvetenskapen en åtminstone teoretisk chans som den borde ta: nämligen, att det interna perspektivet, genom principernas/rättssystemets samtidiga kognitiva och normativa öppenhet, har en potentiell beredskap för att kunna beakta andra vetenskapsgrenar och teorier. När avhandlingens metodologiska förhållningssätt nu skall behandlas kan det konstateras, att det alltså *redan i rättsvetenskapen ligger förborgat en möjlighet till tvärvetenskaplighet*.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Jfr Peczenik *The Basis of Legal Justification* (1983).

¹⁶⁷ Jfr Peczenik *The Basis of Legal Justification* (1983).

¹⁶⁸ Dalberg-Larsen menar "at opfatte retten eller andre sociale systemer som totalt lukket over for omgivelserne forekommer mig næsten absurd," *Lige linjer, cirkler, trekanter eller spiraler i rettens og samfundets udvikling* (1988) s193.

¹⁶⁹ Under förutsättning dock, att rättsprinciper som varande delvis sociala värdeprinciper inkluderas. För en snarlik observation om rättens latenta beredskap till (tvär)vetenskaplighet, se Doublet *Hermeneutikken og rettsvitenskapen* (1989) s 590 vilken à propos en hermeneutisk tolkningslära menar, att:

2.4 Olika rettsvetenskaplige perspektiv på retten

Vid bedømmningen av de ulike nivåerna framgår det at de aspekter og den skiktning av retten, som här framförts, leder till skilda metodologiska antaganden. Om det är så, at vissa konflikter är antinoma og enbart möjlige at lösa, eller åtminstone analysere, på rättsfältsnivå, är det tveksamt om rättsdogmatisk metod är det lämpligaste analytiske verktøyet härför. Analysen bör kanhända vara rättssociologisk og ett eventuellt remedium av rättspolitisk art. I det följande utvecklas de yttre betingelsena för en bredare metodologi som innefattar både interna og externa betraktelsesätt på retten. Det följande öppnar vägen för en framförallt teoretisk grundläggning av en pluralistisk perspektivförskjutning i avhandlingens problemställning.

Ett studium av ett rettsligt institut eller enskilt lagrum kan genomföras på skilda sätt. *En första* utgångspunkt kan bestå i at analysere dess sammanhang med övrig lagstiftning på området og ett konstaterande vad gällande rätt innebær for dess vidkommande. För det *andra* dess, 'system-kontext,' alltså överensstämelse med grundläggande rättsprinsipper og hur det, med beaktande av vissa koherens- og konsistenskrav, infogas i normkomplekset. För det *tredje* är ytterligere en framkomlig väg at utsträcka analysen till at omfatta institutets djupare rättsfärdigande genom förankring i vissa rättsviteorier og värderesonemang av mer principiell innebörd. Ett *fyärde* sätt beaktar den rättslige regleringens sociala oppkomst og funktion, förändring og motsättning inom ett samhälleligt område. Denna successiva og stegvisa analys – som inte innefattar någon värderande rangordning – av en rettslig reglering, motsvarar såväl ett *strukturellt* förlopp från rättsordning via rättsystem till rättsfält og olika normerande ordningar, som ett klarläggande av *normnivåns* skiftande betydelse, från en konkret rättsregel över dess samband med generella rättsprinsipper till interaktion med sociala normer, liksom en *metodologisk* differentiering från rättsdogmatik över rättssteori og rättsfilosofi till rättssociologi og, ytterst, sociologiske förklaringsmodeller. Den omvända successiva analysen är lika gångbar; analysen av en strukturellt bestämd idé eller en samhällelig rättspolitisk reform eller liknande, kan studeras i dess överføring og omvandling till rättsnorm, vidare till en begründad rättsprincip og därifrån till konkret formulering i en rättsregel inom rättsordningen. Implicit

I det følgende vil jeg argumentere for at en kobling av hermeneutikk og rettsvitenskap vil kunne påvise at etiske og samfunnsmessige aspekter ikke er noe man behøver å tilføre rettsvitenskapen via andra vitenskaper, f. eks. samfunnsvitenskapene, da disse aspekter allerede ligger nedfelt i rettsvitenskapen og dens metode. Eller sagt anderledes [...] hevder jeg at rettsvitenskapen ikke trenger ekstern metodisk assistance for å kunne begrunne og utvikle sin vitenskapelige karakter, etter som denne metodikk allerede ligger nedfelt i rettsvitenskapen selv.

ligger i denna uppfattning, att övergången från en nivå till en annan skapar ett metodologiskt skifte – samma metod kan inte transponeras från en nivå till en annan. Skilda metodologier och synsätt avspeglar det faktum att normens funktionella differentiering genomgår en rad epistemiska transformationer. Det är inte möjligt, att med *en* metod eller *en* teori följa normens vandringsled genom systemen; dess olika status kräver skilda förklarings sätt. Hur normen – den slutliga rättsregeln – inpassas och fungerar inom rättsordningen kräver en helt annan kunskap om rättens systematik, än vad rättssociologin kan erbjuda. På samma sätt är olika normers samverkan i den sociala kontexten i många fall mer komplex än vad rättsdogmatisk analys kan förklara. I och med att interaktionen mellan nivåerna är av olika slag har de metodologiska frågorna skilda områden för analys. Därmed är valet inte uttryck för en hierarkisk prioritetsordning, utan ett val mellan metoder och teorier med *olika förklarande räckvidder*: de belyser med andra ord regionen 'gällande rätt' på olika sätt. Vad som vinnns med en metodologi av detta slag är, menar jag, en horisontell analys, som möjliggör en samtidig expansion och precision av förklaringar åt båda hållen: från rättssociologin är det möjligt att via förmedlande teori och metod tränga in i rättsdogmatiken, från rättsdogmatiken är det möjligt att på samma sätt leta sig ut till en extern teori. *En horisontell icke-hierarkisk metodologi förutsätter dock, att de skilda metoderna hålls distinkta.*

Detta framstår kanhända som en överraskande paradox, men det finns uppenbara problem med att förstå angreppssätten som utgörandes olika metanivåer. Om de i förevarande fall aktuella förklarings teorierna skulle betraktas som mer abstrakta och generella instanser i en hierarki av meta-teorier följer, att en given teori förstås ur ett högre mer abstrakt perspektiv, det vill säga den lägre nivån innesluts i den högre. Men detta implicerar också att den 'högre' metanivån kunskaps teoretiskt inkluderar den 'lägre' teorins kunskapsform. Detta betraktelsesätt är inte ovanligt i rättsvetenskapliga sammanhang på så sätt, att rättsteorin ofta förstås som en meta-teori i förhållande till rättsdogmatiken; rättsfilosofin en meta-teori i relation till rättsteorin (således en meta-meta-teori ifht rättsdogmatiken). Slutligen borde då rättssociologin vara rättsfilosofins meta-teori (och rättsdogmatikens meta-meta-meta-teori) – detta synes mig vara en orimlighet.¹⁷⁰ Den hierarkiska rangordningen av skilda epistemologier kan undvikas genom att framhäva det faktum att de olika teorierna uppfattar sitt objekt olika, varvid helt olika frågeställningar ställs. Det är således inte fråga om en glidande

¹⁷⁰ I konsekvens härmed skulle sociologin vara rättssociologins meta-teori – alltså rättsdogmatikens meta-meta-meta-meta-teori. Uppfattningarna att de nämnda disciplinerna nästan med nödvändighet uttrycker olika under- eller överordnade nivåer med olika hierarkisk status, alltså metateorier, är legio. Exempelvis är väl Ross' berömda uttalande, a propos rättsfilosofins roll, belysande för denna uppfattning: "Retsfilosofiens genstand er ikke retten, nogen del eller side af denne, men retsvidenskabens. Retsfilosofien bor, så at sige, en etage højere end retsvidenskabens og 'ser ned' på denne," *Om Ret og retfærdighed* (1971) s 35. För ett tillbakavisande, eller åtminstone problematiserande av meta-teoretiska anspråk inom rättsvetenskapen, se Nelkens informativa *The Loneliness of Law's Meta-Theory* (1991).

skala mellan rättsociologi över rättsfilosofi och rättsteori till rättsdogmatik – eller vice versa – utan distinkta metodologiska och teoretiska räckvidder. Det låter sig svårligen göras, att med exempelvis rättsdogmatisk metod förklara komplexa sociala mekanismer liksom det på samma sätt är orimligt att rättsociologin skulle ge normativa rekommendationer av utpräglad rättsdogmatisk karaktär. Det innebär att den rättsociologiska analysens normativa räckvidd är begränsad och att rättsdogmatisk metod har ett socialt begränsat förklaringsvärde. Därmed också sagt, att det varken är önskvärt eller möjligt att rättsdogmatiken är en underordnad 'hjälpvetenskap' till rättsociologin, eller rättsociologin ett svagt destillat av rättsdogmatiken. De söker, utifrån sina utgångspunkter, olika svar på *hur* och *varför* ett reglerat område gestaltar sig som det (inte) gör. Därmed icke sagt, nota bene, att rättsociologin skulle sakna adekvans för den akademiska disciplinen rättsvetenskap, utan vad jag menar är, att man måste vara på det klara med vad en rättsociologisk teori *kan* beskriva; dess deskriptiva applikation, således. Rättsvetenskap i en mer allmänt tagen betraktelse är blott en akademisk avgränsning – man kan givetvis diskutera vad som faller inom och utom dess ramar, men en mer fullständig rättsvetenskap (eller åtminstone rättsvetenskaplig forskning) torde kunna inbegripa *bland annat* rättsociologiska analyser och teorier. Dessa närmast idealtypiska metodologier är givetvis varken möjliga eller önskvärda att upprätthålla i praktiken. De olika ansatserna flyter in i varandra – och *bör* flyta på det viset. En poäng är emellertid att uppmärksamma *vilka* frågeställningar respektive disciplin uppställer. En annan poäng i detta sammanhang är, att idealtypologin förhindrar att de skilda områdena *reduceras* till varandra.¹⁷¹ Jag förespråkar alltså inte några vattentäta skott mellan dem – skutan

¹⁷¹ Jämför denna ståndpunkt med Ost/Van Hoekes uppfattning, vilka anför tre skilda tvärvetenskapliga attityder i förhållande till rätten – pluridisciplinarity, transdisciplinarity och interdisciplinarity. Med *pluridisciplinär* tvärvetenskap avses att olika discipliner eller vetenskapsgrenar, som både utvecklar sina specifika synpunkter och relaterar till ett gemensamt studieobjekt, "are juxtaposed. This juxtaposition of knowledge [...] may be described as no more than coexistence of different languages, producing something like a scientific Babel," *Epistemological Perspectives in Legal Theory* (1993) s 43. Pluridisciplinär vetenskap försöker skapa "a common issue." Den *transdisciplinära* variantens mål är att "by discarding the specific standpoints of each discipline, to produce an autonomous body of knowledge from which new problems and new methods will arise. Here it is a matter of integrative disciplines [...] the construction of a new, common language, a kind of scientific Esperanto," s 43. En *interdisciplinär* tvärvetenskaplig forskning slutligen "proceeds from the theoretical perspective of one of the disciplines involved, developing problems and hypotheses that partially overlap those evolved in the other discipline. This time the aim is to integrate bodies of knowledge and thus bring about partial reorganization of the theoretical fields concerned by successive approaches, as in a dialogue. In this case, one language game may be said to be 'translated' into another," s 43. Enligt Ost/Van Hocke har den interdisciplinära varianten av tvärvetenskap de största förutsättningarna för, som de menar, genuin vetenskaplig forskning. Rättsteorin har en fundamental roll att spela därvidlag: den knyter samman rättsdogmatik och samhällsvetenskap.

Se vidare Ost/Van der Kerchove *Towards an Interdisciplinary Theory of Law* (1984) för riskerna med den interdisciplinära forskningen, som kan leda till både epistemologiska och axiologiska förvrängningar, s 505.

får och bör läcka, men man skall alltså vara observant på hur och var den läcker. Detta metodologiska synsätt följer ur den ovan anförda distinktionen mellan intern och extern analys av rätten – den interna skulle då motsvaras av de mer vedertagna rättsvetenskapliga deldisciplinerna rättsdogmatik, rättsteori och rättsfilosofi; den externa av rättssociologi. Låt mig ge en kortfattad och schematisk överblick av dessa deldiscipliner och hur jag i detta arbete uppfattar dem: det är fråga om ganska kortfattade och triviala bestämningar, men de tjänar dock ett illustrativt syfte. Läsaren bör alltså hålla i minnet att de utgör *förenklade idealtypologier* vilkas gränser enligt mitt förmenande bör lösas upp.

Rättsdogmatiken är traditionellt inriktad på det positivrättsliga materialet och det primära syftet är givetvis att inom ett givet rättsområde fastställa 'gällande rätt' med hjälp av rättsvetenskaplig doktrin, rättspraxis, förarbeten och rättskällelära. Rättsdogmatiken är, enligt denna mening, inriktad på en tolkning av rättsreglernas inbördes sammanhang och betydelse. Framför allt tillhandahåller rättsdogmatiken en praktiskt inriktad metodologi i samspel med rättslig praxis och opererar på rättsordningens nivå och dess rättsregler. Rättsdogmatiken är i denna mening utpräglat praktiskt orienterad och dess kunskapsteori består i kunskapen att kunna navigera på det sällsamma hav som heter 'gällande rätt,' med de instrument rättskälleläran ställer till förfogande: förarbeten, praxis, prejudikat och doktrin. Det är således en juridisk teknik som kunskapsteoretiskt inriktas på sina redan givna objekt, det vill säga rättsreglerna. Denna avhandling innehåller, som redan angivits, vissa rättsdogmatiska avsnitt, där diskussionen om de funktionshinderade rättigheter belyses med hjälp av förarbeten och aktuell lagstiftning jämte rättspraxis – även om kriterierna för vad som ingår i det socialrättsliga rättskällematerialet är synnerligen omstridda (enligt traditionell rättsvetenskaplig standard) liksom att definitionen av 'gällande rätt' därstädes, liksom annorstädes, ställer sig problematisk. Anna Christensen menar att "rättsdogmatiken som en historisk samhällelig företeelse har varit en integrerad del av en organisation som haft till uppgift att överföra det statliga normsystemet i praktisk tillämpning, anpassa det till oförutsedda konkreta situationer och till ändrade förhållanden."¹⁷² Därav dess okritiska hållning till ett allmänt accepterat normsystem, med det suggestiva ordet 'gällande rätt' som fixpunkt. Rättsdogmatikern tolkar, menar Aarnio, "gällande rättsregler. I den vardagliga praktiken finns det inget behov av att fråga om en rättsregel gäller eller ej. Svaret är givet för praktikern. Ännu mera främmande är frågan om innebörden av begreppet 'gällande'; det är enbart rättsteoretikern som är intresserad av den frågan. Å andra sidan är det rättsteorins uppgift att konstruera en konsekvent helhetsbild av rättsordningen."¹⁷³ Som torde ha framgått finns det tungt vägande skäl att ifrågasätta den traditionella föreställningen om 'gällande rätt:' resultatet är en statisk syn på

¹⁷² Christensen *Rättsdogmatik, rättssociologi och moralfilosofi* (1980) s 20.

¹⁷³ Aarnio *Inledning* (1986) s 21.

rätten, i sin tur baserad på en selektion av vissa fakta som rättsligt relevanta – Stig Strömholm talar här om juridikens sk isoleringseffekt.¹⁷⁴ Priset för detta är att 'gällande rätt' används som en fiktion. Denna fiktion måste man vara medveten om – men är det prisvärt?

Att rättsteorin, enligt Aarnio, söker skapa en 'konsekvent helhetsbild av rättsordningen' innebär, bland annat, att riktlinjer, systematiseringsgrunder och tolkningsschemata för rättsdogmatikens verksamhet anges. *Rättsteori* i den här anförda mer speciella meningen söker skapa koherens, konsistens och systematik mellan rättsregler och rättsprinciperna och, så långt möjligt, mellan rättsordning och rättssystem. Den rättsteoretiska analysen studerar hur rättsordningens rättsregler är konsistenta med vissa givna rättsprinciper. Rättsteorin är därmed både en deskriptiv teori av rättsordningens struktur och en normativ teori om densamma. Rättsteorin anger även efter vilka principer rättskällevärdet och det rättsdogmatiska rättsregelmaterialet har att rätta sig efter: alltså, hur uppnås koherens mellan rättsregler och rättsprinciper, hur nås en intern justification? Rättsteorins kunskaps teori kan sägas träffa ett annat område än rättsdogmatiken, nämligen olika teoretiska elaboreringar av vad konsistens, systematik, koherens mm innebär och hur de uppnås. Rättsteorin tar även den, i viss mening, inte bara rättsordningen men även rättssystemet för givet – det vill säga rättsteorin utgår från givna allmänt accepterade rättsprinciper. Roger Cotterrell särskiljer rättsteorin från rättsfilosofin och menar att "legal theory is taken to refer to systematic theoretical analysis of the nature of law, laws or legal institutions in general."¹⁷⁵ Det vill säga, en generell analys av icke bara rättsprinciper, men även själva de mönster efter vilka de och rättsreglerna *de facto* systematiseras och *kan* systematiseras – med andra ord, dels efter vilken grund systematiken redan är given, dels hur alternativa modeller efter vissa värden kan omsystematisera det rättsliga råmaterialet. Det förra synsättet utgör den ovan nämnda normnivåns principansats – att vissa rättsregler har sin systematiska prägel av och uppkomst i rättsprinciperna; det senare strukturnivån med fokus på möjligheterna att genom nya system och värden omstrukturera rättsreglerna, alltså en regelansats. Rättsteorin systematiserar rättsordningen efter vissa rättsligt vedertagna tolkningsmönster och som kommer att framgå kan både rättssäkerheten och sociala rättigheter analyseras utifrån å ena sidan vissa argumentationsmodeller och å andra sidan vissa rationalitetstyper. I kollisionen mellan dessa tolkningsschemata utsätts både rättssäkerheten och de sociala rättigheterna för tryck. Men givet dessa rättssystemets olika systematiska modeller möjliggörs en differentiering och jämförelse av de rättsligt sett områdesspecifika regleringarna; det vill säga hur rättsordningen och rättsreglerna är systematiserade utifrån skilda rättssystematiker. Detta rättsteoretiska anslag utgör en av förutsättningarna för analysen av

¹⁷⁴ Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 303.

¹⁷⁵ Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (1989) s 3.

det rättsdogmatiska regelmaterialen avseende LSS. Rättsteorin anger den vidare formen för hur moraliska, etiska eller andra relaterade aspekter är relevanta vid bedömningen av fastställandet av gällande rätt. Däremot är det inte nödvändigt för rättsteorin att närmare ange vilka specifika moraliska argument som är relevanta, vilket faller på rättsfilosofins lott.¹⁷⁶

Rättsfilosofin berör således de djupare justifikationsgrunderna för både de rätts-teoretiska systematiseringsgrunderna och rättsprincipernas förankring i olika legitimerande bakgrundsfakta – alltså hur rättsprinciper, och även på ett fundamentalt plan rätten själv, kan rättfärdigas. Rättsprincipernas förankring kommer alltid, i sista instans, att beröra moralfilosofiska, socialfilosofiska eller värdemässiga frågeställningar över huvud taget. Analysen av rättens interna rättsystematiska fundament – det vill säga rättsprincipernas djupare värdeförankring – utgår från en rättsfilosofisk bestämning och kunskapsteoretiskt saknar rättsfilosofin begränsning. Dess frågeställningar berör i grunden fundamentala (rättsliga) värden och (rätts)principer och hur dessa kan rättfärdigas. Kunskaps-teorin utgår i bredaste mening från allmänfilosofisk analys och argumentation; alltså särskilt moralfilosofiska tankemönster och idéströmningar. Rättsfilosofi syftar, åter enligt Cotterrell, till “clarifying or analysing the ideas or structures of reasoning implicated in, presupposed by or developed through legal doctrine, or which constitute the environment of thought and beliefs in terms of which legal processes are justified and explained.”¹⁷⁷ Vidare är rättsfilosofin huvudsakligen inriktad ”with the moral justification of particular aims or policies related to or expressed in legal doctrine.”¹⁷⁸ Än bredare rör den “the nature of justice as a general concept, the philosophical justification of particular legal or governmental policies in relation to morally controversial matters.”¹⁷⁹ Rättsfilosofin hänförs till hur rättsprinciper står i ständig interaktion med andra normerande strukturer. Rättsfilosofins uppgift är således att förankra och förklara de normativa utsagornas värdepreskriptiva kontext. Det är på detta plan som de välbekanta rättsfilosofiska varianterna skjuter in; från naturrättsteorier över rättspositivismen till rättsrealistiska förklaringar och det är också så här långt rättsvetenskapen, som akademisk disciplin, vanligen sträcker sig – men jag tror den måste gå ett steg vidare. Om det alltså kan påstås att rättsfilosofin återfinns på själva gränsen mellan intern och extern analys, medför det att rättens värdemässiga fundament och premisser kan studeras såväl från en intern rättsfilosofisk synvinkel som från externa socialfilosofiska aspekter. Enligt min mening är *det just i rättsfilosofin rättsvetenskapen har möjlighet att möta rättssociologin, eftersom de, om än från*

¹⁷⁶ Se i övrigt Van Hoecke *What is legal theory?* (1985) för rättsteorin och dess relation till rättsdogmatik, rättsfilosofi samt rättssociologi.

¹⁷⁷ Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (1989) s 2f.

¹⁷⁸ Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (1989) s 2f.

¹⁷⁹ Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (1989) s 3.

*olika utgångspunkter, faktiskt förenas i diskussionen om fundamentala värden: här tar rättsvetenskapens tvärvetenskaplighet alltså sitt första steg.*¹⁸⁰

Med *rättssociologi* avses i bredaste bemärkelse teorier om relationen mellan rätten och samhället. Rättssociologin är i denna mening också en teori om rätten, det vill säga rätten ses utifrån och med samhällsvetenskapliga förklaringsmodeller. Rättssociologin har främst utvecklat teoretiska förklaringsmodeller för rättens samhällsliga funktioner och dess utveckling som ett system bland flera; rätten är med andra ord ett samhällsligt fenomen. Härvidlag studeras rättsliga normeringars inverkan på det sociala fältet, liksom dess återverkan på rätten. Analysen av rättsfältet är av extern rättssociologisk art, enär rätten är ett samhällsligt bestämt objekt, med sin plats och funktion inom en större social struktur. Rättssociologin kan å ena sidan analysera strukturnivån, vilket medför ett studium av rättsfältets interaktion med andra system på en samhällslig nivå; det vill säga omgivningens tryck och inverkan på rättsfältet, och rättsfältets in- och påverkan på de omgivande systemen. I denna mening är rättssociologin indifferent gentemot rättens interna strukturering i rättsordning och rättssystem. Samtidigt kan rättssociologin emellertid studera den sociala interaktionens inverkan på den interna strukturnivåns reproducerande mekanismer och i det fallet torde rättsfilosofin vara ett, för rättssociologin, förmedlande supplement. Å andra sidan kan rättsociologin inriktas på normnivån, det vill säga hur vissa sociala normer eller normerande system omvandlas till rättsnormer av olika slag och vidare hur rättens självgenererande och självrefererande interna dynamik skapar sina egna regleringsnormer (bla i rättsprinciper och rättsregler). Rättssociologin inriktas på de mekanismer – alltså den *övergång* – som gör att vissa sociala normer, föreställningar, beteenden eller värden omvandlas till att bli just *rättsliga* grundprinciper; alltså vilka sociala grundvärden och ideologier som produceras som rättsliga normer. Rättsnormer genereras både utanför det rättsliga fältet och reproducerar internt dessa olika mekanismer. Rättsliga normer – och indirekt de interna rättsliga mekanismerna – måste förstås i en social kontext. Återfört på det tidigare resonemanget: *i rättssociologin upphävs frågan och antagandet om rättens autonomi.*¹⁸¹

¹⁸⁰ Tuori inplacerar de olika deldisciplinerna något annorlunda: till ytnivån hänförs tolkningsjuridik och teoretisk rättsdogmatik; till den rättskulturella nivån förlägger Tuori den rätts-teoretiska verksamheten och slutligen ligger rättsfilosofins verksamhetsfält i djupstrukturen: "inom rättsfilosofin försöker man rekonstruera och formulera rättens fundamentala begreppsliga struktur och ledande principer," *Kant och rättsvetenskapens tidlöshet* (1997) s 7. En liknande syn på rättsfilosofins roll framförs även av Doublet som menar att "det er snare-re slik at rettsdogmatikken og dens problemer sees i et annet lys gjennom rettsfilosofien," *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s 396 samt av Rennto *Rättsfilosofi, rättsteori, rättslära, rättsvetenskap? Härklyverier och gränsdragningar* (1996).

¹⁸¹ En fråga av avsevärt intresse för rättssociologiämnets självständighet, vid ett studium av rätten på rättsordningens nivå, är i vad mån dess deskription leder till att rättsvetenskapen inkorporerar dess analyser som rättspolitiska förslag *de lege ferenda*; det vill säga, i vilken omfattning den rättssociologiska forskningens preskriptiva slutsatser blir rättsdogmatiska normativa (ehuru kritiska) utsagor. Är det, med andra ord, möjligt att undvika att en rättsocio-

2.5 Dogmatiska alternativ?

I den kommande betraktelsen över rättighetsdiskursen (kapitel 4) problematiseras sociallagstiftningen utifrån en rättsdogmatisk syn som, med Aarnios terminologi visserligen *utgår* från paradigmet redan givna ramar, men där syftet är att åtminstone upptäcka graden av 'tillräckligt rättfärdigande.' Intentionen sträcker sig emellertid, som torde ha framgått, mycket längre än så, nämligen att nå fram till det 'djupgående rättfärdigandet' för att urskilja de olika regleringskonflikter som härrör från olika typer av 'formativa kontexter' förmedlade via rättssystemet. Det vill säga att med den rättsliga argumentationens normativa innehåll som grund spåra dess värdebundenhet och utgångspunkterna för värderingarna – eller med åter igen andra ord, att utifrån rättsdogmatiken avtäckas dess underliggande värdegrund.

Som torde framgå av komplexitetsgraden i problemställningarna är rättsdogmatiken som ensam metod otillräcklig vid en bredare samhällslig funktionell beskrivning, men även i de fall rättsdogmatisk analys i allmänhet framstår som helt oproblematiserad finns det inom de sk välfärdsstatliga rättsområdena och särskilt inom socialrätten, dock skäl att modifiera denna. Lotta Westerhäll menar exempelvis att det "lämpliga tillvägagångssättet för socialrättsforskaren [borde] vara att ge en realistisk bild av samtliga de faktorer som kan läggas vikt vid."¹⁸² Väsentligt är härmed, att analysera rättstillämpningen ur den enskildes synvinkel. Således förespråkar Westerhäll, en modifierad form av rättsdogmatisk metod, där "deskriptionen av samtliga instansers avgöranden är viktig."¹⁸³ Kirsten Ketscher har framhåvt förekomsten av, som hon menar, *flera socialrättsliga dogmatiker* och för att täcka in de socialrättsliga områdenas mångfacetterade funktioner lyfter hon fram olika nödvändiga argumentationsmodeller. Den *rättsstatliga* argumentationsmodellen är tillämplig där tvångsmedel förekommer – alltså, där det direkta sanktionssystemet är underkastat myndighetsutövning – eftersom det för den enskilde kan vara lika hotande att staten "ikke giver, som at den tager."¹⁸⁴ Att den rättsstatliga argumentationsmodellen icke kan vara uttömmande på det socialrättsliga området beror på det faktum att modellen utgår från ett frihets- och egendomsbegrepp som i grunden är främmande för socialrätten. Den *dogmatiskavvisande* synpunkten innebär att en rättsdogmatik med traditionella förteckningen inte kan utvecklas inom socialrätten, beroende både på sociallagstiftningens mer speciella karaktär (ramlagar och målrelaterade flexibla normeringsmönster) och att individuella rättigheter skulpterades efter klassisk rättighetslagstiftning

logisk kritik leder till juridisk legitimation? Är svaret nekande, måste slutsatsen bli att den akademiska disciplinen rättssociologi riskerar att bli underordnat rättsvetenskapens kunskapsintresse.

¹⁸² Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 302.

¹⁸³ Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 302.

¹⁸⁴ Ketscher *Flere slags socialret* (1993) s 369.

svårigen kan befästas. Den rättsliga argumentationen i denna del inskränks, enligt Ketscher, till att ge rekommendationer för lagstiftning, alltså att peka på behovet av lagstiftning och reglering. Slutligen framhäver Ketscher den sk *nynormativistiska* argumentationen som betonar utvecklandet av ett bredare rättsdogmatiskt perspektiv även inom de områden där regleringen inte har den traditionella rättsstatliga formen, ”der må udvikles en normativ tilgang til velfærdsretlige regler,” menar Ketscher.¹⁸⁵ Det vill säga, välfärdsregleringen kan och bör systematiseras efter de utgångspunkter och värdeprinciper som styr denna reglering. Det innebär att nynormativisten så att säga måste träda in i och anamma, givetvis inte okritiskt, den välfärdsstatliga regleringen och förtydliga nya systematiseringsgrunder och principer – ja, rentav skapa nya utvecklingsbara grunder. Här föreligger, brukar det hävdas, möjligheterna till en immanent kritik, genom att grunderna för kritiken återfinns redan i det föreliggande regelmaterialet, eller med Pöyhönens och Tuoris vokabulär, i de av traditionen givna styrimperativen.¹⁸⁶ Nynormativismen kan således spela en offensiv roll i utvecklandet av ställningstaganden inom rättsdogmatiken, särskilt till försvar av svaga grupper och individer. Det föreligger alltså olika utvecklingsbara värdegrunder i rätten, varvid nynormativisten, enligt Håkan Hydén, kan utnyttja det:

‘Värdegap’ mellan rätten sådan den ter sig på papperet, i de proklamerade målsättningarna, och sådan den ser ut i tillämpningen. Detta värdegap skulle kunna utnyttjas i ett legalstrategiskt arbete genom att de värdepremisser som finns i lagen och dess förarbeten systematiseras och plockades fram. Härigenom förses den rättsliga argumenteringen med stoff som kan användas i syfte att åstadkomma social förändring.¹⁸⁷

Hanne Petersen menar att nynormativismen är en uppgörelse med såväl den traditionella rättsstatliga dogmatiken och dess centrala begrepp som rättssäkerhet, förutsebarhet, avtalsfrihet med mera, som med den moderna realistiska rättsdogmatiken vilken inte längre var realistisk då den överbetonade studiet av domstolarnas praxis som vetenskapsgrund. Nynormativismen framför emellertid inte bara kritik, utan pretenderar också på att vidareutveckla rättsvetenskapen och enligt Petersen är idag en postmodern nynormativ orientering för handen. Det karakteristiska för den postmoderna nynormativismen är att den, enligt Petersen bygger på:

¹⁸⁵ Ketscher *Flere slags socialret* (1993) s 373.

¹⁸⁶ Om det immanent-kritiska förhållningssättet se särskilt Tuori *Från ideologikritik till kritisk positivism* (1999) s 14f samt Gustafsson *Immanence of Law* (1998).

¹⁸⁷ Hydén *Rätten som strategi* (1982) s 24f. För ytterligare diskussioner om nynormativism se Mikkola *Socialrättsforskning i välfärdsstaten* (1980), Eriksson *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980) s 116ff och Christensen *Rättsdogmatik, rättssociologi och moralfilosofi* (1980).

Et pluralistisk metodegrundlag, hvor man i vidt omfang inddrager andre metoder eller metoder fra andre videnskaber. De nynormative orienteringers intention er både at beskrive normer og normpluralismens konsekvenser [...] og at komme med normative udsagn og argumenter – ofte med udsagn og argumenter om, hvad en retstilstand bør være eller kunne være eller hvordan den kunne eller burde forstås her og nu. Det betyder [...] en vis udviskning af grænser mellem retsdogmatik og retspolitik, hvor argumentationens kvalitet og lødighed og overbevisningskraft formentlig kommer til at spille en større rolle.¹⁸⁸

Bernt/Doublet hävdar, likt Petersen, att rättsrealismen har spelat ut sin roll som impulsgevare för rättsvetenskapen¹⁸⁹ och att rättsvetenskapen står inför ett paradigmskifte: i den nynormativistiska riktningen återfinns bla hermeneutik, rättsekonomi, klassisk människorättsbaserad naturrätt, reflexiv rätt, polycentrisk rätt etcetera.¹⁹⁰ Till detta brokiga spektra av olika kritiska rättsteorier skall naturligtvis även den feministiska rättsteorin inräknas, som alltmer kommit att närma sig en nynormativistisk ställning.¹⁹¹ Till skillnad från en nynormativistisk hållning innebär det således att den traditionella rättsdogmatiken, som huvudsakligen grundad på rättsstatliga argumentationsmodeller och normrationalitet, sällan ägnar sig åt eller för den delen lämpar sig för studier av välfärdsrättslig reglering:¹⁹² det kan följaktligen, menar Anna Christensen, alltså “inte finnas någon socialrättslig rättsdogmatik.”¹⁹³ Alltså i den betydelsen att socialrätten inte kan förlita sig på rättsstatliga argumentationsmönster och traditionell rättsdogmatik.

När jag i inledningskapitlet nämnde att avhandlingen utgår från intresset av att säkerställa sociala rättigheter, är det att följa en nynormativistisk argumentation. Ett steg i riktningen för att kunna urskilja värden och intressen är, som tidigare nämnts, en problematisering av föreställningen om ‘gällande rätt’ och dess kontrasterande till ‘det rättsligt möjliga.’ De i synnerhet i Finland lanserade teorierna om sk *allmänna läror* har särskilt utvecklats av Thomas Wilhelmsson i anslutning till den sk sociala civilrätten. Han påvisar att sk allmänna läror återfinns

¹⁸⁸ Se Petersen *Fra retsrealisme til nynormativister. Kvalitetskrav til retsdogmatisk forskning* (1991a) s 147.

¹⁸⁹ För helt motsatta ståndpunkter, se Petrusson *Patent och industriell omvandling* (1999) och Glavå *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* (1999).

¹⁹⁰ Bernt/Doublet *Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme* (1993) s 145.

¹⁹¹ Se Ketscher *Nogle udviklingslinjer i kvinderetten* (2000) s 173, 177 och 183.

¹⁹² Det kan i och för sig ifrågasättas om välfärdsstatlig argumentation längre erbjuder något skydd mot statsmakten, ja mot välfärdsstaten själv – exempelvis har ju Mathiesen förespråkat en defensiv rättsstatlig hållning med emfas på formell rättssäkerhet som ett bättre rättsligt skydd för resurssvaga grupper, ‘Styringsjuss,’ ‘rettssikkerhetsjuss’ og det gode samfund (1986) se närmare kapitel 5. Med andra ord, kan sättas ifråga om välfärdsstatliga garantier fortfarande är hållbara när välfärdsstaten demonteras: Andersson undrar om “föreligger då en paradox när samma teoretiker som förespråkade ett nytt paradigm nu kan synas vara på defensiven och försvara resterna av en avklingande välfärdsideologi? Har förnyarna blivit försvararna av det gamla som nu kanske är på väg ut? Tja, vi får väl se – scenariot bör i vart fall vara värt en tanke för den kritiska rättsteorin,” *Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millenieskiftet* (2000) s 35.

¹⁹³ Christensen *Rättsdogmatik, rättssociologi och moralfilosofi* (1980) s 23.

bakom *varje* uppfattning om det relevanta i varje systematisering av rättsreglerna. Även den traditionella rättsdogmatiken styrs av vissa värde- och kontextbundna principer som ingår i det rättsliga 'paradigmet' – och i viss utsträckning också måste ingå där. Det uppstår härmed med andra ord alltid en valsituation beträffande vilka värderingar och systematiseringsgrunder som anses vara huvudregler och undantag.¹⁹⁴ Han menar också att det är möjligt att, givet en alternativ eller ny allmän lära, vända huvudregler till undantag och undantag till huvudregler – det vill säga att genomföra en, som han menar, 'principväxling.'¹⁹⁵ Wilhelmsson har visat hur kontraktsrättens faktiska rättsmaterial via vissa 'allmänna läror' kan omsystematiseras efter vissa 'sociala prestationshinder,' och vissa 'behovsorienterade roller' till en mer välfärdsinriktad civilrätt.¹⁹⁶

När Thomas Wilhelmsson hävdar att 'gällande rätt' framstår som ett spektrum av möjligheter, griper han tillbaka på diskussionen om dialektiken mellan *det samhälleligt möjliga* och *det rättsligt möjliga*. I stället för ett minst sagt problematiskt fasthållande vid det klassiska rättsvetenskapliga motsatsparet 'vara'/'böra,' eller deskriptivitet/normativitet, öppnar insikten om möjliga tolkningar upp en mycket vidare ram. Lars D Eriksson hävdar att det finns reella förändringsmöjligheter i varje given rättsordning: det vill säga det reellt rättsligt möjliga kan bli rättslig verklighet. Det möjliga och det verkliga är inte ett motsatspar utan tillhör, enligt Eriksson, samma kategori, därigenom att "det möjliga är potentiell verklighet, inte något utanför verkligheten."¹⁹⁷ Wilhelmsson menar vidare att utvecklandet av allmänna läror, det vill säga systematiseringen av 'gällande rätt', alltid är beroende av ett val och att det därigenom finns en möjlighet att bygga upp flera olika systematiker vilket gör det motiverat att relatera det rättsligt möjliga till det samhälleligt möjliga.¹⁹⁸ De allmänna lärorna kan därför i förhållande till samhället fungera på olika sätt; de kan vara *bromsar* för rättsutvecklingen eller de kan vara *i takt* med den. De allmänna lärorna aktualiserar i det senare fallet emellertid inte de möjligheter till rättsutveckling som samhällets utvecklingsnivåer erbjuder.¹⁹⁹ För det tredje kan de allmänna lärorna också fungera som *föregångare* till samhällsutvecklingen, menar Wilhelmsson. För att inte bli ett slag i luften, måste de allmänna lärorna inte bara relateras till vad som är samhälleligt möjligt – med analys av ekonomisk, politisk och social utvecklingsnivå – men också vad som är rättsligt möjligt, givet de värden och systematiker som

¹⁹⁴ Se Wilhelmsson *Social civilrätt*. (1987). För en övergripande framställning av både den sociala civilrätten och den sk legalstrategidebatten, hänvisas till Sandgren *En social avtalsrätt? Del I-II* (1992-93).

¹⁹⁵ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna* (1986) s 37f.

¹⁹⁶ Se särskilt Wilhelmsson *Social civilrätt* (1987), men även *Om kritisk civilrättsdogmatik* (1990).

¹⁹⁷ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudens* (1979b) s 42 jämte s 50f.

¹⁹⁸ Wilhelmsson *Social civilrätt* (1987) s 26.

¹⁹⁹ Wilhelmsson *Social civilrätt* (1987) s 31.

finns nedlagda. En sådan "framåtriktad rättsdogmatik arbetar m.a.o. inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och det möjliga."²⁰⁰

Om Wilhelmssons resonemang överförs på distinktionen rättssystem/rättsordning, betyder 'det rättsligt möjliga' att definitionen av 'gällande rätt' alltid sällar bort vissa moment eller tänkbara alternativ i det rättsligt möjliga: fastställandet av 'gällande rätt' på rättsordningens nivå konstitueras utifrån vissa kriterier valda redan på rättssystemets nivå. Genom att 'gällande rätt' på rättsordningens nivå inte problematiseras som ett val eller som en möjlighet, framstår därför 'gällande rätt' som tvingande, och istället för att spegla spelrummet för det rättsligt möjliga accentueras tvärtom föreställningen om *det rättsligt nödvändiga*. Utifrån Wilhelmsson och Eriksson finns rekvisiten för det rättsligt möjliga redan immanent angivna i rättssystemet – det finns flera *parallella alternativa lösningar* – och 'gällande rätt' i rättsordningen kan i princip *alltid* omdirigeras genom att ta fasta på den rättsligt möjliga nivån. I denna mening är 'gällande rätt' en (medveten eller omedveten) återspeglning av ett rättssystematiskt val; det vill säga i 'gällande rätt' finns det alltid utrymme för det rättsligt möjliga, i relation emellertid till vad som är samhälleligt möjligt.

Med utgångspunkt i resonemanget ovan rörande epistemologins eventuella förstag framför ett ontologiskt förhållningssätt, där ontologin i detta sammanhang 'tar-för-givet' vissa sakförhållanden, betecknar epistemologin tvärtom att 'ingettas-för-givet.' En epistemologisk medvetenhet medför en insikt om att varje faktum är teoriimpregnerat och att varje teori i sin tur är värdeimpregnerad. Det vill säga 'gällande rätt' är, utifrån en epistemologisk synvinkel, liktydigt med ett värdeval och deskriptionen därav därmed alltid värdebemängd.

Att inta en epistemologisk medvetenhet innebär en ställningstagande akt inom rättsteorins område: att inte ta en epistemologisk ståndpunkt eller hållning innebär epistemologisk ansvarslöshet. Kan epistemologin, såsom motsatt en ontologisk passivitet, vara legalstrategiskt motiverad? Ja, enligt den mening som förfäktas här innebär den epistemologiska strategin att det öppnas för en kunskapsbaserad diskussion om rättens axiologiska grund. Men en medvetet deklarerad kunskapsmässig osäkerhet om själva kunskapsprocessen och kunskapsobjektets status, brukar också föranleda betänkligheter om subjektivism och relativism. Innebär alltså ett epistemologiskt projekt, som detta, en fara för subjektivism, relativism och 'anything goes'? Jo, det finns en påtaglig risk, vilken emellertid kan diskuteras först i kapitel 6.3.1.

Både nynormativismen och de av Wilhelmsson uppmärksammade allmänna lärorna baseras till stor delar på erfarenheterna från den sk alternativa rättsdogmatiken och den därpå följande debatten om sk legalstrategier. Som startskottet för den nordiska alternativa jurisprudensen betraktas Lars D. Erikssons inflytelserika artikel *Utkast till en marxistisk jurisprudens*, anno 1979, som kom att utgöra

²⁰⁰ Wilhelmsson *Social civilrätt* (1987) s 31.

något av en programskrift för den nordiska legalstrategin. Eriksson hävdade, att (den moderna sen-kapitalistiska) rättsordningen tillförts (legitimitetsskapande) element som egentligen står i strid med dess traditionella värdesystem, och att den därför innehåller både konservativa och progressiva intressen och värderingar; det finns områden där progressiva värden tilldelats en central plats som värdepotulatur och åtminstone fått en legal formulering.²⁰¹ Den juridiska argumentationen har, enligt Eriksson, genomgått en förändring *från* en formell subsumtionslogisk rationalitet (baserad på en sk bytessvärdeslogik) *till* en målrationellitet (sk bruksvärdeslogik), där särskilt det sk behovsrationella inslaget är framträdande i välfärdstaten, vilket innebär “en tillfredsställelse av konkreta sociala behov.”²⁰² Utifrån dessa omständigheter formulerar Eriksson ett legalstrategiskt alternativ där ”de sociala behov och intressen som finns nedlagda i den senkapitalistiska rättsordningen *tas på orden, uppfattas såsom uttryck för denna ordnings primära mål* och inte endast såsom instrument för att hålla det kapitalistiska systemet vid liv.”²⁰³ På samma sätt pekar den borgerliga rättvisideologin (det vill säga *verklig* och *förverkligad* jämlikhet och frihet) utöver sig själv och utgör, menar Eriksson, ett hot mot det borgerliga samhällets grundvalar. Eriksson hävdar att en alternativ jurisprudence och marxistisk emancipatorisk rättsvetenskap kan utnyttja *redan existerande värdeelement*; “de konkreta rättskraven är således inte [...] enbart icke-rättsliga, utomrättsliga eller blott politiska frågor, utan de är även rättsliga frågor. De bör kunna förankras i den grundläggande rättviseteorin.”²⁰⁴ Utifrån detta föreligger en emancipatorisk potential, vilken möjliggör att inifrån systemet, genom en alternativ rättsdogmatik bedriva ideologikritik och rättskritik, genomdriva emancipatoriska samhällsmål.²⁰⁵ Det är, menar jag, inte svårt att inom ra-

²⁰¹ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 46.

²⁰² Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 47ff samt *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980) s 109.

²⁰³ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 46. Eriksson avser med rättsordningen här den, som han säger, senkapitalistiska rättsordningen respektive det kapitalistiska rättssystemet. Det spelar för ifrågasvarande avhandling mindre roll om rättssystemet är kapitalistiskt; jag hävdar, som kommer att framgå, att man bör ta de välfärdsstatliga regleringarna eller sociala rättigheterna – vilka konkurrerar med rättsstatliga områden – på orden.

²⁰⁴ Se Eriksson *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980) s 119.

²⁰⁵ Erikssons ambitiösa program mötte stort gensvar, men också motstånd från andra rättskritiska jurister: bla hävdade Christensen *Ideologikritik contra dogmatik* (1982) s 62, att:

men för föreliggande arbete, tolka Eriksson extensivt så att det även gäller att *ta social rättvisa*, som ett redan existerande moraliskt grundvärde och som ett genom lagstiftning manifesterat värde, *på orden*. Dessa behov och intressen, som enligt Eriksson, alltså egentligen strider mot det kapitalistiska rättssystemet, skall jag alltså verkligen försöka 'ta på orden.'²⁰⁶ Mitt emancipatoriska projekt är dock inte så vittomfamnande, utan inskränker sig blott till att *visa* på och *medvetandegöra* en allvarlig tendens. Genom att livssituationen för de svagaste grupperna i samhället (däribland handikappade), dels ekonomiskt beskärs och försvagas, men också på grund av att juridiken påstås sakna förmåga att rättsligt befästa deras redan bräckliga bas, är det min fasta övertygelse att välfärdsstaten från marginalen kommer att vittra sönder och den sociala solidariteten bli en bristvara.²⁰⁷

Nu kan det ju synas märkligt att i ett rättsområde som redan bärs fram av behovsrationella element försöka stärka dem —'ta på orden' — men som antytts är de sociala rättigheternas förverkligande hårt trängda av andra normerande strukturer, system och intressen som alls icke har en behovsrationell välfärdsstatlig förankring. Riskens — om man nu ser det så — är att även socialrätten tenderar att

Rättsdogmatiken är en form för rationell argumentation inom systemet. Själva grundförutsättningen för rättsdogmatisk verksamhet är det *minimum av förtroende för lagstiftaren* som består i att uttolkaren utgår från att lagstiftaren vet vad han gör och menar vad han säger. Det finns plats för kritik och olika meningar inom systemet, men kritiken får inte gå så långt att den ifrågasätter systemets världsbild och grundläggande värdeprenisser. Man kan inte argumentera inom ett system och samtidigt hävda att systemets aktörer inte vet vad de gör eller menar vad de säger. Vill man argumentera inom ett system som innehåller ideologiska förvrängningar, måste man antingen vara aningslös eller undertrycka de insikter man har om de ideologiska förvrängningarna. *Kan eller vill man inte det, får man lämna systemet*, och man hamnar i ideologikritiken som ett vetenskapligt förhållningssätt vare sig man vill eller inte.

Rättsdogmatik och ideologikritik kan alltså inte förenas [...]. Ideologikritiken stör den inlevelse och djupa interna förståelse av rättssystemet, som utgör en förutsättning för verkligt god argumentation (mina kursiveringar).

Man kan sannerligen fråga sig hur mycket som återstår av möjligheterna att framföra kritik av systemet och rätten: måste man gå i exil? Christensens '*contradogmatik*' uttrycker inte bara ett motstånd till den alternativa jurisprudence (åtminstone i Erikssons tappning), utan framstår dessutom som *avsevärt snävare* än den helt rimliga inomvetenskapliga hållning Westberg — utan att själv inräknas i kretsen av alternativjurister eller ideologikritiker — presenterat som en *problem- och intresseorienterad ansats* (se avsnitt 1.3 ovan). Då Christensen i ovanstående citat framhäver ett '*minimum av förtroende för lagstiftaren*' har det slående likheter med den ansats Westberg benämner *regelorienterad ansats* som är 'präglad av lojalitet mot lagstiftaren' och som därigenom också tveklöst (*é contrario*) är 'slutet.'

²⁰⁶ För ett liknande sätt att ta rätten på orden, se Kouvo/Svensson *Staten, grundlagen och sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer* (2000).

²⁰⁷ Rubriken för kapitel 6 — *Rättsliga möjligheter* — anger tydligt att arbetet infogas i den legalstrategiska traditionen. Avseende avhandlingens relation till rättsdogmatikens alternativ hoppas jag att tematiken för denna avhandling upplevs som en *fortsättning* av och *komplettering* till den alternativa jurisprudence.

glida över i och tillbaka till en, med Ketchers terminologi, *rättsstatlig argumentationsmodell* och därmed, vill jag hävda, till en rättsstatlig *rättsideologi*. Som jag ser det har den juridiska argumentationen i, kanske särskilt, socialrätten beskrivit en pendlande rörelse mellan två ytterlägen: rättsstatlig och välfärdsstatlig ideologi.

Nynormativismen och den alternativa jurisprudencen utgör något av förutsättningarna för teorin om rättens polyvalens – alltså rättens värdefullhet eller värdedifferens – som jag här bara antydningvis har tecknat konturerna av; men i nästkommande kapitel fylls skissen med innehåll. Att värden av olika slag spelar en fundamental roll för rätten och rättsvetenskapen är naturligtvis självklart och har på sätt och vis alltid varit *terra firma* för juridiken: problemet har huvudsakligen varit *hur* en rättsvetenskap värd sitt epitet skall gripa sig an värdena. På detta predikament har som bekant de rättsfilosofiska skolorna givit skilda svar: ibland har värdena ansetts oskiljaktliga från rätten, ibland förespråkas en skarp skiljelinje mellan rätt och värden. Legalstrategin, och för den delen även rättsrealismen, har alltid betonat en ärlighet, nämligen att öppet redovisa de värden och rättspolitiska ställningstaganden som ett visst rättsligt beslut, argument eller rättfärdigande i sista instans alltid vilar på.²⁰⁸ Det innebär givetvis inte att värdena är rent subjektiva, alltså i meningen godtyckliga eller uttryck för någon dominerande persons eller hegemonisk grupps egna åsikter, utan de är *systembundna* i såväl en historisk som socio-kulturell kontext, vilka genom en elaborerad systematik (läs: juridisk metodologi) renderar värdena en ställning av 'objektiva' inomparadigmatiska juridiska förutsättningar för ett fungerande rättssystem. Det

²⁰⁸ En viktig skillnad mellan rättsrealismen och den alternativa rättsdogmatiken är, förutom det emancipatoriska kunskapsintresset hos den senare, naturligtvis att de förra ansåg att genom ett värderande rättspolitiskt uttalande *de lege ferenda* måste juristen ställa sig vid sidan om (rätts)vetenskapen, medan den alternativa rättsdogmatiken infogar en värderande argumentation i rättsvetenskapen. För rättsrealisternas företrädare betyder det *inte* att juristen skall avhålla sig från värdeomdömen eller andra värderande utsagor, men juristen måste för auditoriet klargöra att han därmed lämnar sin rättsvetenskapliga hemvist, så att uttalandena inte ges sken av auktoritativ vetenskaplighet. För ett enligt min mening välkommet undanröjande av de ideologiska blockeringar och missuppfattningar som häftar vid föreställningarna om den skandinaviska realismens sk värdenihilism, se Glavå *Arbetsbrist* (1999) kapitel 1. Den alternativa jurisprudencen opererade naturligtvis inte i ett rättssteoretiskt vakuum. Den kan först och främst – förutom dess öppet politiska emancipationssträvanden – ses som en motreaktion mot den då (och fortfarande?) förhärskande rättspositiviska rättsförståelsen som teknifierade juridiken bortom all politisk och moralisk verklighet. Å andra sidan kan den även ses som en motreaktion till en till rättspositivisk metod reducerad rättsrealism. Men, jag menar att den alternativa jurisprudencen *genom* att ha infört samhällsanalys och studerat domstolarnas verkliga funktioner, vidareförde en del av rättsrealismens ursprungliga intentioner: jag påstår till och med att den alternativa jurisprudencen (möjligen omedvetet) är en *förklädd rättsrealism med emancipatoriska förtecken*. Här är jag naturligtvis inte ensam i min bedömning, utan i själva instämmer jag i Pihlajamäkis uppfattning om den alternativa rättsdogmatiken som realismens reinkarnation, *Den rättsliga formalismen och kritiken av den* (1997) s 67. För två arbeten som avslutar (eller pånyttföder?) det förra seklets rättsrealistiska tradition, se Petrusson *Patent och industriell omvandling* (1999) avsnitt 1.4.1.4 och 1.4.2 och särskilt Glavå vilken i undertiteln till avhandlingen *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* otvetydigt karakteriserar den som *en alternativrealistisk arbetsrättslig studie* (1999).

finns, utöver de eventuella emancipatoriska strävandena, vill jag mena även en vetenskaplig *plikt* att påvisa dessa världens existens, ty utan att nå tillbaka till åtminstone några av dem är det svårt att beskriva de konflikter, kollisioner och kunskapsintressen som manifesteras i rätten.

Min ambition är att i kantiansk mening frivilligt underkasta mig själv denna plikt-känsla eller pliktmoral.

Rättens polyvalens

Från pluralism via polycentri till polyvalens

So, the state, to come back to the state: a state in which there would be only unum would be a terrible catastrophe. And we have had, unfortunately, a number of such experiences. A state without plurality and a respect for plurality would be, first, a totalitarian state, and not only is this a terrible thing, but it does not work. We know that it is terrible and that it does not work. Finally, it would not even be a state. It would be, I do not know what, a stone, a rock, or something like that. Thus, a state as such must be attentive as much as possible to plurality, to the plurality of peoples, of languages, cultures, ethnic groups, persons, and so on. That is the condition for a state.¹

Jacques Derrida

3.1 Rättsvetenskapens monocentriska perspektiv

I det föregående kapitlet har några av de påståenden som nämndes i det inledande citatet av Kelsen uppmärksammats; nämligen i vilken mening rätten kan sägas vara ett 'system' och i vilken betydelse det är en 'ordning.' Poängen var att ge ansatserna till en teori om rättens *struktur* (rättsordning och rättssystem) och *funktion* (rättsfält). I detta kapitel kommer det tredje momentet – 'enhet' – att problematiseras med hänsyn tagen till den senare tidens teoriutveckling om rättspluralism och rättslig polycentri. Eftersom ett delsyfte med denna avhandling är att undersöka *både* de externa faktorer som konstituerar rättens pluralism *och* de spänningar som därmed reproduceras internt i rätten och mer konkret i lagstiftningen, är det nödvändigt att studera dessa skilda faktorer på samtliga nivåer. I kapitlets senare del redovisas de skilda utvecklingslinjer som görs gällande på de

¹ Derrida *Deconstruction in a nutshell* (1997) s 15.

interna nivåerna jämte det externt betraktade rättsfältet samt i nästa kapitel hur rättighetstänkandet kan inskrivas i dessa skilda nivåer.

I försöken att söka beskriva rättens omdaning och nya former frodas såväl rättssociologiska som rättsteoretiska teorier om rättens mångfald eller pluralitet: dels en från rättsantropologin och rättssociologin utgående *rättspluralistisk* teoribildning, dels en mer inomrättsvetenskaplig teoribildning om rättskällornas *polycentri*. Det gemensamma draget är ifrågasättandet av idén om rättens enhet, dess monocentri och de konsekvenser en sådan föreställning implicerar för rättens normativa effekter och den rättsvetenskapliga självförståelsen. En problematisk omständighet är dock, att medan rättspluralismen (såsom grundad i yttre sociologiska perspektiv) har ansetts vara för bred och därmed ofta varit obeaktad inom rättsteorin, har på motsvarande sätt de polycentriska ansatserna inom rättsdogmatikens område upplevts som alltför snäva utifrån ett rättssociologiskt synsätt. Den primära skillnaden är att det ena perspektivet är deskriptivt, medan det andra är, och kanske måste vara, upptaget av normativa positioner. En annan aspekt är att det förra förhållningssättet dessutom är externt, medan det senare är internt. Ambitionen är, trots detta, att med hjälp av den metodologi och begreppsbyggande som introducerades i föregående kapitel knyta samman de båda perspektiven och utveckla dem till en grundmodell för studiet av rätten. Min utgångspunkt är att de båda synsätten måste korsbefrukta varandra: en pluralistisk metodologi måste alltså löpa genom samtliga förklaringsnivåer, *från* rättssociologi *över* rättsfilosofi *till* rättsteori och rättsdogmatik. Liksom det omvända. Med andra ord är det otillräckligt att blott kunna konstatera 'extern' pluralism, om inte också dess konsekvenser vidareförs till det 'interna' planet. På samma sätt är en teori som enbart fäster avseende på en inre polycentri endast ett halvfabrikat, om den bortser från en yttre pluralism. Denna modell om rättens polyvalens (som utvecklas i avsnitt 3.4) kommer att tjäna som vägledning för avhandlingens fortsatta framställning både vad avser rättens utveckling, socialrättsliga spörsmål liksom de rättssäkerhetsmässiga aspekterna.

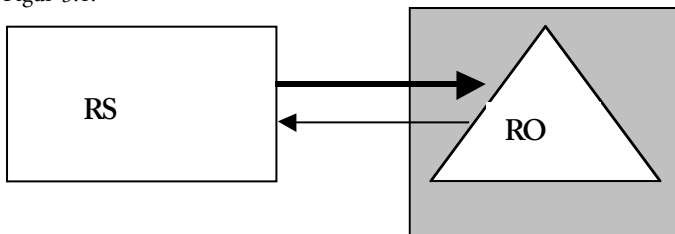
3.1.1 Den monocentriska ideologin

Den moderna rätten kännetecknas enligt den traditionella rättsvetenskapen av monocentri och enhet: och det är denna föreställningsvärld som också är föremålet för rättspluralismens kritik. *Rättens monocentri* brukar beteckna det förhållandet att all normgivning sker genom ett väl definierat statligt centrum. Den lagstiftande församlingen utgör centrum för skapandet av rättsreglerna; själva lagstiftningsakten sker i och genom parlamentet. Då normproduktionen uteslutande är att hänföra till ett statligt maktcentrum där lagstiftningen produceras, innebär det underförstått att all annan normproduktion *sensu stricto* inte betraktas som varande (gällande) rätt. *Rättens enhet* betecknar att den positiva rätten är komplett i den meningen att den är motsägelsefri – i den mån det uppstår

(logiska, normativa, språkliga eller axiologiska) luckor kan de tolkningsvis lösas inom systemet vilket garanterar en enhetlighet. Rätten förmodas ges en enhetlig och koherent karaktär av den prejudikatsbildande rättsutvecklingen och genom rättsvetenskapen vars uppgift just är att skapa en enhetlig systematik, dvs att fastställa innebörden av 'gällande rätt.' Den klassiska juridiska metoden enligt vilken regelkonflikter och principkollisioner löses, är ofta med hjälp av en formell rättskällelära med stark hierarkisk uppbyggnad. I sista instans kanske motsägelsen måste lösas via lagstiftning.

För att fortsättningsvis bättre kunna belysa de olika ståndpunkter som pluralismen och polycentrin representerar, begagnas den terminologi som presenterades i föregående kapitel: den traditionella rättsvetenskapens syn på rätten kan då sägas innebära, att *rättsordningen* är monocentrisk och att mot denna svarar ett uniformt *rättssystem*. Det skulle kunna påstås, att rättsordningen och rättssystemet uppvisar en *enhetlighet*. Inom traditionell rättsvetenskap – som implicit eller explicit utgår från monocentri – antas det råda ett korrelationsförhållande mellan rättsordningens regelstruktur och den ordnande struktur rättssystemet har. Rätten har totalt sett en koherent och konsistent struktur, den är enhetlig – någon avgörande systematisk motsättning mellan det historiskt kontingenta och den synkront gällande rätten kan inte spåras: tvärtom ligger det väl i den juridiska metodologin att försöka överbrygga (ja, utplåna) varje sådan motsättning. Det är här det rättsteoretiska antagandet om rättens enhet återfinns. En illustration återger detta förhållande.

Figur 3.1.²



Rättens enhet och monocentri som premisser för det rättsliga tänkandet självt är de centrala måltavlorna för rättspluralismens kritik, men de problem som uppkommer med enhetsantagandet är (åtminstone) tvåfaldigt: för det första kan ifrågasättas om all normproduktion *sensu largo* kan härledas till den statliga lagstiftningsmakten eller om det finns andra centra med liknande normerande funk-

² RS betecknar rättssystemet. RO betecknar fortsättningsvis rättsordningen och det skuggade området dess territoriella (nationella) avgränsning. Pilarna anger olika påverkansförhållanden; den markerade pilen från RS till RO anger den primära orsaksrelationen, där rättssystemet systematiserar rättsordningen och rättsprinciperna ger upphov till rättsregler. Pilen i den andra riktningen anger rättsordningens sekundära återverkan på rättssystemet i form av rättfärdigande och utfyllnad av rättsprinciperna.

tioner; för det andra kan ifrågasättas om rätten kan vara ett enhetligt system och i så fall enligt vilka kriterier. Förutom att belysa den faktiskt förekommande pluralismen i samhället och rätten, är det kanske främst den rättsliga (själv)förståelsen som pluralismen ifrågasätter, med andra ord den rättsliga förståelsehorisont som följer av en monocentrisk världsbild eller, som det benämns i internationell litteratur: *the ideology of legal centralism*. Denna 'rättscentralistiska ideologi' framställer enligt pluralisterna inte bara den rättsliga verkligheten i ett falskt skimmer utan har dessutom allvarliga konsekvenser för vår förståelse av rätten och därigenom för rättens möjligheter till adekvat styrförmåga. Den rättscentralistiska ideologin som kännetecknar den moderna västerländska rättsvetenskapen består enligt John Griffiths, den kanske mest välkända företrädaren för den moderna rättspluralismen, i att:

Law is and should be the law of the state, uniform for all persons, exclusive for all other law, and administered by a single set of state institutions [...] law is an exclusive, systematic and unified hierarchical ordering of normative propositions.³

I detta uttalande ligger inget kontroversiellt, utan torde väl kunna omfattas av de flesta jurister både som en korrekt lägesbeskrivning och som en normativ önskedröm. Griffiths grusar emellertid båda dessa förhoppningar, ty det är genom konsekvenserna av denna uppfattning som rättscentralismen visar sig – citatet belyser en rad problematiska uppfattningar om rätten, som strax skall skärskådas. Rättscentralismen vilar på en räckta grundföreställningar, varav den viktigaste består i ett antagande om statsmakten som den centrala normproducenten. Det vill säga, staten spelar en avgörande roll vid avgränsningen och identifieringen av rättsliga normer. Ett starkt formalistiskt drag kännetecknar den monocentriska rätten – det är enbart formellt lagstiftade regler som tillerkänns status som rättsligt relevant normmaterial. Konsekvensen av denna syn är att enbart den statligt promulgerade rätten betraktas som *verklig* rätt; andra former av rättsliga institutioner, såsom sedvana, informell normbildning och, tidigare även domstolspraxis, betraktas som sekundära rättsformer, icke-rätt, subsidiära sedvaneformer eller undantag osv. Själva det monocentriskt förstådda rättsbegreppet är invävt i föreställningen om statsmakten som den legitima normgenererande faktor framför andra. Konceptionen om rättens monocentri har därmed ofta varit beroende av föreställningen om ett *lika homogent statsbegrepp*; det finns en ideologisk strukturlikhet dem emellan, eller som Henrik Zahle uttrycker det "there is a parallel between the pyramidal structure of the hierarchy of rules and the pyramidal structure of authorities."⁴ Med andra ord utgör statsmakten hörnstenen i föreställningen om rättens enhet och monocentri. Härav den ofta framhåll-

³ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 3. För liknande omdömen av den moderna rätten, se även Pospisil *Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems* (1971) s 99, 102 och Podgorecki *Social Systems and Legal Systems - Criteria for Classification* (1985) s 8f.

⁴ Zahle *Six Theses on the Legal Pyramid* (1993) s 50f.

na nödvändiga förbindelsen mellan uppfattningen av rätten som *ett* enhetligt hierarkiskt normativt system och staten som *den* fundamentala enheten för politisk organisering.⁵ Starkast har tanken kommit till uttryck i rättspositivismen (se strax nedan).

Den här monocentriska synen på rätten har inte alltid varit förhärskande eller självklar, utan rättscentralismens ideologi uppstår i ett speciellt sammanhang. En åsikt, främst företrädd bland (rätts)sociologer, är att rättens enhet som en bärande idé i rättsvetenskapen finner historisk grogrund i samband med de suveräna *nationalstaternas* uppkomst under 1600- och 1700-talen och särskilt konsolideringsfasen på 1800-talet – tanken om rättens enhet eller monistiska struktur slår rot i samband med tanken om statens formella nationella enhet och den därtill knutna statliga centralmaktens våldsmonopol.

Intressant att notera i sammanhanget är att det juridiska språket blir nationellt, dvs naturrättens universella latin överges till förmån för den nationella språkdräkten som ett uttrycksmedel för den nationella särarten och den rättsliga territoriella enheten. Med andra ord blir det feodala religiösa latinets naturrätt ersatt med nationalstaternas sekulariserade nationella positiva rätt – “juristerna blev det rättsliga språkets uttolkare.”⁶ De första juridiska avhandlingarna i Norden som lämnade latinets och antog nationell språkdräkt, skrevs först vid mitten av 1800-talet.⁷ För den historiska skolans företrädare ledde det långt, då juristerna eller snarare rättsvetenskapsmännen kom att fungera som ‘representanter för nationen.’⁸

En annan uppfattning, ofta framförd av rättsteoretiker, hävdar däremot att rättens enhet är ett normativt begrepp som enbart kan vara meningsfullt om det kopplas till statens kvalitet som *rättsstat*, kanske särskilt för de demokratiska rättsstaterna på 1900-talet. I konsekvens härmed upplevs rättens tilltagande pluralism, splittring eller fragmentisering som ett allvarligt hot mot de värden och kvaliteter som rättsstaten traditionellt innefattar.⁹ Den förra åsikten, att rättens enhet uppstår med och är knuten till nationalstaten, ser i rättslig pluralism däremot inget nödvändigt åsidosättande av rättsstatliga värden eller rättssäkerheten, men däremot en naturlig försvagning av nationalstaterna – rättslig pluralism är snarast ett konsekvent resultat av en omvärld alltmer karakteriserad av ökad globalisering, internationalisering och mångkulturalitet i olika hänseenden. Problemet blir då snarast huruvida en försvagning av nationalstaterna också måste medföra en upplösning av den demokratiska rättsstaten och dess värden. Eller omvänt och med andra ord, i vad mån demokratiska rättsstatsprinciper kan

⁵ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 3.

⁶ Nousiainens *Juridiskt språk och nationalitet* (1993) där det juridiska språket sammankopplas med nationalism, historiska skolan, den gryende rättspositivismen och monokulturella föreställningar.

⁷ Björne *Brytningstiden* (1998) s 20f.

⁸ Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) s 52f.

⁹ Arthurs *Without the Law* (1985) s 211f.

fortleva i en värld kännetecknad av en upplösning av det formella nationalstatsbegreppet.¹⁰

Även om föreställningen om monocentrin och enhetstanken föds med 1800-talets rättsvetenskap finns det även tidigare inslag av enhetstänkande. Enhet i naturrättslig mening kan närmast sägas innebära någon slags överensstämmelse mellan den positiva rätten och den 'naturliga' 'högre' rätten, eller rättvisan. Genom historiens gång har föreställningarna om denna enhetsgrund och 'högre' rätt skiftat karaktär: Gud, naturen eller 'förnuftet.'¹¹ Claes Peterson hävdar att enhetstanken synes ha spelat en viss, ehuru underordnad, roll nämligen därigenom att naturrätten var absolut, oföränderlig och universell: "på sin egen nivå – rättens domäner – utgjorde naturrätten den högsta enheten som alstrade all övrig rätt."¹² Strävan efter att åstadkomma eller visa på enhet i det positivrättsliga materialet självt synes ha saknat omedelbart intresse för naturrättsliga företrädare även om utpräglade systematiseringstankar förvisso förekom, exempelvis hos Christian Wolff.¹³ Själva den rättsteoretiska terminologin kände vid 1700-talets slut ännu inte begreppet 'enhet,' utan vanligt var, enligt Manfred Baldus att "även om man visst talade om 'system' och 'systematisk metod' förbands inte dessa uttryck med termen 'enhet'."¹⁴ Rättssystematiken var präglad av logiska och grammatiska tolkningsgrunder, ja rentav matematiskt influerade systematiseringsideal uppställdes, främst genom nämnde Wolffs 'euklidiska' metod.¹⁵ De klassiska naturrättsliga läroarna kunde dock inte enas ens om de mest basala rättsprinciperna för rätten. Det är först när den universella naturrätten tappar fotfästet och rätten blir en nationell angelägenhet, som enhetstanken slår rot.

Ur epistemologisk synpunkt kan tilläggas att naturrätten förutsätter två skilda nivåer; dels den av den naturliga rätten präglade nivån som innehåller eviga allmängiltiga principer, dels den positivrättsliga nivån som är historisk kontingent. Härur uppkommer, menar Peterson, "två räckor av juridisk kunskap, dels den historisk-positivrättsliga, dels den filosofisk-naturrättsliga,"¹⁶ vilket gör att naturrätt och positiv rätt hamnar i kunskapsteoretisk motsatsställning till varandra. Problemet med den naturrättsliga monocentrin är alltså primärt av kunskapsteoretisk karaktär – den kräver inte bara att man förmår frilägga den positiva

¹⁰ Se exempelvis De Lange om 'pluralist Rechtsstaat,' *Divergence, fragmentation and pluralism. Notes on polycentricity and unity in law* (1995) s 118.

¹¹ De olika naturrättsläroarna är legio, Strömholm *Rätt, rättskällor, rättstillämpning* (1996) samt Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989).

¹² Peterson *Rättslig enhet genom naturrätt?* (1992-93) s 637f.

¹³ Peterson *Rättslig enhet genom naturrätt?* (1992-93) och Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 14.

¹⁴ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung*. (1995) s 31 (Min översättning, HG). Baldus framhäver Christian Wolff, men även von Moser, Hufeland och Schott som 'systematiker,' s 30ff. Se vidare Björne *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert* (1984) samt *Nordische Rechtssysteme* (1987).

¹⁵ Björne *Patrioter och institutionalister* (1995) s 236ff och *Brytningstiden* (1995) s 248ff.

¹⁶ Peterson *Rättslig enhet genom naturrätt?* (1992-93) s 641.

rättens eventuella centrum och dess enhet, utan dessutom måste den högre rättens centrum och enhet kunna upptäckas och friläggas. Naturrätten kan inte lösa detta delikata epistemologiska problem, med mindre kunskapsprocessen dubbleras och blir, får man förmoda, dubbelt svår.¹⁷ Visserligen, menar Peterson, gjorde "naturrätten [...] juristen till världsmedborgare, men den förmådde inte skapa enhet i det rättsliga stoffet."¹⁸

I och med naturrättslärornas avklingande betydelse, mister även rätten sina föregivet universalistiska pretentioner: rätten blir en angelägenhet för den nationella identiteten där de nationella rättsordningarna ses som enheter. Med andra ord blir rättens enhet avhängigt en territoriell enhet. Men systemtänkandet får även en förnämlig filosofisk förankring – det är nämligen ingen mindre än Immanuel Kant som i sitt epokgörande arbete *Kritik av det rena förnuftet* inför enhetsbegreppet som ett väsentligt systeminslag. Hos Kant är dock den kunskapssteoretiskt orienterade enhetstanken ett postulat och en förutsättning, inte något i verkligheten föreliggande. Enhet är en regulativ idé jämte andra principer, såsom homogenitet, specifikation och kontinuitet.¹⁹ Kants idéer får stort inflytande på debatten om möjligheterna av en enhetsvetenskap, som följde därefter. Kants uppfattning kommer även att få stora konsekvenser i rättsvetenskapen i början av 1800-talet, när rättssystematiken går in i en ny fas. Då naturrätten förlorat sina rättsfilosofiska legitimitetsgrunder, blir enhet i den positiva rätten och i det positivrättsliga materialet av avgörande betydelse – förutom de djupgående ekonomiska, sociala och politiska förändrade förutsättningarna för rätten, kommer rättsvetenskapen att inkorporera den kantianska enhetssystematiken. Baldus menar att "den juridiska receptionen av det kantianska system- och vetenskapsbegreppet hade vid 1800-talets begynnelse som begrepp infört 'systematisk enhet' i den positiva rätten."²⁰

Enhetsbegreppet kommer snart nog att kopplas till nationell enhet och frågan om möjligheterna att fixera sedvanerätten i heltäckande enhetliga kodifikationer. Det är framförallt i Tyskland som frågan blir brännande och politiskt kontroversiell genom den sk kodifikationsstriden mellan kombatanterna Anton Thibaut och Friedrich von Savigny. Det är Thibaut som först kommer att begagna 'rättens enhet' som ett argument i tillskapandet av en för hela Tyskland omfattande kodifikation; alltså som ett rättspolitiskt kampbegrepp med politisk-ekonomiska och national-politiska övertoner. Rättens enhet i Thibauts mening knyts därmed samman med ett bestämt territorium och en nationell kodifikation, dvs rättslig enhet är beroende av statlig territoriell enhet. Thibauts anhängare von Gönner

¹⁷ Jfr Kelsens inställning till naturrätten, som menar att detta leder till följande ohållbarhet: "The familiar mistake of doubling the object of cognition, which occurs when the cognizing theorist, having established the unity of the object of cognition [...], goes on to hypostatize that unity, to posit [it] as real, concrete," *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 105.

¹⁸ Peterson *Rättslig enhet genom naturrätt?* (1992-93) s 642.

¹⁹ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 37ff.

²⁰ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 48 (Min översättning, HG).

uttrycker det så, att "fädernelandets enhet är planterat i alla hjärtan genom rättens enhet."²¹ Statlig enhet blir ett *sine qua non*, eller som Baldus menar att "utan statlig enhet blir rättsenhet blott ett avlägset mål."²²

Thibaut framhävde nödvändigheten av en kodifiering, som skulle frambringa en systematisk enhet av det historiskt disparata rättsmaterialet i en heltäckande lagbok. Thibauts ambition är kanske begriplig om man betänker att Tyskland vid den tiden bestod av 38 småstater, med delvis olika lagstiftningar. Medan Thibaut föredrar rättens 'systematische Einheit' talar Savigny istället om rättens 'organische Einheit' – skillnaden är kanhända marginell, men speglar ändå en nyansskillnad. Friedrich Savigny talade exempelvis om "die organische Einheit des Rechts" och "der innere Zusammenhang des Rechtssystems," alltså om enhet som en inre egenskap hos rätten.²³ Denna rättens enhet utgår av såväl ett logiskt som 'organiskt' postulat, vilka finns i rättens naturliga ordning – rätten besitter en immanent enhet.²⁴ Det finns en i "dem Recht inwohnenden Einheit," alltså en i rätten inneboende enhet, ja till och med en högre enhet, "höheren Einheit." Savignys centrala tanke var att rätten hade sitt ursprung i folkets rättsövertygelse. Savigny hävdade därför, i sin motskrift, att en kodifikation à la Thibaut låser den organiska rättsutvecklingen: han menade att rätten successivt utvecklas mot en organisk enhet, alltså ett komplicerat samspel mellan folkets organiska utveckling tillsammans med rättens organiska framväxt och den roll rättsvetenskapen hade som uttolkare av dessa båda utvecklingslinjer. Denna enhetstanke, som inte aktiverar en form hos rättsystemet (alltså en systematisk enhet), utan en innehållslig enhet via folkets rättsövertygelse, undanröjer ingalunda den dualistiska spänningen mellan idé och verklighet, utan skapar en ny tvetydighet ('Ambiguität').²⁵ Denna 'Ambiguität' innebär en spänning mellan å ena sidan den inneboende enheten i rätten och å andra sidan i att frambringa denna enhet, vilket är rättsvetenskapens prerogativ: rättens enhet blir en graduell strävan.

Savignys tanke om folkets rättsmedvetande utvecklades, på ett kanske ödesdigert sätt av hans anhängare och lärjunge Georg Puchta, vilken också hävdade att det finns en inneboende förnuftig ordningsprincip, ja en logisk nödvändighet, i rättens organiska framväxt.²⁶ Men Savignys tämligen harmlösa föreställning om ett folkets rättsmedvetande, får hos Puchtas en annan konnotation: han framhåller föreställningen om en 'folkanda,' en enhetlig 'Volksgeist.' Denna rättsveten-

²¹ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 51 (Min översättning. HG).

²² Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 53 (Min översättning. HG).

²³ Björne *Brytningstiden* (1995) s 326, med hänvisning till Savignys *System des heutigen Römischen Rechts I* (1840).

²⁴ Se Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) s 40ff.

²⁵ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 60 respektive s 70. Savignys enhetsbegrepp kommer att kännetecknas av ett både objektiv- och subjektividealistiskt enhetsbegrepp, s 69. Den naturrättsliga rättsmetafysiken som, enligt Björne *Brytningstiden* (1985) s 233, flyttade in i den historiska skolans lokaler (och sedermera i rättspositivismen) kom att bestå och visade sig bla alltså i enhetspostulatet.

²⁶ Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) s 54f.

skapligt tvivelaktiga *mésalliance*, mellan Savigny och Puchta, betyder, enligt Puchta, att det finns ett nödvändigt sammanhang mellan “der Einheit des Rechts” och “der Einheit des Volksgeistes.” Det vill säga, rättens enhet beror av en enhetlig ‘Folkanda’ och, *a fortiori*, konkret-historiskt innebar sökandet efter denna ‘Volksgeist’ ett antagande om en ‘ideellen Homogenität des deutsche Volkes.’²⁷ Om den historiska skolan redan tidigare haft problem med att fastställa rättens organiska inre enhet, blev problemet knappast mindre genom ‘Volksgeist.’ Denna ‘Volksgeist’ var inte särdeles demokratiskt förankrat, utan var ett ideellt begrepp.²⁸ Det behöver knappast nämnas att den historiska skolans begrepp om rättens enhet baseras på starkt metafysiska och idealistiska föreställningar om rättens natur.²⁹

Även om föreställningen om rättens enhet användes först av Thibaut, framstår icke desto mindre den historiska skolans tankevärld som det laboratorium vilket ytterligare destillerade ideologin om rättens enhet. Vad den historiska skolan företredare med sina teorier och olika tolkningar av enhetsbegreppet lade grunden till var föreställningen om rättsvetenskapens autonomi och särställning, men icke desto mindre: “i enhetsformeln, flyter saklig analys, politiska förhoppningar och filosofisk-teoretiska antaganden ihop.”³⁰

Enhetsbegreppet kom också att få stort inflytande i den tyska statsrätten. Om enhetsbegreppet tidigare kopplats samman med *nationell enhet* (Thibaut), den *organiska rättens inneboende enhet* (Savigny), med *folkandens enhet* (Puchta) och med *enheten i själva rättsorganismen* (Jhering), så blev det också starkt förbundet med lärorna om staten som en person, de sk personlighetslärorna. Hos Friedrich von Gerber kan staten liknas vid en person, ja *är* en personlighet, staten har en vilja. Denna antropomorfa metafor om statspersonen och dess vilja, förutsatte också att dess vilja var enhetlig: “Gerber gelingt durch diese Heraushebung des staatlichen Willens als ‘Zentrum,’ ‘einheitliches Princip’ und ‘lebendiger Mittelpunkt’ des staatsrechtlichen System.”³¹ Starkast formulerades tanken hos Georg Jellinek, som hävdade en “Einheitlichkeit des staatlichen Willens.”³² en variant av enhetsformeln som emellertid betonade att statens vilja underställdes

²⁷ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 74ff.

²⁸ Björne *Brytningstiden* (1995) s 232f.

²⁹ Baldus karakteriserar den historiska skolan som historiemetafysiskt-spekulativ, s 62, och som både objektiv-idealisk och subjektiv-idealisk.

³⁰ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 88 (Min översättning. HG). Om den senare historiska skolans vidareutveckling av enhetsbegreppet, särskilt hos Jhering som talade om ‘die Einheit des Rechtsorganismus’, se Baldus s 83-87. Se även Ingber *Le pluralisme juridique dans l’œuvre philosophes du droit* (1972) s 58-64 vilken presenterar ‘le point de vue moniste’ hos von Jhering, Dabin och andra.

³¹ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 126.

³² Om Carl Friedrich von Gerber och Georg Jellinek, se Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 121-131. Om Gerbers uppfattning, se Wilhelm *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (1989) s 96ff.

vissa enhetliga mål, en statens 'Zweckseinheit' eller 'teleologische Einheit.'³³ Med andra ord är rättens enhet avhängig statens och statsviljans ändamålsenliga enhet.

Med Adolf Merkel övergår den senare historiska skolans begreppsjurisprudens i en utpräglad rättspositivism och de metafysiskt-spekulativa idealistiska inslagen försvinner till förmån för en fokusering på den positiva rätten ensamt. Det är enbart i de positiva rättsnormerna som rättens enhet skall sökas: "Der grund der Einheit des Rechts findet sich im Recht selbst."³⁴ Ur denna 'Einheitsformel' springer hela det rättspositivistiska tänkandet fram. Rättsvetenskapen hade vid tiden för Merkel (dvs ca 1875) hamnat i en prekär situation: å ena sidan hade de stora filosofiska metafysiska systemen försvunnit, å andra sidan utvecklades nya empiriska vetenskapsideal – för rättsvetenskapen innebar det en situation, där juridiken 'hotades' att beblandas med sociologi, psykologi och ekonomiska vetenskaper. Det enhetsbegrepp Merkel ställde upp syftade till att stärka rättsvetenskapens ställning: "Die Behauptung einer Einheit des Rechts als Begründung der Autonomie der Rechtswissenschaft wirkt dieser Gefahr entgegen und verhilft dazu, ein Residuum eigenständiger juristischer Arbeit zu verteidigen."³⁵ Det är juristens prerogativ och rättsvetenskapens monopol att söka skapa rättslig enhet. Merkels teori kom senare att vidareutvecklas av nykantianerna Rudolf Stammler och framförallt Hans Kelsen.³⁶

I modern tid förknippas antagandet om rättens enhet tveklöst med Hans Kelsen. I den *Rena Rättsläran* fastställs rättsnormerna och deras formella ordning i ett rättssystem. Problemet om deras formella giltighet ges en lösning i teorin om rättssystemet som en skapelsekedja – ett sammanhang (Zusammenhang). En norms giltighet beror på huruvida den skapats i överensstämmelse med normer av högre dignitet och om den i stort efterlevs. En norm är giltig på grund av en högre, denna i sin tur genom en än högre norm, vilken skapats i överensstämmelse med än högre normer och så vidare. Regelsystemet bildar därmed en hierarkisk 'avsatsbyggnad' (Stufenbau), men slutligen finns inga högre normer att tillgå. Kelsens innovation är det bekanta införandet av antagandet om en yttersta sk Grundnorm, vars funktion är, att juristerna och rättsvetenskapen måste anta att rättssystemet uttrycker gällande rätt. Givet att grundnormen gäller, så är rättsordningen också giltig.³⁷

När Kelsen diskuterar begreppet rättens *enhet* sker det i den rena rättslärans kontext. Kelsen frågar sig "what accounts for the unity of a plurality of legal norms, and why does a certain legal norm belong to a legal system?"³⁸ I enlighet med läran om grundnormen är svaret att "a plurality of norms forms a unity, a

³³ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 129.

³⁴ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 92.

³⁵ Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 93.

³⁶ Om Stammlers variant av Merkels enhetsformel och nykantianismen i övrigt, hänvisas till Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 94-101.

³⁷ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 64.

³⁸ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 55.

system, an order, if the validity of the norms can be traced back to a single norm as the ultimate basis of validity. This basic norm [...] constitutes the unity in the plurality of all norms forming a system.”³⁹ Denna enhet, som grundnormen garanterar, resulterar i ett logiskt slutet normsystem. Det är alltså grundnormen som är nyckeln till förståelsen här: rättens enhet hänger på förståelsen av grundnormen. Kelsen menar dock att grundnormen är hypotetisk och fiktiv: en epistemologisk förutsättning för att klargöra vad rättsvetenskapen alltid har gjort, nämligen förutsatt att rättsordningen uttrycker gällande rätt. Grundnormen existerar inte, är heller inte empiriskt prövbar eller i övrigt grundad i externa förhållanden.⁴⁰ Följdfrågan är givetvis hur en sådan fiktion kan generera rättens enhet. På detta ger, såvitt kan utrönas, Kelsen inget tillfredsställande svar. Om rättens enhet, enligt Kelsen, vilar på en fiktiv grundnorm är även den hierarkiska avsatsbyggnaden, som ett uttryck för denna påstådda enhet, en fiktion.⁴¹ Det vill säga, om normpyramiden även den är en epistemologisk fiktion måste rimligtvis rättens enhet tolkas som blott ett normativt ideal; alltså en huvudsakligen metodologisk ledstjärna.⁴²

Kelsen nämner enhet även i ett annat sammanhang. Han menar nämligen att staten och rätten utgör en enhet, en begreppslig identitet där de förutsätter varandra – statsordningen är med andra ord otänkbar utan en rättsordning, liksom en rättsordning inte kan existera utan en statsordning.⁴³ Detta ger emellertid inte

³⁹ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 55 och *Pure Theory of Law* (1967) s 195.

⁴⁰ Kelsen *Den rena rättsläran* (1933) s 33; *Pure Theory of Law* (1967) s 204 samt *General Theory of Norms* (1991) s 256. Om grundnormens epistemiska funktion, se vidare Minkkinen *Thinking without Desire - A First Philosophy of Law* (1999) s 37ff samt Gustafsson *Den andre Kelsen* (1995) s 6f och *Immanence of Law* (1998) s 150ff.

⁴¹ Det skall emellertid noteras, att man mycket väl kan laborera med sk fiktioner. Hans Vaihinger har bla utvecklat en filosofisk lära om fiktioner som ändamålsenliga postulat, om sambandet mellan Vaihinger och Kelsen se Tur *The Kelsenian Enterprise*, s 169, 174 (1986). I detta sammanhang, betyder det att rättens enhet är en fiktion men att den trots detta har en nyttig funktion, nämligen att juristerna strävar efter att göra den enhetlig. En analogi kan vara: genom att tro på Gud, så arbetar jag bättre – detta bevisar emellertid inte Guds existens.

⁴² Måhända är det möjligt att anta existensen av flera grundnormer, och därmed flera rättsliga pyramider. Några som (om)tolkat Kelsen i denna riktning är Eckhoff/Sundby, *The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence* (1975). Möjligheten att då skapa enhet, är att en avsats-teori måste bildas bland dessa grundnormer – problemet löses dock inte, eftersom en sådan meta-teori själv måste vila på ett grundnormsantagande av än högre valör. Detta skulle då innebära ett teoretiskt stöd för en rättslig pluralism eller polycetri, även inom ramarna för den rena rättsläran.

⁴³ Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1992) s 99-106 och *General Theory of Law and State* (1946). Huruvida Kelsen även anser att staten är en fiktion, alltså en politisk grundnorm liknande den rättsliga grundnormen, är helt oklart; men det är en obehaglig tanke, om statens enhet vore ett normativt politiskt ideal, enär det för tankarna till det citat av Jacques Derrida som inleder detta kapitel. För övrigt torde det förmodligen strida mot Kelsens övertygelse som liberal jurist, att förespråka statspolitisk enhet. Historien skrämmer. Om enhetstanken hos Kelsen och särskilt om identiteten stat-rättsordning, se Baldus *Die Einheit der Rechtsordnung* (1995) s 132-161.

någon vägledning om *rättens* enhet, ty frågan förskjuts blott till huruvida *staten* är enhetlig och här tystnar Kelsen.⁴⁴

Två rättsfilosofiska riktningar är svåra att bedöma vad avser påståenden eller antaganden om en rättens enhet. Huruvida det redan hos John Austin och Jeremy Bentham, den äldre analytiska resp sociologiska rättspositivismen, kan förekomma enhetsantaganden, synes ansatserna därtill ligga i suveränens vilja: dennes vilja måste vara en och enhetlig.⁴⁵ I dessa viljeteorier, där alltså rättens innehåll härleds till suveränens vilja torde föreställningen om rättens enhet ytterst vara direkt härledbar ur föreställningen om statens våldsmonopol. Bentham menade att “without punishment, no such thing as law” och Austins karakteristik att “the law is nothing but commands depending on the habit of obedience” är välbekant. Rättens enhet blir därmed starkt knutet till statens effektiva sanktionsmöjligheter. En politisk konsekvens är att rättens enhet torde vara mer konsistent, ju högre grad av statlig politisk styrning (våldsmonopol) som genomsyrar samhällslivet.

Vad avser rättsrealismen är det svårt att entydigt utläsa normativa påståenden om rättens enhet, eftersom de kritiserar både naturrätten och rättspositivismen i alla dess varianter. Jørgen Dalberg-Larsen menar dock att Alf Ross’ teori synes förutsätta någon form av enhet hos domarkåren, genom förekomsten av en ‘fælles domerideologi,’ en gemensam domarideologi.⁴⁶ Tvärtom, skulle jag vilja hävda, innehåller det rättsrealistiska grundantagandet fröet till en viss grad av pluralism, åtminstone är det svårt att finna belägg för uttalanden om rättens enhet: Olivec-

⁴⁴ Kritik, även från rättspositivistiskt håll, har dock riktats mot Kelsen enhetsantagande. Så menar exempelvis Raz att Kelsens argument går i cirkel: enda sättet att fastställa rättssystemet är med hjälp av grundnormen, som i sin tur enbart kan fastställas när väl rättssystemet har etablerats, *The Authority of Law* (1979) s 127ff. Det finns, enligt Raz, till och med ingenting som hindrar att två eller flera rättssystem kan tillämpas på samma territorium; “everything depends on the ability to identify the basic norm, but it cannot be identified before the identity of the legal system is known. Therefore, the basic norm cannot solve the problem of identity and unity of legal systems, and Kelsen has no other solutions,” s 129. För liknande synpunkter på Kelsen se även Herbert Harts grundläggande kritik om hur Kelsens postulat om rättens enhet framställs som en *logisk nödvändighet* hos rätten, *Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law* (1970) s 181. Hart ifrågasätter därutöver Kelsens påstående att rätten bildar en enhet därför att det, enligt Kelsen, existerar *en* kunskapsform (‘jurisprudence’ or ‘connaissance juridique’) och *en* rättsvetenskap som representerar sitt objekt *som* en enhet. Hart distanserar sig från Kelsens hypotetiska grundnormsantagande ytterligare och menar att den ‘rule of recognition’ han själv framlägger är en “empirical, though complex, question of fact,” *The Concept of Law* (1981) s 245. Det är en ‘factual question.’ Denna berömda teori om ‘rule of recognition’ (igenkänningsregel) – som kan sägas vara en empirisk variant av Kelsens grundnorm – tycks inte omedelbart förutsätta något enhetspostulat av Kelsens dignitet. Emellertid tycks dock igenkänningsregeln *de facto* utpeka, att den inre synvinkeln bygger på en juridisk intersubjektiv kunskap om relevanta kriterier för gällande rätt. Enheten i denna inre synvinkel skulle kunna tas till intäkt för att Hart förutsätter någon form av rättslig (kognitiv) enhet.

⁴⁵ Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 14.

⁴⁶ Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 15 samt Ross *Ret og retferdighed* (1971) s 41.

rona uttalar exempelvis att "i själva centrum av rättssystemet förlorar sanktionerna sin betydelse."⁴⁷

Tesen om rättens enhet tillhör emellertid inte bara det förflutnas rättspositivistiska rättsvetenskap, men har förespråkare också idag, även om grunderna för denna enhet något gjutits om. Det måste betonas att även om rättspositivismen och den historiska skolan inte utgör de dominerande skolriktningarna i vår samtida rättsvetenskapliga debatt, är arvet efter dem högst påtagligt – antagandet om 'rättens enhet' vilar ingalunda i ett förfallet dödsbo, utan utövar fortfarande en stor lockelse, om än som ett undermedvetet tankemodus. Främst ligger den rätts-teoretiska diskussionen om *rättens koherens* som en enhetsgrund, vilket jag återkommer till avslutningsvis i kapitel 6. Ett annat tillskott i floran om rättens enhet, kommer från ett något oväntat håll, nämligen rättssociologen Niklas Luhmanns systemteori. Enligt honom upprätthåller det rättsliga subsystemet (vilket gäller varje socialt subsystem) sin enhet via en sk binär kod vilken definierar vad som är rättsligt reproducerbart men samtidigt utdefinierar de faktorer eller normer som inte upprätthåller systemets enhet, dvs dess fortlevnad. Denna binära kod – *right/wrong* eller *legallillegal*⁴⁸ – säkrar det autopoietiska systemets autonomi och enhet:

Whatever serves as unit in the system, including the unity of the system itself, has to be constituted by the system itself. All elementary units and the unity of the system as well are achieved by the reduction of complexity. They are performances of the system itself [...]. They constitute their components by the arrangement of their components and this 'autopoietic' closure is their unity.⁴⁹

De sociala systemen är *per definition* slutna subsystem som reglerar den inre enheten via dessa binära koder, olika koder för olika system. Det betyder inte att de inte interagerar, men interaktion dem emellan sker via systemens egna koder med syftet att anpassa systemet till omgivningens förändringar, men också för att upprätthålla stabilitet. Systemen är således självreproducerande och självdefinierande – i en klagörande definition säger Luhmann att "an autopoietic system therefore constitutes the elements of which it consists through the elements of which it consists."⁵⁰ Det betyder att varje system har *sin specifika enhetskod* eller *enhetskodifiering* och inte får sin giltighet utifrån, från något annat system. Alltså: "*the legal*

⁴⁷ Olivecrona *Rättsordningen* (1984) s 279.

⁴⁸ Luhmann *The Unity of the Legal System* (1988a) s 25. Grzegorzcyk klarlägger att den binära koden, enligt Luhmann, snarast skall förstås som 'juridical/non juridical' snarare än den missvisande terminologin 'legal/illegal,' som annars vidhäftar engelskspråkiga översättningar, se *Legal System and Reality: A Discussion of the Autopoietic Theory of Law* (1991) s 140 not 23.

⁴⁹ Luhmann *The Self-reproduction of law and its limits* (1986) s 112.

⁵⁰ Luhmann *The Unity of the Legal System* (1988a) s 14. Jag vet inte om det framgår men Luhmann förespråkar begriplighet: "It is precisely when one wishes to analyze such developments that crystal-clear conceptualization is important" [sic!], *Closure and Openness: On reality in the world of law* (1988b) s 347.

*system knows of no fundamental norm (Grundnorm) representing its unity within the societal system. There is no way to introduce the unity of the system into the system.*⁵¹ Med andra ord kan de olika systemens enhetskoder inte skapa enhet i varandras system: rätten är en sluten enhet.

Jørgen Dalberg-Larsen menar att Luhmanns rättsuppfattning om rättens enhet bygger på en förståelse om det 'ideelle retssystem' starkt präglad av ideal från 1800-talet.⁵² Han hävdar dessutom att Luhmanns binära kod är missvisande och att rätten opererar med en mångfald olika koder: *giltig/ogiltig*, huruvida ett mål är *uppfyllt/ej uppfyllt* samt *rimlig/orimlig* lösningar.⁵³ Eftersom dessa koder samexisterar i rätten, är det tämligen meningslöst att tala om en rättens enhet i Luhmanns mening. Dalberg-Larsen anser att Luhmanns uppfattning särskilt kan attrahera traditionellt orienterade jurister, därigenom att rättsdogmatiken av Luhmann ses som den vetenskapliga garanten för att upprätthålla systemets enhet: "den juridiske profession som en gruppe, der i kraft af en fælles indsocialisering i en juridisk tankeverden er medvirkende til at fastholde og viderebringe denne fra én generation til den næste."⁵⁴ Utifrån Dalberg-Larsen kan den luhmannska autopoietiska rättsenheten huvudsakligen sägas ha professionsideologisk signifikans.⁵⁵

Luhmanns teoribildning runt rätten har dock vissa poänger som framträder särskilt tydligt i detta sammanhang, oaktat den kritik som framförts här ovan. I kapitel 2 framfördes påståendet att ju högre grad av rent intern reflektion som förekommer (på rättsordningens nivå) desto mer kognitivt sluten är den – delvis på grund av de interna selektionsmekanismer Luhmann håller för centrala – och det innebär att den kognitiva slutenheten tenderar att förstärka och reproducera internt hållbara värden, föreställningar och ideologier: denna reproduktion sker inom en *för-givet-tagen* 'epistemisk miljö' (Aarnio) och upprätthåller 'normalvetenskaplig' forskning (Kuhn). I den kontext som nu avses reproducerar denna kognitiva slutenhet föreställningen om rättens autonomi och monocentriska karaktär: rättens enhet kommer att framstå som något självklart och oproblemiskt, vilket inte behöver ifrågasättas inom ramarna för gängse rättsvetenskap. Detta har

⁵¹ Luhmann *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System* (1992) s 1428. (Min kursivering, HG).

⁵² Dalberg-Larsen *Kommentarer til 'Retssystemets enhed,'* (1995a) s 130.

⁵³ Dalberg-Larsen *Luhmann og retten* (1992) s 136. Se även Twining, som i opposition till Teubners försök att inordna de pluralistiska vaghetera under teorin om autopoiesis och binära koder, menar att "the processes of non-state law and unofficial forms of dispute-resolution which are genuinely alternative to those managed by the state are characterised by compromise, polycentricity, and other non-dichotomous outcomes," *Globalisation and legal theory* (2000) s 87.

⁵⁴ Dalberg-Larsen *Luhmann og retten* (1992) s 138 och *Kommentarer til 'Retssystemets enhed'* (1995a) s 130.

⁵⁵ För vidare diskussioner om möjligheterna och begränsningarna i Luhmanns systemteori vis-à-vis rätten, vill jag rekommendera Cardozo Law Review nr 5 1992 med temat *Closed systems and open justice: The legal sociology of Niklas Luhmann*.

också viss betydelse för den nutida debatten om rättens koherens, som avslutningsvis berörs i avsnitt 6.4.

Sammanfattningsvis är rättscentralismen historiskt förbunden med nationalstaten: en monocentri som återspeglar föreställningen om staten som monolitisk enhetlig politisk organisation.⁵⁶ Traditionellt sett, har rättsvetenskapen härvid laborerat med till staten knutna formella kännetecken på vad som skall betecknas som rättsliga (dvs formellt giltiga) normer; det kan vara grundnormer (Kelsen), identifikationskriterier via rättskällor eller institutionella förhållanden (Harts igenkänningsregel). Centralt har även föreställningen om sanktionshotet, dvs statens våldsmonopol, varit för att identifiera en rättslig norm. Utan (statlig) sanktion, ingen rättsnorm.

3.1.2 Monocentrin ifrågasatt

Den historiska monocentrin baseras inte ensamt på statsbegreppet, utan tillsammans med det häftar andra historiskt och ideologiskt verksamma faktorer som att rätten är nationell och till territoriet bunden. I monocentrin ligger med andra ord en tanke om kulturell gemenskap (vilket alltsedan 1800-talet har förståtts som kulturell homogenitet, med rötter i historiska skolans 'Volksgeist'), vilket i sin tur inneburit att den västerländska formella och till staten knutna rätten ansetts vara civiliserad och uttryck för en högstående rättsuppfattning. Rättens enhet måste alltså förstås i en kontext där nationell och kulturell enhet samtidigt präglas, särskilt i samband med romantikens föreställningar. I en dåtida internationell kontext (läs: kolonialism och imperialism) medförde det att den västerländska rättsuppfattningen dominerade och hänsynslöst påfördes samhällen i andra delar av världen (läs: kolonier), vars rättsuppfattningar eller rättsordningar inte ansågs uttrycka verklig rätt.⁵⁷ Uppfattningen om rättsmonocentri är sammanfattningsvis alltså en relativt sen företeelse.

Den monocentriska världsbilden får emellertid problem med att förstå sin omvärld, såväl den samtida som den förgångna, ty om statsbegreppet nyttjas som lackmuspapper för att indikera en 'civiliserad' rättsordning framträder svårigheter. På grund av avsaknaden av en centraliserad statsmakt och ett tydligt maktmonopol, ansågs för inte alltför länge sedan (ja, tanken har väl inte helt försvunnit) att sk primitiva icke-europeiska samhällen saknade en enhetlig rätt och där-

⁵⁶ Utifrån den iakttagelsen att den moderna rätten är monocentrisk, och vad avser exempelvis mänskliga rättigheter starkt eurocentrisk, hävdar Petersen att "centrum i den nationale verden var selvfølgelig ikke et empirisk centrum, men et politisk og juridisk centrum - et *normativt* centrum. Som sådan var det eksklusivt," *Polycentrisk almen-lære? Eller fællesskab i forskellighed?* (1997) s 43.

⁵⁷ Monocentrin som kolonialismens högsta stadium. Eller tvärtom kanske: kolonialismen som monocentrins högsta stadium?

med ens en 'egentlig' rättsordning – den abstrusa följden av denna *Juristische Weltanschauung*⁵⁸ är att större delen av världen inte har (eller hade) någon rättsordning. Utifrån en monocentrisk rättsuppfattning skulle det således inte existera någon rätt eller rättsnormer i samhällen utan klara formella statsbildningar. Det är en klart kontrafaktisk ståndpunkt utan grund.

Detta begränsar sig inte bara till outvecklade eller sk primitiva samhällen, utan har konsekvenser även för vår egen historia. Läses rättshistorien i monocentrins backspegel blir det svårt att inplacera exempelvis de gamla svenska landskapslagarna som rättsliga normer om man utgår från rättens historiska enhet, eftersom de inte är statliga lagstiftningsakter i strikt modern rättskällemässig mening,⁵⁹ utan uppteckningar av lokala sedvänjor och kanske direkta politiska regionala dekret, vilket kännetecknade även den övriga samtida europeiska rätten. Man måste vidare förneka existensen av rättsordningar under den västerländska medeltiden, eftersom det nationella suveränitetsbegreppet var okänt då och ett stabilt normcentrum knutet till statsapparaten saknades.⁶⁰ Det blir vanskligt att överhuvud taget ens benämna rättsbildningen innan 1800-talet för verklig rätt, om ett enhetligt statsbegrepp anläggs som definiens: innan genombrottet för moderniteten i västvärlden fanns ingen rätt. Denna uppfattning är, enligt rättspluralisterna en djupt felaktig syn och endast utifrån en oerhörd snäv definition av såväl rättsregler som statsbegreppet kan detta hävdas.⁶¹

⁵⁸ Baxi *The conflicting conceptions of legal cultures and the conflict of legal cultures* (1991) s 280ff.

⁵⁹ Jørgensen *Juris Pluralis* (1996) s 22f.

⁶⁰ Det förtjänar ständigt att framhållas att den moderna staten är en historiskt sett, sentida skapelse. Se Liedman *I skuggan av framtiden. Modernitetens idéhistoria* (1999) s 422:

Staten å sin sida hade visserligen blivit den dominerande politiska institutionen, men den blev aldrig ensam. Det fanns lokala maktcentra som kämpade för ett bevarat eller stärkt oberoende. Städerna spjärnade ofta emot de centrala direktiven, och hela regioner kunde söka gå sin egen väg. I statens egen idealbild av ett land utgjorde den själv toppen av en hierarki, i vilken andra maktcentra hade uppgiften att verkställa dess beslut. Förverkligandet av en sådan maktmodell stötte på många hinder. Det var inte bara det öppna motståndet som bidrog därtill utan också yttre faktorer, t. ex. bristfälliga och långsamma kommunikationer. Först under 1800- och 1900-talen blev statens maktmonopol grundmurat.

Se även Liedman *Från Platon till kommunismens fall* (1993) s 106ff. Om suveränitetsbegreppets formulering av Jean Bodin (1530-1596), se Nordin *Det politiska tänkandets historia* (1999) s 60ff. Om det nationella suveränitetsbegreppets förutsättning i kolonialismen och dess upphov till den internationella rätten, se Anghie *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law* (1999).

⁶¹ Robé *Multinational Enterprises: The constitution of a pluralistic legal order* (1996) s 54. Så framhåller också Gilissen *Introduction a l'etude comparee du pluralisme juridique* (1972) s 8 att:

John Griffiths menar att rättscentralismens instrumentalistiska syn kännetecknas av ett flertal, enligt honom, diskutabla föreställningar.⁶² För det första förutsätts ett antagande om samhället som bestående av enskilda individer ('atomistic individualism'), varför rätten och lagstiftningen primärt riktar sig direkt till individen. För det andra ett antagande om att de rättsliga normerna förmedlas som ett kommunikativt medel direkt till individnivå; rättsnormerna kommuniceras från 'lagstiftarens vilja' till en individuell adressat utan mellanliggande led ('perfect communication'). För det tredje föreställningen om att enbart staten besitter ett effektivt normativt monopol, vilket leder till en exklusion av andra viktiga källor till styrande beteende. Med språkbruket från föregående kapitel, frånkänner det juridiska normativa systemet andra normerande system deras normerande relevans och därmed deras rättsliga adekvans. Griffiths menar att dessa monocentriska idéer baseras på en än mer grundläggande föreställning, nämligen att:

Social space between the legislator and the individual is conceived of as a *normative vacuum*, empty of norms and structures other than those of the state itself.⁶³

Grundidén är alltså att rätten besitter den helt överordnade och dominerande normativa hegemonin (alltså ett 'top-down' perspektiv). Denna grundidé är, enligt Griffiths felaktig, ty såväl sociologin som rättsantropologin visar tvärtom att samhället kan karakteriseras som *genomsyrat* av normerande föreställningar av olika karaktär, intensitet och ursprung:

The descriptive theory of legal pluralism is, thus, the theory of the normative heterogeneity entailed by the fact that social space is *normatively full* rather than empty, and of the complexity of the working of norms entailed by such heterogeneity.⁶⁴

Ur Griffiths resonemang följer då en helt annan syn på rätten än den monocentriska.⁶⁵ För det första är det inte korrekt att beteckna individen som isolerad, som atomär, utan människan är en fundamental social varelse och rätten är

Ce n'est évidemment pas à des conséquences aussi absurdes, aussi contraires à la réalité de l'évolution du droit, que les théoriciens de la conception moniste veulent conduire. La doctrine moniste ne serait conçue qu'en fonction de la société actuelle, celle des États des XIXe et XXe siècles. Elle ne prétendrait pas étendre sa notion du droit aux autres périodes du passé, ni dans les sociétés qui, telles l'Inde et la Chine traditionnelles, conçoivent autrement les règles obligatoires des rapports sociaux

⁶² Griffiths *Legal pluralism and the social working of law* (1992) s 154f, *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 33f och *Legal pluralism and the theory of legislation* (1995) s 206f.

⁶³ Griffiths *Legal pluralism and the social working of law* s (1992) s 155.

⁶⁴ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 34.

⁶⁵ Griffiths *Legal pluralism and the social working of law* (1992) s 155f.

därmed också ett intersocialt relationellt medium bland flera, varför lagstiftning spelar blott en indirekt (förstärkande/försvagande) roll. För det andra är den rättsliga kommunikationen långtifrån transparent utan kontinuerligt 'störd' av olika förmedlande instanser och ständigt påverkad av andra sociala normerande system – lagstiftningen får, pga inverkan från dessa, ofta oförutsedda konsekvenser. För det tredje är den statliga organisationen endast en av flera normativa arenor i samhället där beteenden regleras – staten själv är alls inte enhetlig eller homogen, utan kan framstå som mycket oklar och mer instabil än andra djupare förankrade normsystem.

Den monistiska rättsideologin har definitionsmässigt inte bara förstått och ideologiskt omskrivit den västerländska rättshistorien som en successiv linjär utveckling mot ökad enhetlighet och monocentri, men också bortdefinierat rättsliga kultursfärer utanför den europeiska (västerländska) såsom varande ofullständiga rättsordningar, under olika mer eller mindre nedsättande beteckningar som rättspluralism, 'customary law,' 'informal norms,' 'indigenous law,' 'native law' och liknande vilka förvisso tillmätts 'secondary' eller 'subsidiary importance.'⁶⁶ I den monocentriska världsbilden ingår med andra ord ett historiskt arv i form av ett starkt monokulturellt imperativ. Snarast än att förneka rättshistorien eller revidera den, torde mycket vara vunnet om rättsvetenskapen kunde acceptera tanken på rättspluralism.⁶⁷

Den juridiska monocentriska ideologin uppfattar, enligt Griffiths, således rättspluralism som ett negativt tillstånd, eftersom ett rättssystem per definition enbart kan vara pluralistiskt i en dålig mening, dvs när lagstiftningen eller rättstillämpningen oförutsett förorsakat olika effekter för skilda individer eller befolkningsgrupper.⁶⁸ Genom att också hänföra pluralismen till ett passerat stadium i rättsutvecklingen, så utgör rättspluralism en 'imperfect form of law' varigenom själva den rättscentralistiska ideologin får sin mening och positiva klang. Påståendet att rättspluralistiska tillstånd enbart förekommer i koloniala eller 'primitiva' samhällen, sker med hänvisning till värdet av *rättslig enhet* som ett nödvändigt framsteg i rättens utveckling och därigenom en normativ indikation på modernitet och civilisatorisk framgång.⁶⁹ Rättspluralistiska förhållanden anses

⁶⁶ Se Fitzpatrick *Custom, law and resistance* (1986), s 64, 67 som påpekar att 'customary law, customary land-rights, customary political structure and so on, were in fact all invented by colonial codification.'

⁶⁷ För ansatser i denna riktning, se Modéer *Optimala rättsliga kulturer? Om modernitet och kontinuitet i nationella och globala rättsliga kulturer* (1999-2000) och Nygren *Vad är egentligen 'riktigt svenskt' i den svenska rätten?* (1998).

⁶⁸ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 5.

⁶⁹ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 8. Se även Baxi intressanta iakttagelse av den moderna (västerländska) rättens förträgningsmekanismer av sin egen pluralistiska historia: i och med västerlandets koloniseringar framhävs dess rätt som en civilisatorisk triumf och därmed som en gåva till de koloniserade samhällena. Men denna konfrontation med pluralistiska samhällen nödvändiggör att västerlandet måste 'glömma' sin egen pluralistiska rätts-historia – Baxi benämner det 'genesis amnesia,' se *The conflicting conceptions of legal cultures and the conflict of legal cultures* (1991) s 269ff. Denna förträgnning av 'non-state legal system'

vara dels något mindre kulturellt värdefullt och dels ett passerat stadium i de västerländska samhällenas rättsutveckling.

Det paradoxala är dock att pluralism inte är något främmande inslag i den rättsliga verksamheten för många jurister - det kan röra sig om olika former av argumentation där såväl rättsliga som icke-rättsliga element blandas, det handlar om sedvänja, om tvistlösningar etc. William Twining menar till exempel att:

Lawyers and law students encounter normative pluralism every day of their lives, in legal and non-legal contexts. Yet legal pluralism is generally marginalised and viewed with skepticism in legal discourse. Perhaps the main reason for this is that for over 200 years Western legal theory has been dominated by conceptions of law that tend to be monist (one internally coherent legal system), statist (the state has a monopoly of law within its territory), and positivist (what is not created or recognised as law by the state is not law).⁷⁰

Den övergripande konsekvensen av den rättscentralistiska ideologin är att den söker undanröja varje tendens till pluralism som något för systemet främmande inslag. Finns då rättslig monocentri som en egenskap hos rätten? Nej, hävdar rättspluralisterna, men vad som i allra högsta grad existerar är en *föreställning* om rättens monocentri vilken förmedlar ideologin att *verklig* rätt är monocentrisk. Monocentrin har därmed implicita normativa anspråk och leder till en särskild syn på rättsvetenskaplig metodologi, nämligen att skapa enhet inom rättssystemet, vilket särskilt framkommer i rättspositivismen och begreppsjurisprudensen (där enhetstanken kom att dominera framför uppgiften att lösa sociala konflikter). Tanken är inte särdeles ålderstigen, men icke desto mindre oerhört framträdande:

sker naturligtvis också medvetet som ett önskvärt tillstånd, se Baxi *Discipline, repression and legal pluralism* (1986) s 53. För en mer generell iakttagelse av kolonialismens glömska, se Liedman *Iskuggan av framtiden. Modernitetens idéhistoria* (1999) s 510f som à propos koloniseringen av Amerika (och exploateringen av indiankulturen) berättar hur avancerat och kultiverat jordbrukslivet var där:

I själva verket utvecklades en avancerad jordbruksteknik på många håll i Amerika. Det fanns sedan länge en medveten växtförädling. När Columbus kom till världsdelen hade indianerna utvecklat flera tusen sorters potatis, många av dem noggrant utprovade för olika typer av klimat. Europeiska botanister kunde inte finna den vilda motsvarigheten till majsen som hade odlats under hundratals generationer och till oigenkännlighet förändrats. Det var sannerligen inga naturprodukter som européerna tog hem till sin världsdelen. Men i deras minne blev de så. Det Amerika de mött hade varit jungfruligt. *De ville inte påminnas om den kultur som redan fanns där och som betytt så mycket för deras egen överlevnad. I så fall skulle de också erinras om att de själva hade ödelagt det mesta av denna kultur.* (min kursivering).

⁷⁰ Twining *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 232.

Rättsvetenskapens ständigt pågående systematiseringsarbete, vars syfte är att etablera rättslig enhet, är en nödvändig förutsättning för förutsebarhet i rättstillämpningen och därmed för rättssäkerheten som sådan. Denna systematisering är rättsvetenskapens prerogativ och kan inte utföras av vare sig lagstiftare eller domstolar. Den systematik som bär upp vår moderna rätt är en skapelse av framför allt 1800-talets rättsvetenskap och den traderas vidare till nya juristgenerationer genom universitetsundervisningen.⁷¹

Från rättspluralistiskt håll, har ifrågasatts om den monocentriska uppfattningen av rätten alltså motsvarar någon plausibel verklighetsbeskrivning eller om den enbart anger rättsvetenskapens normativa vetenskapsideal, en vägledning juridiken kanske måste ha. Utan tvekan är det just här som kontroversen mellan monocentri och pluralism har sitt säte – det vill säga, såväl frågan om rättsvetenskapens kunskapsteoretiska grundförutsättningar som dess praktiska slutsatser. Kritiken av rättscentralismen har lett rättspluralisterna fram till synen att den rättsliga verkligheten snarast är “an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts, lending itself to no easy legal interpretation.” Griffiths menar till och med att “legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion” och att “legal pluralism is the fact.”⁷² Hur ser då detta faktum ut?

3.2 Den rättspluralistiska rättsuppfattningen

Den mest generella beskrivningen av rättspluralismen, består i följande tema med variationer och återfinns i de flesta texter om rättspluralism: *'en situation i vilket två eller flera rättsystem samexisterar i samma sociala fält'* ('a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field'). Ett samhälle eller område där flera rättsordningar, rättsystem eller kanske riktigare flera rättsuppfattningar eller rättskulturer samexisterar. Rättspluralismen innebär därmed ett avståndstagande, ja kanske spegelbilden, till monocentrins centralteser. Om Griffiths karakteristik ovan inverteras, menar således pluralisterna, att rätten inte skall förstås som enbart statligt promulgerad rätt, att den inte är enhetlig för alla eller att den exkluderar andra rättsformer. Rätten administreras heller inte enbart av statliga institutioner. Rätten är alltså inte exklusiv, inte systematisk och heller inte en enhetlig hierarkisk ordning. Hanne Petersen sammanfattar också på ett belysande sätt rättspluralismens kärna:

⁷¹ Peterson *Anmälan av Jan Hellner: Rättsteori* (1996) s 180.

⁷² Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 4.

De nyere retsteorier opererer således i høj grad med forestillinger om *opgivelsen af staten som den centrale fastsætter af (rets)orden* og som den instans, der definerer almene interesser. De lægger vægt på subsystemers eller netværks normdannelse. Det følger – mere eller mindre eksplicit – af teoriene, at der vil ske en ændring af de ‘autoritative retskilder,’ når staten mister sin autoritet.⁷³

I all korthed hævder teorierna om rettspluralism 1) att rätt produceras utanför och på andra sätt än genom statlig lagstiftning, 2) att rätten därför heller inte är enhetlig samt 3) att detta är en ofrånkomlig egenskap hos rätten.

Om dessa teser har relevans vid beskrivningen av rättens struktur, funktion och genes, måste den samtida rettsvetenskapen ta avstamp från i synnerhet det tredje påståendet. Det är väl denna insikt som utan tvekan kan sägas vara minst sagt kontroversiell. Teserna får ju omedelbara konsekvenser för vår rettsuppfattning; för det första kräver det en omdisposition av vår invanda förmåga att uppfatta (snarare: definiera) rättsliga normer och för det andra en acceptans av mångfaldighet och bestående ‘sprickor’ i rätten. Inga småsaker, och som även Hanne Petersen påpekar i citat ovan genererar det i synnerhet konsekvenser för den juridiska metodologin *par préférence*, nämligen rättskälleläran eller mer specifikt frågan om vilka rättskällefaktorer som skall tillmätas rättslig relevans, dvs ett nytänkande av den juridiska metodologin.

Teorierna och åsikterna om pluralism spänner över ett vidsträckt område, som visas i de följande avsnitten. Teorierna om rättens pluralism har genomgått i huvudsak två faser, en äldre variant allmänt kallad *Classical legal pluralism* med bas i rättsantropologiska studier och en senare mer sociologisk utveckling benämnd *New legal pluralism*. Dessa antropologiskt influerade teorier utgör förutsättningarna för de mer rättssteoretiskt baserade teorierna om rättslig polycentri (se 3.3).

3.2.1 Klassisk rettspluralism

Rettspluralismen som teoretisk riktning har, som nämnts, sina rötter i tidiga rättsantropologiska undersökningar med koloniala och post-koloniala samhällen som främsta studieobjekt: de mest kända namnen i denna krets är Malinowski, Bohannan, Gluckman, Radcliffe-Brown, Adamson Hoebel och Llewellyn för att nämna ett fåtal av de antropologer som verkade i början av 1900-talet och till dess mitt.⁷⁴ De tidigaste rättsantropologiska studierna uppmärksammade framförallt de pluralistiska skärningspunkterna mellan ursprungslandets rätt och den europeiska rätten. Utgångspunkten för denna ‘old legal pluralism’ var insikten att sk primitiva samhällen kännetecknades av en blandform av informella rättsstrukturer, sedvanerättsliga normer och sociala vanor. Trots att dessa samhällen alltså

⁷³ Petersen *Informel ret* (1991) s 91.

⁷⁴ Se redogörelsen av Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 6-54 samt Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 21-29.

saknade de rättsmonocentriska rekvisiten – central statsmakt, statliga institutioner eller formella rättsregler för ändring av rätten osv – vore det felaktigt enligt rättsantropologerna att karakterisera dem som 'laglösa' eller att rättsnormer inte existerade; vad som saknades var blott en formell normpromulgering knutet till en central statsmakt. Vid studiet av dessa samhällen blev det således problematiskt att använda hävdvunna juridiska begrepp såsom rättighet, skyldighet, sanktion, förutsebarhet, legalitet etc även om ömsesidiga förpliktelser och starka sociala bindningar mellan individerna existerade i dessa samhällen.⁷⁵ Detta medförde att rättsantropologerna tvingades finna andra kännetecken på normativt beteende och försöka översätta de rättsliga begreppen till begrepp om social kontroll eller finna en minsta gemensam social nämnare. Genom studierna i rättsantropologi uppmärksammades så småningom också, att också de västerländska samhällena innefattar flera normerande system vid sidan av det rättsliga – den formella rätten är endast *ett* normerande system vid sidan av andra.

Barry Hooker har i sitt klassiska och omfångsrika arbete *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws* utförligt kategoriserat olika samhällen kännetecknade av rättspluralism, framför allt i tredje världen, och sammanställt de rättsantropologiska undersökningarna. På basis av detta material urskiljer Hooker fyra förhållanden som ger upphov till rättspluralism: för det första kan rättslig pluralism uppkomma genom att kolonialmakten påför ('imposes') sitt rättssystem på ursprungslandet och dess befolkning – "in all cases the formal legal structure of the colonial territory was determined by the imported laws of the superior political authority." För det andra genom att fd kolonier, såsom USA, Canada, Australien och Nya Zeeland, påför den egna nyvunna lagstiftningen och rättsuppfattningen på ursprungsbefolkningen; för det tredje kan rättspluralism uppkomma genom frivilligt införande av västliga rättsuppfattningar ('adoption') och slutligen uppstår rättspluralism genom revolutioner där en ny rättsuppfattning omkullkastar den tidigare rättsordningen, såsom i Kina och det forna Sovjetunionen.⁷⁶

Oavsett hur rättspluralismen uppkommit finns det, enligt Hooker, vissa gemensamma kännetecken i den: det nationella rättssystemet, alltså kolonialmaktens rätt, blir politiskt dominerande genom att den undantränger ursprungsrätten; i de fall det uppstår konflikter mellan systemen tar det dominerande systemet alltid tolkningsföreträdet varvid eventuella avsteg sker på dess premisser och slutligen blir all beskrivning av den ursprungliga rätten skapad utifrån det dominerande systemets världsbild och klassifikationer.⁷⁷ Inom en kolonial samhällsstruktur

⁷⁵ Att sociala normer har styrande funktioner av samma dignitet som rättsliga, gör att man kan tala om 'funktionella komplement,' se Chiba *The identity postulate of indigenous law and its function in legal transplantation* (1986) s 39ff.

⁷⁶ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 4ff.

⁷⁷ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 4.

finns således både ett dominerande ('dominant') och ett tjänande ('servient') rättssystem: dominansen exkluderar allt utom den positiva rätten.⁷⁸

Den vanligaste formen av rättspluralism är *imposed law*.⁷⁹ Kolonialmakterna påförde de egna rättsordningarna på det koloniserade samhället, ofta utan hänsyn tagen till att dess rätt var sprungen ur relativt industrialiserade förhållanden med helt andra rättsliga principer, rättstraditioner och procedurer. En helt ny reglering av samhällslivet infördes som emellertid var framvuxen och anpassad till *kolonialmaktens* behov och intressen. Kolonialmakternas legitimitet vilade på föreställningen att dess allmänna sociala och vetenskapliga utveckling var högre stående och att dess rättsuppfattning därför skulle kunna utveckla det 'primitiva' samhället till en 'civiliserad' stat;⁸⁰ ja, till att civilisera världen enligt västerländsk modell. Kolonialismens trumf var, att då de koloniserade länderna påstods sakna rättsordningar eller fungerande rättsuppfattningar enligt modern standard, hade 'infödingarna' inga (giltiga eller effektiva) rättigheter och motsatsvis kunde kolonialmakten heller inte ålägga sig själv några plikter eller skyldigheter gentemot dem. Vanligtvis var det frågan om destruktiv påverkan från kolonialstatens sida, där repressiva åtgärder och militära straffexpeditioner användes för att genomdriva kolonialmaktens dekret, lagstiftning och rättsuppfattningar.⁸¹ Podgorecki hävdar att "imposed legal institutions are, as a rule, alien to the existing legal culture" och ofta är de "disruptive for the social system to which they are implanted."⁸² De destruktiva konsekvenserna för dessa länder, där hela samhällsstrukturer och kulturer slogs sönder, var emellertid inte ett resultat av rättslig pluralism, utan just negligierandet av en än djupare liggande värdegrund; med andra ord på grund av det ensidiga införandet av en 'högre' rätt baserad på en monocentrisk rättscentralistisk syn vilken bortsåg från olika rättsliga kulturers säregenheter och berättiganden.⁸³

Genom 'imposition' eller 'imposed law' i de koloniala samhällena skapades dubbla eller dualistiska rättsordningar. Låt oss nu expandera den monocentriska bilden av rätten i figur 3.1. och illustrera hur en koloni uppvisar 'imposed law' med en dualistisk rättsform som följd.

⁷⁸ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 455.

⁷⁹ Om 'imposed law' se Burman/Harrell-Bond *The Imposition of Law* (1979) och Randa *Problems of interaction between English imposed system of law and Luo customary law in Kenya* (1987).

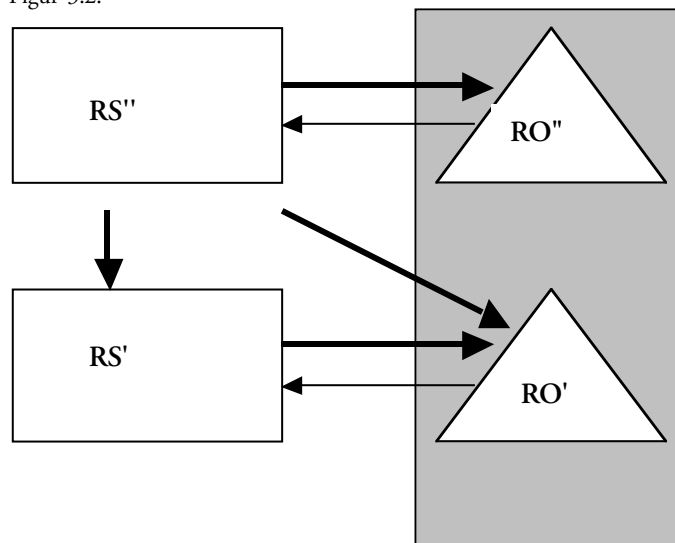
⁸⁰ Sinha *Legal Polycentricity* (1995) s 47 och Dalberg-Larsen *Ret, tekts & kontekst* (1998) s 70f.

⁸¹ Se exempelvis Pratt *Aboriginal justice and the 'good citizen': an essay on population management* (1996) s 40ff och Randa *Problems of interaction between English imposed system of law and Luo customary law in Kenya* (1987) s 92 ff.

⁸² Podgorecki *Social Systems and Legal Systems - Criteria for Classification* (1985) s 16.

⁸³ Exempelvis Jackson *Justice and political power: reasserting Maori legal processes* (1996) och Stafford *Colonialism, indigenous peoples, and the criminal justice systems of Australia and Canada: some comparisons* (1996).

Figur 3.2.



Samhället eller kolonin innehåller alltså både den egna ursprungliga rättsbildningen (RO' och RS') och kolonialmaktens rätt (RO'' och RS'').⁸⁴ Kolonialmaktens rätt hade företräde både vad avser rättsordningens regler och rättssystemets olika rätts- och tolkningsprinciper. En komplex situation av rättskollisioner uppstår härmed: Rättsordning'' åsidosätter för det första Rättsordning' men därutöver har Rättssystem'' inflytande både på Rättssystem' och Rättsordning' – där främmande tolkningstraditioner och rättsprinciper tillämpas på ett annat rättsregelkomplex – varvid Rättssystem'' försöker att ersätta traditionella rättsliga värderingar, rättsprinciper och kutym. Med andra ord skapas en dubbel dominansrelation, där både RS'' och RO'' är dominerande.

Det större flertalet kolonier kom således att kännetecknas av 'dual legal system' med "two separate systems of substantive principles and (occasionally) administrations."⁸⁵ Men inte ens dualistiska system är nog för att beskriva kolonialrätten där olika kolonialmakter avlöst varandra och avlagrat sina specifika rättssystem; Hooker menar att många fd kolonier kännetecknas av 'multiple colonial laws' och Masaji Chiba talar om 'legal pluralism in triple structure' om landets internationella rättsliga förbindelser inkluderas.⁸⁶ Många av dagens postkoloniala samhällen innehåller komplexa sammanblandningar och sediment av olika rättssystem; dels rester av det pre-koloniala rättssystemet, dels kolonialmaktens rätt

⁸⁴ När det ovan hävdades (kapitel 2.2.1), att heller inte rättsordningen behöver vara territoriellt avgränsad, var det just detta förhållande som avsågs.

⁸⁵ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 463.

⁸⁶ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 466 och Chiba *Legal pluralism in mind: A non-western view* (1995) s 74.

men också nya postkoloniala regleringsformer.⁸⁷ I många fall användes dock det koloniserade landets rättskultur som supplementär rättskälla och ofta utvecklades därigenom en rättslig subkultur där 'ursprungsrätten' fick vissa fredade områden, såsom medling och liknande.⁸⁸ Detta skall inte överdrivas, ty "what we really have is a dependent system (custom) permitted to exist,"⁸⁹ med andra ord, de delar av ursprungsrätten som av kolonialmakten *tillåts* fortsatt existens. Även om det dominerande kolonialsystemet alltmer undantränger den ursprungliga rätten, kan den heller inte fullt ut lyckas – kolonialsystemet skapar eller ökar tvärtom pluralismen. 'Imposed law' leder alltså till ett dualistiskt system och till en ökad pluralism. Samtidigt med att kolonialmakten kom att förstärka den rättsliga pluralismen förbisågs dock den tidigare rättsordningens *komplexitet* i namn av 'primitivism.' På ett ganska remarkabelt sätt, har västerlandet lyckats med den dubbla ideologiska bedriften att både öka graden av global pluralism och att fördöma just rättspluralism som något passé och primitivt.⁹⁰

Denna 'triple structure' eller existensen av 'multiple colonial laws' ger som sagt upphov till att skilda rättsområden och olika rättsuppfattningar överlappar varandra i viss utsträckning. Populära liknelser för dessa rättspluralistiska tillstånd är 'patchwork,' 'collage,' 'overlapping,' 'interlegalities' osv. Det är viktigt att notera att i de flesta fall skapas med tiden ett gemensamt område för rättsbild-

⁸⁷ Da Cruz (1999) kallar rätten i dessa länder nedsättande för 'hybrid legal systems' s 202ff. Se Baxi om den ofrånkomliga sammanblandningen mellan mellan 'state legal systems' och 'non-state legal systems,' *Discipline, repression and legal pluralism* (1986) s 51. Hooker redogör här för skilda blandformer, såsom 'Roman-Dutch and English law in Ceylon,' 'English law and Italian civil law in the Somali Republic' etc, *Legal Pluralism* (1975) s 467-476. För ett utomordentligt exempel på en rättspluralistisk 'mix', se Bogdans nöjsamma reseberättelse från ögruppen Vanuatu vars rätt kännetecknas av "å ena sidan samlevnaden mellan engelska och franska rättsprinciper och, å andra sidan, samlevnaden mellan dessa europeiska principer och inhemska traditioner," *Vanuatu – slutet på ett juridiskt 'pandemonium'?* (1992) s 432. Se även Bogdans redgörelse av blandningen fransk, muslimsk och inhemsk rätt i Komorerna och Djibouti, *Legal pluralism in the Comoros and Djibouti* (2000).

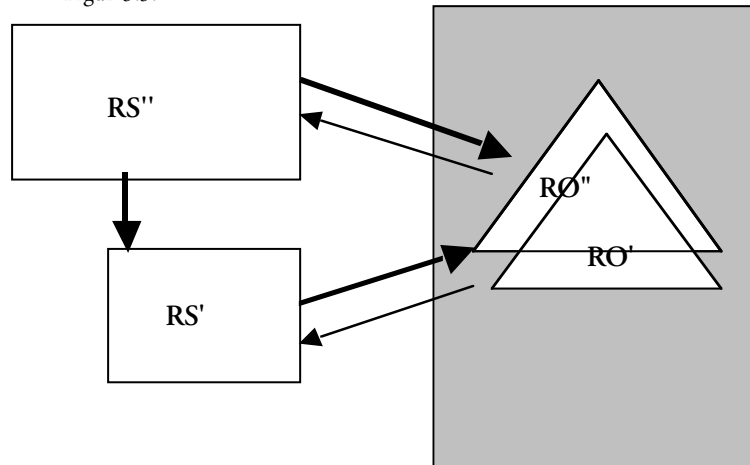
⁸⁸ Hooker talar om uppkomsten av kvasi-judiciella arrangemang (quasi-judicial roles) som ett svar på detta förhållande, se Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 477f. Se även Randa *Problems of interaction between English imposed system of law and Luo customary law in Kenya* (1987) s 182f.

⁸⁹ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 463. Adaptionegraden var tämligen olika i holländsk, engelsk och fransk kolonialrätt.

⁹⁰ Det finns ett flertal arbeten som ger en god historik över såväl kolonialismen som postkolonialismen. Om pluralism i Afrika, Kina, Australien och Oceanien, se Sack/Minchin (red.) *Legal Pluralism* (1986). Om rättslig pluralism i dagens post- och neokoloniala samhällen, se Gilissen (red.) *Le pluralisme juridique* (1972) som bla redogör för Sydafrika, Etiopien, Mali, Sovjet, Kina och den islamiska rätten. Pluralism i Arabvärlden och den islamiska rätten uppmärksammas särskilt nyanserat och initierat i Dupret (ed.) *Legal Pluralism in the Arab World* (1999). För jämförelser mellan den rättspluralism och rättsdualism som uppstod genom engelsk, fransk och holländsk kolonialrätt, se Hooker *Legal Pluralism* (1975). Om konsekvenserna av 'imposed law' och möjligheterna för kolonialiserade samhällen att finna tillbaka till pre-koloniala rättsuppfattningar, se Hazlehurst (red.) *Legal Pluralism and the Colonial Legacy: Indigenous Experiences of Justice in Canada, Australia and New Zealand* (1995), som särskilt tar upp problematiken för aboriginer, maorier och kanadensiska indianer.

ningen, men samtidigt bibehåller ursprungsrätten som sagt vissa områden. De båda rättsordningarna sammansmälter så att ett territorium eller samhälle kan uppvisa överlappningar av skilda slag – alltså en splittrad rättsordning – samtidigt som de skilda rättssystemen fortsatt existerar, där kolonialmaktens rättssystem vanligtvis har tolkningsföreträde och alltmer undantränger ursprungsrätten. Förhållandet kan illustreras som i figuren härunder.

Figur 3.3.



Den partiella sammansmältningen av olika rättskulturer, rättsuppfattningar och rättsordningar har nödvändiggjort att man måste beakta olika aspekter av rättspluralism. Gordon Woodman skiljer mellan å ena sidan den situation som uppstår då flera rättssystem existerar inom en stat, ofta som en följd av kolonialism ('imposed law'), vilket av honom benämns *state law pluralism*; å andra sidan situationer där den statliga rätten samexisterar med andra normerande system och normer – 'the elements are, respectively, the law of the state, and normative orders not directly associated with the state'⁹¹ – av Woodman kallad *deep legal pluralism*. Den senare innebär att det finns verksamma normer av samma paritet som rättsliga sådana, utan en nödvändig förbindelse med staten. Både *state law* och *deep legal pluralism* samexisterar därmed. Det vill säga, en 'imposition' eller 'adoption' av ett annat rättssystem skapar på ytan en *state law pluralism*, men på ett djupare plan skapas även en *deep legal pluralism*.⁹²

⁹¹ Woodman *The Idea of Legal Pluralism* (1999) s 5f.

⁹² Baxi skiljer mellan 'state legal systems' (SLS) och 'non-state legal systems' (NSLS) av vilket det senare skall förstås som ett 'people's law.' Baxi menar att det finns per definition inget som innebär att peoples law skulle vara mindre repressivt än legal centralism eller monocentri, tvärtom utvisar historien att NSLS ofta kan vara mer repressiva än den statliga rätten, särskilt mot kvinnor. Å andra sidan kan man mycket väl hävda att ursprungsrätten deformerats av den koloniserande rätten genom centralisering eller totalisering, se Baxi *Discipline, repression and legal pluralism* (1986) s 53ff. Av samma mening är De Sousa Santos: "to my mind, there is nothing inherently good, progressive, or emancipatory about 'legal pluralism.'

Deep legal pluralism kan dessutom preciseras till att gestalta både tid och rum, eller med andra ord, pluralismen har verkningar både diakront och synkront. Enligt Baudoin Dupret innebär diakron pluralism ('multiplicity') "that actors are receptacles of normative memory, which cannot fail to influence contemporary practices and representations. We could speak of 'normative layering' or 'normative sedimentation,' although the actor always interprets and employs the norms of the past in context of the present." Pluralism i ett synkront perspektiv "is the classic principle that the actor is simultaneously subject to several clusters of norms. It might also be useful to remember that the multiplicity of actor's social involvement is in no way static. I would go as far as to say that its mobility is a basic principle."⁹³ Jag vill mena att den diakrona aspekten är central, då det får konsekvenser för hur rättshistorien förstås, man kan ju nämligen ifrågasätta om det finns ett historiskt begynnelsestadium för den diakrona pluralismen.

John Griffiths menar att det, utöver en 'juristic view' som utgör 'pluralism in the weak sense' närmast motsvarande Woodmans 'state law pluralism,' också är berättigat att tala om 'pluralism in the strong sense.' Rättspluralism i den meningen förstås, hävdar Griffiths, ur ett *sociologiskt* synsätt, som framhäver att inte all rätt är statlig eller administrerad av statliga institutioner. Rätten är i en klassisk mening inte enhetlig och rättspluralism är heller inte begränsad till vissa geografiskt avlägsna områden som tredje världen eller fd kolonier.⁹⁴

En viktig iakttagelse ligger i Griffiths åsikt att fenomenet rättspluralism tolkas på flera olika sätt. För det första, att rättspluralism i förekommande fall är ett resultat av imperialism eller koloniala strukturer av skilda slag. Pluralism i detta fall, innefattar föreställningen att varje kultur och samhälle har någon slags ursprunglig eller 'ren' rättsuppfattning på vilken det påförts (imposition) eller frivilligt införts (reception, adoption) en annan rättskultur. Underförstått återfinns ofta ett antagande om högre och lägre stående rättskulturer.

Den andra tolkningen innebär tvärtom att rättspluralism är ett tidigare stadium i all samhällsutveckling. Alla samhällen har, enligt denna åsikt, i ett historiskt skede någon gång varit rättspluralistiska – rättslig evolution betyder i detta sammanhang då att den samhällsliga utvecklingen lämnar ett pluralistiskt, informellt och decentraliserat rättsstadium bakom sig, för att alltmer närmas en monocentrisk, formell och centraliserad rättsordning.⁹⁵ I detta sammanhang framhävs ofta den formella rättsstaten som ett tecken på ett väl utvecklat samhälle och en civiliserad rättskultur.

En tredje tolkningsmöjlighet är följande: om rättslig utveckling kännetecknas av minskande pluralism, vilken rättslig utvecklingsnivå uppvisar dagens moderna

Indeed, there are instances of legal pluralism that are quite reactionary," *Toward a New Common Sense* (1995) s 114.

⁹³ Dupret *Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world* (1999) s 36.

⁹⁴ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 12.

⁹⁵ Baxi *Discipline, repression and legal pluralism* (1986): 'the withering away of people's law,' s 53.

industrisamhällen? Är det inte snarast så, som några hävdar, att framträdande ett drag hos de moderna post-industriella samhällena är att komplexiteten ständigt tilltar och att denna förändringstakt bidrar till att rättspluralismen tvärtom ökar och accelererar? Problemställningen förskjuts härmed och det är alltså inte längre frågan huruvida en kulturell kvalitativ skillnad föreligger mellan 'primitiva' samhällen och civiliserade stater, utan en kvantitativ sådan;⁹⁶ det vill säga i vilken omfattning alla samhällen bär på mer eller mindre tydliga inslag av en fortgående rättslig pluralism – en pluralism kopplad till rättens differentiering och funktion.

Ur studier av förekomsten av rättspluralism i koloniala, postkoloniala eller sk primitiva stater har alltså en generell fråga kommit att utkristalliseras; nämligen huruvida rättspluralism är ett temporärt utvecklingsstadium eller ett permanent allmänskulturellt kännetecken. Det är denna senare frågeställning som de senaste rättspluralistiska teorierna koncentrerats på och försökt besvara.

3.2.2 Rättspluralism som generellt fenomen

Sedan 1980-talet har ett skifte i både problemställning och synen på rätten inom den rättspluralistiska teoribildningen skett. Från att ha konstaterat pluralism i tidigare utvecklingsstadier eller 'primitiva' samhällsformer i mötet mellan 'indigenous law' och europeisk rätt (kolonialism), har intresset alltmer riktats mot förekomsten av rättslig pluralism i dagens moderna samhällen.

Inspirationskällan för denna nya inriktning har varit rättsantropologen Sally Falk Moore. Hon studerar i första hand icke rättsliga normer, eller ett rättsligt normerat område, utan benämner det undersökningsfält en (rätts)antropolog bör studera för *semi-autonoma sociala fält* ('*semi-autonomous social field*') eller SASF. Dessa genererar internt regler, sedvanor och sanktioner som påverkar och påverkas av andra SASF. Även om den moderna staten och de rättsliga institutionerna sägs ha ett våldsmonopol som garanten för ett enhetligt rättssystem, har rätten givetvis inte fullt monopol på andra normativa påverkansformer inom SASF. SASF definieras därmed inte genom den inre strukturen, utan genom sina gränser; den processuella karakteristiken består i det faktum att det genererar normativa 'regler' och sanktioner för efterlevnaden av dem. Moore menar, att:

⁹⁶ Jfr Chiba *Legal pluralism in mind: A non-western view* (1995) s 76: 'the difference in legal pluralism between Western and non-Western societies may not be that of quality but of quantity in triple structure.'

Though the formal legal institutions may enjoy a near monopoly on the legitimate use of force, they cannot be said to have a monopoly of any kind on the other various forms of effective coercion or effective inducement [...] these social fields have their own customs and rules and the means of coercing and inducing compliance.⁹⁷

Alla samhällen konstitueras av en mängd ömsesidigt beroende sociala fält. SASF betonar avsaknaden av autonomi och isolering, liksom en fokusering på kapaciteten att generera regler och införa eller framtvunga konformitet. Moore menar att SASF är själv-reglerande – 'self-enforcing, and self-propelling' – inom ramen för vissa rättsliga, politiska, ekonomiska och sociala omständigheter och där varken effektiva sanktioner eller förmågan att utfärda bindande regler är ett statligt monopol:⁹⁸ "a court or legislature can make custom law. A semi-autonomous social field can make law its custom."⁹⁹

John Griffiths har expanderat Moores begrepp om *semi-autonoma sociala fält* och menar att rättspluralism skall tolkas som en förefintlighet av flera rättsliga ordningar i ett socialt fält; den rättsliga verkligheten är ett osystematiskt collage av inkonsistenta och överlappande rättsområden.¹⁰⁰ Rättslig pluralism är i denna mening en nödvändig följd av kulturell, social och strukturell pluralism – således en egenskap hos det sociala fältet och inte hos 'rätten' eller 'rättssystemet' som sådant. Därmed, hävdar Griffiths, är rättspluralism en universell egenskap och den normativa heterogenitet som rättspluralismen implicerar innebär att samhället är sammansatt av en mångfald semi-autonoma sociala fält.¹⁰¹

I kapitel 2 påpekades att det ena normerande sociala systemet i regulativt hänseende kan vara lika effektivt som det andra – det finns, visar rättssociologisk forskning, skäl att ställa sig frågande till om just rättens handlingsdirigerande funktion har större samhällelig effekt än religiösa, politiska, moraliska, kulturella eller andra normerande system. I denna mening är det ingen normerande skillnad dem emellan, dvs det finns ingen *a priori* given hierarki mellan olika centra (eller *loci*) för normproduktion.¹⁰² Utifrån den enskilde individens beteende och agerande är det ofta svårt att avgöra (eller egalt att veta) om det primärt är det rättsliga eller något annat normerande system som styr henne.¹⁰³ Detta är en för rättspluralismen central iakttagelse vilken Massimo Corsale uttrycker så här:

⁹⁷ Moore *Law and Social Change* (1978) s 56.

⁹⁸ Moore *Law and Social Change* (1978) s 63, s 79.

⁹⁹ Moore *Law and Social Change* (1978) s 79.

¹⁰⁰ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 4.

¹⁰¹ Griffiths *What Is Legal Pluralism?* (1986) s 38.

¹⁰² Exempelvis Dupret *Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world* (1999) s 36 samt Woodman *The Idea of Legal Pluralism* (1999) s 12.

¹⁰³ Individens kan således befinna sig i ett tillstånd av 'normativ ambivalens,' Chiba *Legal pluralism in mind: A non-western view* (1995) s 79.

Both social norm (coming from a well established culture within a body) and legal norm (coming from a formally structured corporation) can be seen as limiting factors which merely condition the scope of personal action or determine the range of opportunity. From the point of view of the social actor, norms (both social and legal) have the same function as other factual conditions (natural and social), affecting social action.¹⁰⁴

Sally Engle Merry har lanserat den äldre rättspluralismens idéer och undersökningar på det samtida 'moderna,' 'civiliserade' och industrialiserade 'västerlandet.' Framförallt har hon givit inspirerande tankar till ett utvecklande av vad som benämns 'new legal pluralism' – denna nya riktning hävdar att rättslig pluralism inte är något särtecken för sk primitiva icke-västerländska samhällen, men att det även kännetecknar västerlandet. Grundtanken är att rättspluralism således inte är utmärkande för *vissa* specifika samhällstyper, utan återfinns i varierande grad i alla samhällsformer.¹⁰⁵ I detta ligger att även den statliga lagstiftningen ofrånkomligen både uttrycker och genererar rättspluralistiska värden och normer. Medan den äldre rättsantropologin konstaterade rättspluralism i 'primitiva' samhällsformer och då huvudsakligen samspelet mellan olika normerande system, koncentreras den nyare rättspluralismen på 'avancerade' samhällen och interaktionen mellan olika normerande system, men där rätten utvecklats till ett högformaliserat system. Från att ha varit ett begrepp som huvudsakligen refererat till koloniala förhållanden har den nya rättspluralismen framför allt riktat intresset på relationer mellan dominerande och underordnade grupper – såsom religiösa, etniska eller kulturella minoriteter och invandrargrupper – liksom på inofficiella normstrukturer. Det är alltså frågan om rättslig pluralism utifrån både allmän kulturpluralism och interaktionen mellan officiella och inofficiella normeringsformer.¹⁰⁶

Den nya rättspluralismen påvisar hur andra sociala normeringsmönster utnyttjar den symboliska arsenal rätten besitter: dvs rätten utgör ett 'funktionellt komplement' till de sociala normsystemen. Eftersom rättspluralism utvecklas över tiden genom interaktion mellan skilda normerande system, är ett centralt drag i en rättspluralistisk rättsvetenskap ett tillbakavisande av, menar Merry, *essentiella* rättsbegrepp till förmån för en historisk förståelse av desamma.¹⁰⁷ Själv skulle jag vilja extendera karakteristiken till en *kontextuell* (social, historisk, politisk, religiös, ekonomisk etc) förståelse. Den centrala och generella frågan som rättsplura-

¹⁰⁴ Corsale *Legal Pluralism and the Corporatist Model* (1994) s 96.

¹⁰⁵ Merry *Legal Pluralism* (1988) s 871, 879f. Detta gör att en rättspluralist som Ferrié kan hävda, att normativ pluralitet är en extern faktor och att man därför visserligen kan kalla de omgivande normativa systemen för pluralistiska men att man samtidigt kan benämna rätten som ett monistiskt system: det ligger en poäng i detta, menar Ferrié, nämligen att man därmed kan bestämma graden av rättens dominans och beroendeförhållande. Om pluralism är en extern faktor, så innebär det att "the move away from normative plurality and towards legal monism is not a legal phenomenon but a political action," s 27, Ferrié *Norms, law and practices. The practical obstacles that makes it impossible to separate them* (1999).

¹⁰⁶ Merry *Legal Pluralism* (1988) s 873.

¹⁰⁷ Merry *Legal Pluralism* (1988) s 889.

lismen ställer, är i vad mån något samhälle någonsin kan sägas ha stått utanför andra normativa influenser och därför kan uppvisa en enhetlig rättstradition. Företrädarna för den nya rättspluralismen besvarar dessa frågor nekande och menar att även de industrialiserade (västerländska) samhällena i grunden är rättspluralistiska genom olika former av påverkan. Ofta har man noterat att rättspluralismen till och med tenderar att öka i de moderna (välfärds)staterna på ett sätt som strukturellt liknar medeltiden – “the very era of legal pluralism.”¹⁰⁸

Finns det då någon rättsordning *sui generis*? Nej, naturligtvis inte, svarar Hooker på basis av sina studier:

Legal systems typically combine in themselves ideas, principles, rules, and procedures originating from a variety of sources. Both in the contemporary world and historically the law manifests itself in a variety of forms and at a variety of levels.¹⁰⁹

Ett flertal arbeten har belyst och påvisat att också den europeiska rätten var starkt pluralistisk: rättspluralism synes ha varit det allmänt förekommande normalitetstillståndet i Europa, såväl för den medeltida rättsordningen som tidigare epoker¹¹⁰ och redan den romerska rätten var till stora delar pluralistisk.¹¹¹ Det innebär måhända att föreställningen om den uniforma, enhetliga monocentrin endast är eller har varit en parentes i rättshistorien.¹¹²

¹⁰⁸ Corsale *Legal Pluralism and the Corporatist Model* (1994) s 100 samt Dalberg-Larsen *Rettenes enhed - en illusion?* (1984) s 136.

¹⁰⁹ Hooker *Legal Pluralism* (1975) s 1, jfr även s 52ff.

¹¹⁰ Se Dalberg-Larsen *Rettenes enhed - en illusion?* (1994) s 101ff. Se även Corsale *Legal Pluralism and the Corporatist Model* (1994) s 97f, Sinha *Legal Polycentricity and International Law* (1996) s 28-35 och Arthurs 'Without the Law' (1985) s 8. Ävensom Robé *Multinational Enterprises: The constitution of a pluralistic legal order* (1996) s 53ff, Gilissen *Introduction a l'étude comparée du pluralisme juridique* (1972) s 8 och Ingber *Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit* (1972) s 58ff om 'le point de vue moniste.' Se även Eriksson *Staten i upplösning* (1995a) som menar att vi idag är "på väg mot ett historiskt utvecklings-skede som i mycket påminner om den europeiska senmedeltiden med korsande och komplexa relationer mellan löst utformade statsamfund," s 140.

¹¹¹ Se Van Den Bergh *Le pluralisme juridique en droit romain* (1972). Därför synes det vara ett märkligt företag att försöka grunda EG-rätten på en slags gemensam romersk rätt som det bärande rättsarvet, en minsta gemensamma nämnare – jus commune – som förväntas ge en slags principiell stabilitet och enhet åt den hopplöst mångförgrenade EG-rätten. För denna i och för sig intressanta diskussion som länkar frågan om EG-rätten till enhetstanken, se Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996) och *Roman Law and European Legal Unity* (1998) samt De Ly *Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union* (1998). För kritiska kommentarer, se Martiny *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?* (1998), Bergeron *An Even Whiter Myth: The Colonization of Modernity in European Community Law* (1998), Fitzpatrick *New Europe and Old Stories: Mythology and Legality in the European Union* (1998) och Teubner 'Global Bukovina': *Legal Pluralism in the World Society* (1997). För några svenska mothugg, se Sandström *Romersk rätt - en rättsvetenskapens europaväg?* (1993-94) och *Rättshistoriker - räddare i den europeiska nöden?* (1994-95).

¹¹² Detta gör att bärigheten i de hittillsvarande framställningarna som präglar den västerländska rättshistorien starkt kan ifrågasättas. Det är, lyckligtvis, inte min uppgift här, men jag menar att här finns en grannliga uppgift för rättshistorikerna. För ansatser på hemmaplan, se Mo-

Rättspluralismen riktar, som framgått, grundskott mot flera företeelser och konstaterar rättspluralism i olika områden. Rättspluralism anses vara en konsekvens av statens sammansättning – staten är inte en homogen eller monolitisk struktur, där all grundläggande normativ makt utgår från riksdagen. Staten är sammansatt av disparata delar. Norberto Bobbio menar att:

The ideal model of democratic society was that of a centripetal society. The reality is that of a centrifugal society, having not one center of power (Rousseau's general will) but many, meriting the names preferred by scholars of politics: polycentric or polycratic society. The model of the democratic state founded on a popular sovereignty, which in its conception resembled the sovereignty of the Prince, was the model of a monistic society. Real society, under democratic governments, is pluralistic.¹¹³

Den statliga normproduktionen, ja staten själv är alltså enbart *ett* område för normproduktion, *ett* normerande system bland flera enligt den klassiska statsupfattningen. Helmut Willke menar att den moderna statens övergång från en minimal-liberal rättsstat till en välfärdsstat har inneburit att den sociala kontrollmekanism som staten hade under den liberala marknadsepoken har blivit välfärdsstaten övermäktig. Det är å ena sidan inte möjligt med en återgång, men å andra sidan heller inte möjligt med en förstärkt statlig intervention och kontroll.¹¹⁴ Willke skisserar en lösning, nämligen att man måste inse:

In State theory as well as in sociological theory that modern complex societies definitely have become *polycentric societies*. There are no a priori reasons for the primacy of any one of the many centers. There are functional primacies, to be sure, but which function in an interdependent network would be dispensable? The concept of polycentric society provides the perspective, I think, to reconstruct State theory – and eventually democratic theory as well – on a more adequate basis. In practice [...] changes in the actual architecture of advanced societies from a predominantly hierarchical to a basically heterarchical structure.¹¹⁵

Willke karakteriserar också den polycentriska staten av idag som en 'local hero.'¹¹⁶ En sådan utveckling av välfärdsstaten till 'local hero' och ett oklart epicentrum är inte utan negativa konsekvenser, då det kan leda till starka normativa teorier om 'minimalstaten' och en återgång till manchester-liberala nattvåk-

dées *Optimala rättsliga kulturer? Om modernitet och kontinuitet i nationella och globala rättsliga kulturer* (1999-2000), Nygren *Vad är egentligen 'riktigt svenskt' i den svenska rätten?* (1998) samt Fenger *Den västlige rets kris? Världgrundlaget för den västlige/nordiske retskultur* (1994).

¹¹³ Bobbio *The Future of Democracy* (1984) s 6.

¹¹⁴ Se vidare Sand *En skisse til tre rettslige statsmodeller: Retsstaten, forvaltningsstaten, nettverksstaten* (1992) och *From the Distinction between Public Law and Private Law – To Legal Categories of Social and Institutional Differentiation, in a Pluralistic Legal Context* (1995b).

¹¹⁵ Willke *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society* (1986).

¹¹⁶ Willke *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft* (1992) s 362ff.

tarstatstankar inom vissa områden.¹¹⁷ I relation till detta och inom ramen för denna avhandling är diskussionen om de sociala rättigheterna särskilt intressant, då man kan bevittna en förstärkning av tilltron till mer klassiska, negativa eller passiva rättigheter: eller snarare, man kan se hur de sociala rättigheterna kopieras efter det klassiska rättighetsmönstret. Frågan är om välfärdsstaten som en 'local hero' är den David som kan besegra ekonomismens Goliat. Det är emellertid viktigt att samtidigt med nationalstaternas alltmer begränsade suveränitetsanspråk, där den globala ekonomin alltmer blir transnationell, notera mottendenser där de 'öppna' staternas normgivning tenderar att centraliseras än mer. En allmän karakteristik i denna rörliga tidsålder är dock att rätten i högre grad än tidigare är (heteronomt) knuten till olika företeelser vilka inte (längre) är enhetliga. Den väsentliga delen av normproduktionen är horisontell istället för klassiskt vertikal och hierarkisk: Gunther Teubner menar att "it is in the horizontal dimension, in the relation of law to a variety of other language games, that we today observe pluralist norm production processes."¹¹⁸

Att rätten uppfattas som hierarkisk och som en centraliserad auktoritet innebär vidare, att legitim rättslig förändring endast kan komma från 'ovan'; dvs lagstiftningsvägen genom parlamentet osv. I farans riktning ligger att den rättsvetenskapliga metodologin själv tenderar att bli hierarkisk och pyramidal. Det relevanta undersökningsfältet av de rättspluralistiska förhållandena är därför gränsdragningen mellan officiella rättsregler och icke-rättsliga normer liksom relationen mellan formell och sk informell rätt. Den klassiska monolitiska och liberala statsuppfattningen förutsätter enskilda interagerande individer, snarare än ett socialt komplex av olika grupper tillhörande skilda sociala skikt.¹¹⁹

Surya Prakash Sinha ansluter i sin analys av den internationella rätten till den Nya rättspluralismen, dvs att samtidens moderna civilisationer kännetecknas av rättspluralism. Sinha hävdar att den internationella rätten har två fundamentala och oundvikliga särdrag, dels en 'non-universality of the legal order,' dels en 'axiological diversity among various civilizations.'¹²⁰ Detta aktualiserar några oroväckande frågor: för det första om "the non-universality of the legal order mean that the international legal order is no longer possible"; för det andra om "the non-universality of legalism [does] invalidate the normative content of this law" samt slutligen huruvida "the axiological diversity of the world affect international law?"¹²¹ Det är i huvudsak den tredje frågan om axiologisk diversitet, dvs värdepluralism, som bekymrar Sinha, nämligen i hans kritik av att västvärldens

¹¹⁷ I den nyliberala diskursen är det Nozick som associeras starkast till rätts- och minimalstatliga tankar, se *Anarki, Stat, Utopi* (2001).

¹¹⁸ Teubner *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1457. Eller helt enkelt: "from hierarchy to heterarchy," Teubner *Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors* (1997) s xiv.

¹¹⁹ Pospisil *Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems* (1971) s 98. Podgorecki *Social Systems and Legal Systems - Criteria for Classification* (1985) s 10.

¹²⁰ Sinha *Legal Polycentricity and International Law* (1996) s 134f.

¹²¹ Sinha *Legal Polycentricity and International Law* (1996) s 135-140.

kulturellt (dvs icke-universella eller partikulära) baserade rättsföreställningar varit styrande i definitionerna av i synnerhet mänskliga rättigheter. Sinha menar att: "it is fallacious to construct a role for international law upon the assumption of cultural uniformity of the world, or even an expectation thereof" – därför måste "a promising system of human rights [...] conform to the world's plurality of value systems, rather than crusading for a uniform system of values for the peoples of the entire world."¹²² Detta tillstånd innebär inte alls att den internationella rätten är meningslös eller att resultatet kommer att bli en extrem relativism som löper amok. Tvärtom förespråkar Sinha att den internationella rättens "normative content [...] be informed of a distinction between that which is universal and that which is culture-specific."¹²³

Genom EG-rätten, konstaterar flera författare, blir den nationella rätten i allt högre grad uppknuten till internationell rätt och multilaterala förpliktelser, så att påståendet om en från övriga världen isolerad och därmed enhetlig rättsordning måste numera framstå som en teoretisk anomali. Rättspluralism i denna mening uppkommer genom interaktionen mellan olika regionala rättsregleringar och nationalstater i upplösning.¹²⁴ Thomas Wilhelmsson framhäver hur integrations- och harmoniseringssträvandena, som ett återupplivande av rättsliga enhetsidéer inom EU, samtidigt medför en disintegration av den nationella rätten. Å andra sidan kan integrationssträvandena också ses som ett medel att motverka redan förefintlig nationell disintegration.¹²⁵ I övrigt vad avser EU menar André-Jean Arnaud, som ser starka pluralistiska tendenser inom EU och EG-rätten, att: "We also speak about *Pluralism* when dealing with the coexistence of a plurality of different legal orders with links between them. Indeed, this is precisely what happens in the building of Europe."¹²⁶ Ofta kan visserligen medlemsstaternas rättssystem i vissa delar konvergera, men oftast föreligger motsättningar. Arnaud framhåller studier av 'cultural pluralism' och 'normative pluralism' som oundgängliga: "Europe will be able to fulfill its aims of unification/harmonization only if European lawmaking abandons the 'modern' process to adopt the features of a post-modern law."¹²⁷

¹²² Sinha *Legal Polycentricity and International Law* (1996) s 140.

¹²³ Sinha *Legal Polycentricity and International Law* (1996) s 147.

¹²⁴ Wilhelmsson *Legal Integration as Disintegration of National Law* (1995) samt Arnaud *Legal Pluralism and the Building of Europe* (1995).

¹²⁵ Wilhelmsson *Legal Integration as Disintegration of National Law* (1995).

¹²⁶ Arnaud *Legal Pluralism and the Building of Europe* (1995) s 150.

¹²⁷ Arnaud *Legal Pluralism and the Building of Europe* (1995) s 149. Vidare om pluralistiska tendenser inom EU, se Schepel *Legal Pluralism in the European Union* (1998) som i detta sammanhang uppmärksammar en 'supranational', en 'subnational' samt en 'transnational' rättspluralism. Frågan huruvida pluralismen ökar eller minskar i och med EG-rätten liksom tendenser till divergens eller konvergens bland medlemsstaterna visavi EG-rätten är allt annat än självklar, se Sand *Understanding the EU/EEA as Systems of Functionally Different Processes: Economic, Political, Legal, Administrative and Cultural* (1998), vilken ser faror för rätts-säkerhet, förutsebarhet och rättvisa om man inte observerar de skilda rationaliteter som kolliderar i EG-rätten. Hennes tes är att "the interdependence of qualitatively different sys-

Rättspluralismen problematiserar även *kulturbegreppet* och ifrågasätter starkt den monocentriska synen på kulturell homogenitet eller homogen rättskultur och menar istället att varje givet samhälle i själva verket alltid är mångkulturellt – i form av olika sub-grupper inom en viss kultur,¹²⁸ eller olika minoriteter och andra grupper. Rättspluralism i denna mening utgår från att rättssystemet påverkas av olika gruppers rättsuppfattningar, i sin tur påverkade av skilda kulturella bakgrunder och normer. Alltså, rätten – som levd rätt¹²⁹ – är icke en homogen uppfattning hos befolkningen; rättsuppfattningen är pluralistisk. Leopold Pospisil hävdar att inga samhällen kan uppvisa ett konsistent rättssystem, utan de har så många system som det finns sub-grupper. Detta innebär att varje sub-grupp, som nödvändigtvis skiljer sig från andra sub-grupper, reglerar sina medlemmar via det egna 'rättssystemet.' Att den moderna staten styr hela samhällets olika sektorer, tillbakavisar Pospisil. Totaliteten av de rättssystem som omfattar vissa sub-grupper av samma typ och omfång benämner Pospisil rättslig nivå – *legal level*.¹³⁰ Med bakgrund av detta, har Pospisil framfört tesen om en mångfald av rättssystem – ”a multiplicity of legal systems” – även vad avser moderniserade samhällen. Pospisil uttrycker sammanfattningsvis sin uppfattning:

This conception of a society as a patterned mosaic structure of subgroups with their specific legal systems and with a dynamic center of power brings together phenomena and processes of a basically legal nature that otherwise would be put into nonlegal categories and treated as being qualitatively different.¹³¹

tems will systematically contribute seriously to misunderstandings, incoherences and contingencies in communication and in institution-building,” s 100. Det är vitalt med en medvetenhet om den rättsliga pluralismen inom EU. För en tämligen optimistisk syn på konvergens inom EU, se Da Cruz *Comparative law in a changing world* (1999) ssk kapitel 14.

Vad avser EG-rättens utveckling och de enskilda staternas rättsordningars harmoni eller konflikt i förhållande till densamma och sinsemellan, vill jag här enbart hänvisa till, bland andra, Zahle som belyst problematiken utifrån *polycentriska* aspekter. Han menar att EU-rätten kännetecknas av: 1. en flerhet af retssystemer; 2. en flerhet af retskulturer; 3. olika rättskildedoktriner; 4. textuell öppenhet i EU-traktater och direktiv; 5. att vara en hybrid mellan traktat och författning samt 6. att den icke är uttömmande, *EU og retsteori. Oplæg til diskussion af den retsteoretiske ramme for studiet af EU-retten* (1995a) s 88-91.

Om den kommersiella och handelsrättsliga normbildningen i ett globalt pluralistiskt perspektiv, se bl.a. Teubner *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society* (1996), Mertens *Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?* (1996), Robé *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order* (1996), Muchlinski *'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community* (1996) och Snyder *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism* (1999).

¹²⁸ Pospisil *Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems* (1971).

¹²⁹ Lebendes Recht,' som Eugen Ehrlich myntade uttrycket.

¹³⁰ Pospisil *Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems* (1971) s 107.

¹³¹ Pospisil *Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems* (1971) s 125. För en mer expansiv uppfattning om rättspluralism som baserad på global rättskulturell diversitet, se Chiba *Legal Pluralism in and across Legal Cultures* (1991) och Legrand *Uniformity, legal traditions, and law's limits* (1996-97).

Rättspluralismen exponerar i många fall de intressebundna bakomliggande premisserna för rättsordningen och de enskilda rättsliga regleringarna. Denna intresse-pluralism kan förstås både som individers, grupper eller samhällsklassers konkreta intressen¹³² och som mer ihållande systembundna intressen. Den senare tolkningen (som vidareutvecklas strax nedan 3.4), utgår från att i rättsliga principer, begrepp och regleringar nedlagda värden kontinuerligt reproduceras inom rätten: i rättspluralismen blottas oförfärat såväl de axiologiska som epistemologiska grundpostulaten.¹³³ Rättspluralismen får, som Hanne Petersen ovan framförde, även återverkningar på rättskälleproblematiken: inte heller rättskälleläran är (längre) en enhetlig lära. Detta är, som nämnts, den av Henrik Zahle framförda sk polycentrin inom rättskälleläran (se nedan 3.3).

Sammanfattningsvis menar den nya rättspluralismen att vissa gemensamma drag finns mellan rätten i sk primitiva samhällen och moderna kapitalistiska 'utvecklade' stater: de innehåller båda starka inslag av kutym, informella normer,¹³⁴ sedvanor och handelsbruk, utomrättsliga medlingsinstitut, informell konfliktlösning och olika former av institutionell praxis, som både utvecklar egna liv jämsides rätten och som även, vid behov, inkorporeras eller accepteras av rättsordningen som viktiga normativa komplement. Det är givetvis frågan om gradskillnader här och olika kulturella kontexter. En viktig demarkation för att se dessa 'rättsperiferer' eller över- och underordnade rättsnormer är distinktionen mellan stat och samhälle, eller med nutida terminologi, civilt samhälle. All rätt härstammar inte från staten och all rättshantering sker inte enbart i statlig regi, utan rätten härrör från rörelser i det omgivande samhället och mycket av rättshandlingen sker i samhället. Till yttermera visso är legitimitetsfrågor, rättvisefrågor och allmänna rättsuppfattningar starkt knutna till samhället.¹³⁵

¹³² Som framhålls exempelvis inom marxistisk rättsteori, Fitzpatrick *Marxism and Legal Pluralism* (1983) och Eriksson *Rätt och intressen* (1993).

¹³³ Petersen/Zahle *Preface* (1995) s 9.

¹³⁴ Om sedvana och informella normer som inslag även i den moderna rätten, se Petersen *Reclaiming 'Juridical Fact'? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (pluralist) Sources of Polycentric Law* (1995) s 173-180 samt *Informell rätt* (1991).

¹³⁵ Baxi *Discipline, repression and legal pluralism* (1986): 'the withering away of people's law,' s 51: "the broad notion of 'legal pluralism' stands for the following core propositions: 1. there exists a distinction between the state and civil society." Se även Teubner *Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors* (1997) som menar att globaliseringen och därmed rättslig reglering måste förstås utifrån distinktionen stat-samhälle: "globalization of law creates a multitude of decentered law-making processes in various sectors of civil society, independently of nation-states," s xiii.

Den traditionella (monocentriska) rättsvetenskapen har knutit tanken om rättens enhet mycket till *staten* och statsbegreppet – dvs juridiken har legat tämligen nära statsvetenskapen. En eventuell hybrid skulle alltså vara en rättsstatsvetenskap, dels i betydelsen *rättsstatsvetenskap*, dels i betydelsen *rättsstatsvetenskap*. Juridiken har med andra ord, som statsbärande disciplin, varit beroende av en statssyn på normskapandet, trots att statsbegreppet är satt i diskussion, eller som Bengoetxea uttrycker det: "many scholars have been questioning the state for a long time, but legal theorists and normative philosophers are still lagging behind," *The withering away of the state at the turn of the millenium* (1997) s3. En mer utvidrad rättsvetenskap skulle kunna knyta tanken om normgenererande system till *samhället* och

Pluralismen kritiserar föreställningen om rättens monocentri längs flera linjer och påvisar dess ohållbarhet eller åtminstone problemfyllda karaktär: för det första hävdas, att rättsvetenskapen omotiverat bortser från det empiriska sakläget såsom irrelevant ur rättslig synpunkt. Istället betonas att rättsordningen *i sig själv* skall vara sammanhängande enligt vissa grundläggande principer, oaktat hur verkligheten ter sig. Detta accentuerar, hävdar rättspluralisterna, diskrepansen mellan kunskaps- eller faktaplanet och det rättsliga normplanet. En annan notorisk svaghet i monocentrin, är att det saknas rättsvetenskaplig konsensus om vilka mekanismer som förmår göra rätten till en enhet; vilken rättskällelära, vilka rättskällor, vilka normtyper har relevans, vilken argumentation är giltig, vilka rationalitetskriterier har tyngd osv? Möjligtvis kan man finna någon slags trivial miniminivå av basala antaganden, liknande innehållet i Aarnio/Uusitalo's 'epistemiska miljö.'¹³⁶ Slutligen medför givetvis ett antagande om rättens normativa eller systematiska enhet, att själva rättsvetenskapens vetenskapsbegrepp tenderar att bli monocentriskt och slutet, varigenom en bredare vetenskapsbas med kompletterande kunskapsformer från rättssociologi, rättsekonomi mm ofta avvisas. Själva rättsförståelsen blir monocentrisk.

Oaktat detta kan emellertid en monocentrisk syn eventuellt ha sin styrka i några andra hänseenden: enhetsantagandet och monocentrin bidrar i själva verket med en tydlig yrkesidentitet, dvs monocentrin bygger på den juridiska tradition som ger juristprofessionen rättsligt monopol att tolka rätten. Arthurs anser att enhetspostulatet eller rättscentralismen är starkt sammanbunden med juristprofessionens monopolställning som egentligen inte var befäst förrän i mitten av 1800-talet, med rättssäkerheten, rättsstatstanken och 'the rule of law' som ledande ideal.¹³⁷ Utan tvekan var det så, särskilt under 1800-talet, men situationen har givetvis radikalt förändrats. Arthurs menar att en viss form av pluralism är *terra firma* för juristprofessionen – såsom 'negotiation,' 'mediation,' 'arbitration,' 'domestic adjudication,' 'political devices,' mm – och att flertalet av rättsliga tvister sällan kommer inför domstol; dvs juristerna är av hävd vana att utnyttja den informella rättens arsenal. Men samtidigt upprätthålls en strikt uppdelning i statlig formell rätt kontra andra normer, en dikotomi som givetvis gynnar juristprofessionen. Arthurs förtydligar attraktionskraften i den rättsliga centralismen på följande sätt:

samhällsbegreppet – dvs juridiken borde i normhänseende snarast närma sig sociologin och rättssociologin och bli en *rätts samhällsvetenskap*. Måhända finns här en avgörande konfrontation mellan rättsvetenskapen, som uppfattat själva statsapparaten som hierarkisk och monocentrisk (ehuru det finns viss institutionell makt- och funktionsdelning i olika statsgrenar) och samhällsvetenskapen (rättssociologin) som uppfattar samhället som horisontell och pluralistisk.

¹³⁶ Se ovan avsnitt 2.3. Jfr även Finnis och Fuller som extremt tydliga exempel där olika kriterier på vissa oundgängliga grundvärden presenteras, se Simmonds *Juridiska principfrågor*, kapitel 4 respektive 7.

¹³⁷ Arthurs *Without the Law* (1985) s 4f.

One can understand that lawyers' expertise in the formal rules and their manipulation makes the centralist paradigm particularly attractive to them. It provides a basis for their monopoly over 'legal' services and for the economic and psychic rewards of that monopoly. Moreover, the centralist paradigm has become part of the general culture [...] lawyers have sought to equate the public interest with law, and law with their own particular form of professional knowledge.¹³⁸

Intet ont i detta, kan man tillfoga, det är ju blott en beskrivning av sakernas tillstånd. Värre blir det dock när juristernas kunskap blir förhärskande och hegemonisk, när "the centralist paradigm should be enshrined in the rules of positive law, that pluralism should be suppressed."¹³⁹

Det sagda får inte misstolkas så att pluralisterna föreslår att juristprofessionen bör avskaffas eller att lagstiftningen inte längre skall ha demokratiskt stöd genom en lagstiftande församling etc:

There is no question that legal pluralism is, in part, a reaction against the monopolisation of law by certain forms of state law, strengthened by a belief that these forms of law have reached a stage of crisis [...]. But it does not follow from there that legal pluralism as such wants to destroy modern Western law [...].¹⁴⁰

Pluralismen förespråkar en ökad medvetenhet om samhällets differentiering och en ökad förståelse av både normproduktion och normanvändning. Syftet är lindra den potentiella repressiva epistemologi som ligger inkapslad i den rättsliga centralismens ideologi och monocentriska ontologi.

En följd av den rättsliga centralismen är, menar Arthurs, också den pejorativa uppdelningen av högre och lägre (superior/inferior) domstolar, där de 'högre' syftar på det allmänna domstolsväsendet medan det senare föga förtjänstfulla epitetet ofta avser förvaltningsdomstolarna. Men också i en inre uppdelning av underrätter och högsta instanser. Denna dikotomi svarar inte mot rättens reella funktion: förvaltningsdomstolarna har ofta mer direkta sociala konsekvenser än de allmänna, fler människor kommer i kontakt med förvaltningen än ärenden i straff- och civilmål dessutom har de lägre instanserna oftare en normbildningsprocess som inte alltid kan styras genom prejudikatsverksamhet.¹⁴¹ Trots att ca 70-80% av all ny lagstiftning berör förvaltningsrätt är paradigmet i rättsförståelsen fortfarande dominerat av straffrättens och civilrättens rättsliga centralism.¹⁴²

Som tydligt framgår har de rättspluralistiska teorierna motsagt den monocentralistiska ideologin på en rad punkter och frågan är i vilken mening föreställning-

¹³⁸ Arthurs 'Without the Law' (1985) s 4f.

¹³⁹ Arthurs 'Without the Law' (1985) s 4. Kanhända kan man säga – med viss försiktig överdrift – att kolonialmakterna, efter att ha konstaterat och fördömt rättspluralism i sina kolonier, vänder sig inåt mot de pluralistiska tendenser som finns inom den egna staten.

¹⁴⁰ Sack *Legal pluralism: introductory comments* (1986) s 3.

¹⁴¹ Se Arthurs 'Without the Law' (1985) s 6.

¹⁴² Se Bernitz mfl *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder* (1998) s 31.

en om rättens enhet kan begagnas idag. Såvitt jag kan se är *den enda kvarvarande legitima grunden för ett antagande om rättens enhet att den måste utgöra en normativ målsättning*. Med andra ord, skulle man enligt denna syn hävda att rättsvetenskap inte kan bedrivas utan att *förutsätta* att rätten i någon mån är enhetlig, alternativt att den kan göras enhetlig. Enhet och monocentri skulle således utgöra viktiga postulat, grundantaganden eller nödvändiga fiktioner. Denna frågeställning blir temat för avsnitt 6.3-6.4, där frågan om koherens såsom ett enhetsteoretiskt värde också begrundas.

3.2.3 Parallella rättssystem

I den samtida rättsvetenskapen finns en rad arbeten som uppvisar en insikt om att de rättspluralistiska rörelsemönstren numera borde tillhöra dess kunskapsbas. Tidigare har understrukits att rättsfältet nödvändigtvis hänger samman med samhällets övriga delsystem och att rättsfältets funktion ingår i en komplex samhällsstrukturens olika funktioner; rätten får därmed också skilda funktioner i olika sammanhang. Den allmänna och generella frågan blir fortsättningsvis hur pluralismen gestaltas i relation till rättens struktur.

Rättspluralismen bidrar med att ge en bild av den mångfald olika beroendeförhållanden rättsfältet ingår i, vilka skilda kontexter det verkar i och hur det är sammansatt av olika funktioner. Vad rättspluralismen däremot försummat att beskriva, är hur dessa funktioner 'inåt' genererar en särskild uppsättning principer och regler. Rättspluralistiska teorier har alltså i huvudsak koncentrerats på funktionernas *momentana karaktär*, men problemet hur dessa skilda funktioner avgett *permanent intryck* i rätten kvarstår. Med permanent intryck vill jag mena, att varje tidsepok och distinkt samhällstyp skapar en för detta ändamål anpassad uppsättning normer och värden utifrån rättsfältets samhällsliga funktion, vilka fortlever i formen av lagstiftningsakter och regleringar av olika slag.

Rättssystemens idéinnehåll, dess rättsprinciper och grundläggande rättsliga värden konstitueras av rättsfältets tids- och samhällstypiska funktioner. Det vill säga, rättsfältets funktion i en viss kontext och dess konstitutiva roll i samhället skapar en specifik uppsättning rättsliga föreställningar som *givet* den tiden och *givet* det samhällsförhållandet bildar en sammanhängande juridisk världsbild och begreppsram ('paradigm'). Rättsfältets funktion skapar en systematik av rättsnormerna anpassade efter samhällets krav på rättsfältet. De sociala värden som anses fundamentala transformeras till rättsnormer vilka understöder dessa – funktionen skapar alltså strukturen. *Mer precist: rättsfältets funktion skapar rättssystemets (värde-) struktur.*

Det sista påståendet kan förtydligas av rättssociologen Håkan Hydén som med en *strukturell normteori* givit visst spelrum åt en rättspluralistisk tolkning. Samhällets allmänna normbildning sker, menar Hydén, utifrån fyra relativt autonoma handlingsystem; det naturliga, det ekonomiska, det socio-kulturella och det

politiskt-administrativa.¹⁴³ Dessa är uppbyggda kring vissa konstitutiva och operativa normer som upprätthålls genom att de för systemen avgörande funktionerna blir rättsligt reglerade. De normer som reproducerar systemens fortlevnad ges alltså status av *rättsliga* normer; rättsreglerna förstärker härmed de enskilda systemens reproduktionsnormer.¹⁴⁴

Hydén hävdar således att rättens normunderlag primärt inte produceras inom rätten men *genom* och *av* de övriga handlingssystemen. Normerna inom det politiskt-administrativa systemet har karaktären av 'kompetensnormer,' det ekonomiska av karaktären 'strategiska' normer, det naturliga av 'tekniska' (ekologiska) normer och det socio-kulturella av 'handlingsnormer.'¹⁴⁵ I och med att normer ständigt produceras och reproduceras i spänningsfältet mellan olika handlingssystem, karakteriserar Hydén dessa som strukturella normer. Det ekonomiska handlingssystemet är (i sista instans), enligt Hydén, dominerande och ofta bestämmande för lösningen av olika strukturella konflikter.¹⁴⁶

Normen följs emellertid inte enbart av det skälet att den är en rättsregel, utan de flesta normer följer i sin tillämpning, enligt Hydén, den *spontana logik* som dess handlingssystem tillhandahåller. Men i de fall handlingssystemet inte förmår att själv lösa interna problem tar rättssystemet över – varigenom rätten definierar den juridiska rationaliteten (hur den nu i det enskilda fallet ser ut) som avgörande för konfliktlösningen. Rättsregeln har skiftande funktioner beroende på vilket förhållande den intar gentemot den systemspecifika normen: rättsregeln har en *handlingsdirigerande* funktion om den underordnas den norm den förstärker; den har en *konfliktlösande* funktion om den tar över och tränger ut normen. Denna skillnad gör att rätten, på samma gång, är såväl komplexitetsreducerande som komplexitetsskapande. Sett med utgångspunkt från något av handlingssystemen *framstår* rätten komplexitetsreducerande, men sett från det rättsliga systemets horisont elaboreras handlingssystemets komplexitet på ett nytt sätt – ”den sociala komplexiteten ersätts med andra ord av en rättslig komplexitet.”¹⁴⁷ Med min terminologi är 'rättsfältet' en funktion av skilda normerande (handlings)system – det är pluralistiskt till själva sin struktur.¹⁴⁸

¹⁴³ Hydén *Normvetenskap* (2002) s 114ff.

¹⁴⁴ Hydén *Normvetenskap* (2002) kapitel 3-4.

¹⁴⁵ Hydén *Normvetenskap* (2002) avsnitt 3.2 och 4.3.

¹⁴⁶ Hydén *Normvetenskap* (2002) avsnitt 3.2. För ett ifrågasättande av att det 'ekonomiska' handlingssystemet alltid skulle vara det primära, se Schömer som istället betonar det 'sociala' handlingssystemets dominans, *Ett himmelens kulturarv att bära* (1995) s 294.

¹⁴⁷ Hydén *Normvetenskap* (2002) s 168. Hydén tillbakavisar därmed Luhmanns bild av rätten som enbart ett komplexitetsreducerande system; jämför med min ovan anförda kritik av Luhmann (avsnitt 2.3.1).

¹⁴⁸ Se De Lange som urskiljer flera former av 'non-unity' i rätten, dels en 'divergence' där olika rättsområden inom rätten utvecklas i skilda riktningar och i olika takt, dels en 'fragmentation' av rätten som speglar avsaknaden av en underliggande moralisk/etisk enhetlighet och slutligen en 'legal pluralism' med ett överlappande av skilda rättsordningar i ett socialt fält, *Divergence, fragmentation and pluralism. Notes on polycentricity and unity in law* (1995) s 105.

Olika normerande system ('handlingssystem' enligt Hydén; 'sub-system' enligt Moore) påverkar rättsfältet vid skilda historiska tidpunkter och skiftar naturligen med tiden i styrka och innebörd. Vid en given tidpunkt, låt oss säga under 1700-talet är de normerande systemens innehåll annorlunda än idag; vilka får genomslag i de naturrättsliga teorierna (Locke, Rousseau) och frågan om maktfördelning och rättvisa (Montesquieu). Dessa ger upphov till vissa uppfattningar om rättens roll och funktion, liksom de genererar en viss uppsättning rättsprinciper och vissa rättsregler (i rättsordningen). Vid en senare tidpunkt, säg 1800-talets första hälft skapar det framväxande industrisamhället andra normerande system med tryck på rätten; ett nytt rättsligt tänkande uppträder som skapar ett nytt rättssystem och särskild lagstiftning, avseende avtalsfrihet, egendomsfrihet mm. Andra hälften av 1900-talet skapar andra normerande system med emfas på social rättvisa, andra rättsprinciper och åter igen andra rättsregler – exempelvis ramlagstiftning. Detta innebär att varje tidsepok och distinkt samhällstyp – såsom feodalismen, absolutismen, rättsstaten, välfärdsstaten – skapar en egen systematik av rättens funktion och roll; *sin egen systematik och sitt eget rättssystem*. De olika rättssystemen baseras på skilda uppfattningar om rättsbegreppet och utvecklar därmed också skilda rättigheter och skyldigheter.¹⁴⁹

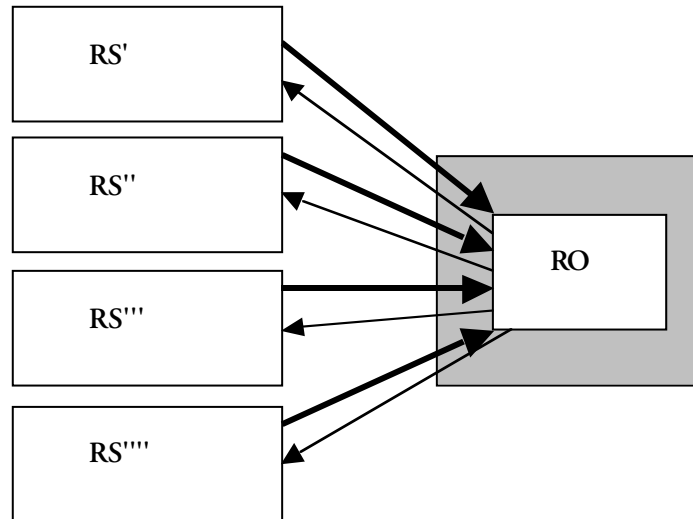
Utifrån *New legal pluralism* som således påvisar pluralism inom alla samhällstyper av olika utvecklingsgrad kan modell 3.3 generaliseras och utvecklas. För det första överges antagandet om en historisk kolonialisering och för det andra får rättssystemen, vilka i figur 3.3 varit knutna till en speciell kolonialmakts rättssystem, istället representera olika historiska idékomplex som åtminstone teoretiskt och idealtypiskt är distinkta.¹⁵⁰ Alltså från *pluralism i rummet* till *pluralism i tiden*, om man så vill; eller annorlunda, här uppstår frågan om historiska övergångar eller transitioner mellan olika rättsliga föreställningsvärldar eller paradigmer. Det konstaterande som riktats mot en kolonialmakts rättsliga hegemoni, kan även belysa dagens västerländska rättsordningar och rättssystem – vissa rättsliga föreställningar, diskurser, rationaliteter och argumentationer, kort sagt, olika rättstraditioner dominerar framför andra, måhända nyare eller äldre uppfattningar.¹⁵¹ Då de olika rättssystemen alstrar specifika intryck i rättsordningen, återfinns bakom rättsordningen en mängd olika rättssystem.

¹⁴⁹ Se vidare kapitel 4.

¹⁵⁰ Med Chibas distinktion ersätts den koloniala terminologin 'indigenous law' och 'transplanted law' med 'legal rules' respektive 'legal postulates,' *The identity postulate of indigenous law and its function in legal transplantation* (1986) s 40.

¹⁵¹ Även om ingen 'imposed law' är direkt konstaterbar, kan däremot inte olika rättsliga påverkansformer uteslutas. Det vore inte helt orimligt att med ett rättshistoriskt perspektiv påstå, att exempelvis de norska och finska rättsordningarna är starkt påverkade av svensk 'imposed law.'

Figur 3.4.



Rättssystemens rättsprinciper transformeras till rättsliga konstruktioner och rättsregler vilka samexisterar med äldre rättsformer, dvs äldre lagstiftning. Med andra ord försvinner inte den äldre lagstiftningen omedelbart, den dör inte, men för kanhända en med tiden alltmer tynande tillvaro, för att sedermera bli obsolet då ingen funktion längre är knuten till den. Det betyder å andra sidan inte, att rättsfältets olika funktioner och värden formar ett osystematiskt collage av helt disparata delar som staplas på varandra, utan historiskt sett äger olika tyngdpunktsförskjutningar rum: i vissa rättsområden är rättsstatliga rättsprinciper fortfarande viktiga, medan andra områden fäster större vikt vid välfärdsstatlig regleringsteknik. Detta innebär vidare att olika rättsprinciper från olika rättssystem fortlever med varierande styrka inom rättsordningen.

Det sagda behöver inte innebära att rättspluralism är lika märkbar vid varje enskild tidpunkt, utan man bör måhända tala om pluralistiska framträdandeformer i starkare och svagare mening, och som vid vissa tillfällen synliggörs.¹⁵² Den avgörande poängen är att dessa skilda rättssystem *inte* harmoniskt *avlöser* varandra, utan att de i varierande grad existerar parallellt.¹⁵³ Utifrån dessa anta-

¹⁵² Jämför även med Dalberg-Larsen som hävdar att den senaste utvecklingen präglas av en ökande grad av pluralism, men att rättsutvecklingen inte är entydig, *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 117, se även Griffiths *What is legal pluralism?* (1986).

¹⁵³ Den franske marxisten Poulantzas utarbetade i sina rättsteoretiska skrifter en syn på rätten som är en stark inspirationskälla till de nu och här vidareutvecklade tankarna om rättssystemens parallellitet, se även min tidigare artikel Gustafsson *Rättsäkerhet och 'socialsäkerhet': på spaning efter det begrepp som flytt* (1992). Utifrån det klassiska marxistiska grundantagandet om den ekonomiska basen och ideologiska överbyggnaden, analyserar Poulantzas i strukturalistisk anda det ekonomiska produktionssättets (basen) inverkan på olika strukturbestämda nivåer (överbyggnaden); ekonomi, politik, ideologi och teori. Dessa olika nivåer är

ganden möjliggörs ett studium av hur värdeförankrade horisontella och vertikala konflikter uppstår och – kanske framför allt – hur de är möjliga att lösa eller åtminstone jämföra.

Rättsordningen konstitueras av element från *flera parallellt existerande rätts-system* – som var för sig besitter olika intensitet och aktualitet.¹⁵⁴ Det existerar med andra ord mer eller mindre tydliga historiska 'spår' av skilda rättsformer. Att rättsordningen överlappas och består av flera samtidiga rättssystem, innebär att den varken är enhetlig, konsistent eller koherent.¹⁵⁵ I själva verket är den rättsliga djupstrukturen, för att använda Tuoris metafor, fundamentalt pluralistisk.

Detta innebär metodologiskt att de skilda rättssystemens historiska kontext och rättsprinciper först måste klarläggas,¹⁵⁶ för att därefter fixeras i den konkreta

relativt autonoma i förhållande till den övergripande sociala strukturen. Analysen av produktionssättet är av grundläggande vikt, vilket innebär att den sociala strukturen måste ses igenom produktionssättet, *Politisk makt och sociala klasser* (1968) s 257 och *Den marxistiska rättsteorin* (1967) s 255. Det ekonomiska produktionssättet är, enligt Poulantzas, ett abstrakt-formellt begrepp, som endast kan beskrivas i en 'ren' teoretisk form. När ovan påpekats att den sociala helheten skall ses genom produktionssättet, innebär det att produktionssättet täcker existerande och "historiskt bestämda samhällsformationer, dvs sociala helheter vid ett givet tillfälle av deras historiska existens," *Politisk makt och sociala klasser* (1968) s 13. Samhällsformationen är det motsvarande reellt-konkreta objektet, alltså helt enkelt det existerande samhället, som konstitueras av en särskild kombination, eller ett 'överlappande' av flera 'rena' produktionssätt, dvs samhällsformationen är sammansatt av flera produktionssätt, men där ett dominerar över de andra, *Den marxistiska rättsteorin* (1967) s 257. Enligt Poulantzas har varje produktionssätt sin speciella uppsättning rättsideologier. Poulantzas menar, att då "en verklig samhällsformation kännetecknas av en historisk *samexistens* av flera produktionssätt [...], så består en samhällsformations juridiska nivå i en konkret samexistens av flera 'rätter', vilka teoretiskt tillhör olika samexisterande produktionssätt," *Den marxistiska rättsteorin* (1967) s 261. Används så Poulantzas begrepp kan man, i analogi med det ovan beskrivna, betrakta rättssystemet som ett abstrakt-teoretiskt begrepp, medan rättsordningen är det motsvarande reellt-konkreta objektet: dvs *rättsordningen överlappas av flera rättssystem*. För en mer uttrycklig elaboration av pluralism i relation till marxistisk rättsteori, se Fitzpatrick *Marxism and Legal Pluralism* (1983).

¹⁵⁴ Arnaud uppmärksammar samma fenomen av förekomsten av flera samverkande systemgrunder och ger det beteckningen 'simultaneous polysystem' eller 'polysystemics', se *Raising some problems on the closure of the legal system* (1991) s 270f samt *Critique de la raison juridique* (1981) s 25 där Arnaud ställer *la polysystème successive* mot *la polysystème simultanée* (vilken innefattar en *parallèlement au droit*). För Arnauds tankar om en 'simultaneous polysystemics' i EU, se *Legal pluralism and the building of Europe* (1995) s 163f. Se även Vanderlinden *Le pluralisme juridique. Essai de synthèse* (1972) som väcker frågan om *pluralisme parallèle ou intégré*, s 44ff.

¹⁵⁵ Den diakrona pluralismen, enligt Dupret, kännetecknas av att olika rättsföreställningar 'sedimenteras' i rätten över tiden – de fortsätter sin levnad och dör inte automatiskt när nya idéer spirar. Här kan återknytas till Tuoris djupstruktur och karakterisera den nivå som konstituerar det juridiska tänkandets grundläggande värden som 'mångfaldig' eller 'djuppluralistisk' (deep legal pluralism). Dvs den sedimentering som Tuori menar sig förmärka blir särskilt tydlig i den pluralistiska diskursen.

¹⁵⁶ Här kan man förvisso hävda att förståelsen av de skilda rättssystemen kräver en hermeneutisk tolkningsmodell - dvs disciplinen rätthistoria måste vara hermeneutisk-pluralistisk, se Modéer för några tankar i den riktningen, *Optimala rättsliga kulturer? Om modernitet och kontinuitet i nationella och globala rättsliga kulturer* (1999-2000).

och positiva – här den svenska – rättsordningens sammansättning. Det implicerar att en analys av rättsfältets olika funktioner föregår den rättsystematiska, vilket betyder att rättssociologiska teorier nödvändiggörs.

Den rättspluralistiska variant som framförs i detta arbete hävdar, att en allmän social (norm)pluralism genererar en pluralism bland *rättsnormerna*. Detta innebär med andra ord att *även den territoriella (statliga) rättsordningen är pluralistisk* – rättsliga normer är generiskt, axiologiskt och systematiskt pluralistiska, de har sitt ursprung i skilda värdemässiga, historiska och sociala kontexter. Det vill säga 'deep legal pluralism' genererar 'state legal pluralism.'

Man kan med andra ord antaga en rättslig pluralism inom den rättsliga strukturen själv, vilket metodologiskt innebär att rättsvetenskapen (utifrån figuren) har möjlighet att undersöka eller i övrigt behandla rättsnormspluralism utan att direkt förlita sig på extern icke-juridisk sociologisk kunskap eller rättssociologiska teorier. I enlighet med den metodologi som tidigare utvecklats är det möjligt att från det interna perspektivet undersöka förekommande splittring eller pluralism, för att söka en förbindelse med det externa perspektivets pluralism. Modellen innebär vidare att det kan förtydligas hur olika systematiseringsgrunder, rättsprinciper idéer och ideologier har format och ständigt formar rättsordningens sammansättning. Modellen tillåter alltså en variation av analysnivå: exempelvis kan man förstå RS' som kvarlevande feodala rättsprinciper; RS" som rättsstatliga principer och systemgrunder; RS''' som välfärdsrättsliga principer och RS'''' som tendenser till nya regleringsformer.¹⁵⁷ Andra systematiseringsgrunder kan givetvis införas som på olika sätt konkretiserats inom respektive rättssystem och vilka därigenom format rättsordningens struktur genom tiderna; såsom kulturspecifika företeelser, köns- och klassmässiga intressen, politiska motsättningar och en mängd andra omständigheter. Här öppnas ett vidsträckt område för vidare forskning.

3.3 Rättslig polycentri

En slutsats ur antagandet om rättssystemens parallellitet, är att ideologin om rättsordningens monocentriska struktur inte längre är odiskutabel. Av detta följer i sin tur ett ifrågasättande av såväl rättsvetenskapens tolknings- och systematiseringsgrunder som rättskällevärdets status: rättskällevärdet tenderar att bli funktionellt relaterad och systematiseringen historiskt kontingent. Nästa fråga blir därför att beakta hur *rättsordningen* internt är strukturerad när den, som hävdats, formeras utifrån parallellt verkande rättssystem. Ur den här skisserade rättssy-

¹⁵⁷ För post-koloniala länder innebär det på motsvarande vis att rester av koloniala rättssystem fortsatt existerar, Hazlehurst *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (1996) som pekar på en stark "ongoing colonialism which continues to burden indigenous peoples," s xxviii.

stemparallismen måste de teoretiska följderna för rättsordningen alltså beaktas; från den *externa* förklaringen till det *interna* rättsvetenskapliga förståelseperspektivet och den sk polycentriska teorin.

Begreppet 'retlig polycentri' introducerades i nordisk rättsvetenskap 1986 av Henrik Zahle i artikeln *Polycentri i retskildelären* för att beskriva den moderna rättskällelärans speciella karaktär och utveckling.¹⁵⁸ Åtminstone två huvudtendenser i den moderna rättskälleutvecklingen, baserade på olika värdepreferenser, kan enligt Zahle skönjas; den *rättsstatliga* domstolsspecifika modellen – där domstolarna förutom den dömande verksamheten också kontrollerar myndigheternas formella regelföljsamhet – respektive den *välfärdsstatliga* myndighetsspecifika modellen, med en ändring av 'retskildegrundlaget' i riktning mot öppna skönmässiga kompetensregler och administrativ praxis. Den senare modellen har en mängd skilda källor att beakta; 'ministerielle forarbejder,' 'parlamentariske tilskendegivelser,' 'administrativa cirkulærer,' 'vejledninger,' 'gode råd,' 'direktiv' och 'planer.'¹⁵⁹ Rättskällornas differentiering är också tydliga i den kommunala

¹⁵⁸ Begreppet polycentrism verkar härröra från den italienske (marxistiske) politikern Palmiro Togliatti, vilken redan i mitten av 1950-talet använde 'policentrico' som ett motståndsbegrepp mot den monolitiska marxism-leninismen, mot den stalinistiska personkulten och den sovjetstyrda internationalen, se Togliatti *L'intervista a 'Nuovi argomenti'* (1956) s 146f. För diskussionen som följde på Togliatti se Laqueur/Labredz *Polycentrism* (1962) vilka redogör för de ideologiska stridigheter som kom att stå mellan dem som försvarade en fortsatt sovjetstyrd kommunistisk international med monocentriska, 'unitary' och monolitiska förtecken, gentemot dem som försökte skapa en mer demokratisk, humanistisk samexistens mellan olika kommunistiska stater inom särskilt det forna öst-blocket tillätandes en hög grad av autonomi och decentralisering. Särskilt Polen kom att spela en teoretiskt framträdande roll som protagonist för polycentri och uttalad antagonist till den sovjetiska monocentrin. Ser man öst-blockets och sovjetimperiets sammanbrott i början av 1990-talet i backspeglarna, kan man kanske ana att den tidigare polycentri debatten förberedde frigörelsen från monocentrin. Polycentri kom senare att nyttjas inom politologin, men flyttade då in som en beskrivning av statsapparatusens differentiering i olika centra. Jämför härvidlag Poulantzas som menar att "det verkar emellertid, om man ser till statens konkreta funktionssätt och de olika legitimitetsformerna, som om fördelningen av dessa platser i allmänhet går tillbaka på distinktionen mellan lagstiftande och verkställande. Detta är särskilt tydligt om man studerar det nuvarande politiska systemet, där man på samma gång kan konstatera en polycentrism när det gäller dessa platser, politiska maktcentra, – givetvis inte en pluralism av klassmakt – och deras koncentration i den för närvarande dominerande verkställande makten" samt "denna polycentrism inom den verkställande makten återspeglar bara [etc]," Poulantzas *Politisk makt och sociala klasser* (1968) s 358f och *Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste* (1968) s 344. För politologiska studier se exempelvis Amin *Delinking. Towards a Polycentric World* (1985) och Mendel *American foreign policy in a polycentric world* (1968). Därefter har begreppet nyttjats i statsteoretiska sammanhang, Bobbio *The Future of Democracy* (1984) samt Willke *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society* (1986) och Ironie des Staates. *Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft* (1992). Begreppet är också bekant i ekonomisk teori, se Borner *International Finance and Trade in a Polycentric World* (1988), där det använts för att beteckna de ekonomiska och politiska polycentra som inverkar på världshandeln.

¹⁵⁹ Zahle *Polycentri i retskildelären* (1986) s 753.

förvaltningen – där till och med en ‘omvendt retskildepyramide’ aktualiseras, till skillnad från den traditionella rättskällepymiden.¹⁶⁰

De olika rättskällorna samexisterar eftersom de avspeglar skilda ståndpunkter i relation till delvis olika normativa frågor. Dessa ståndpunkter varierar beroende av att de härrör både från olika personkretsar och olika tidsskeden.¹⁶¹ Till yttermera visso menar Zahle, att rätten inte längre enbart är en angelägenhet för juristprofessionen, utan att ”indragelsen af repræsentanter for interesser, sagskundskaab, partier eller direkte demokratisk repræsentation skaber bindingsforhold, som ikke lader sig indplacere i det klassiske repræsentative system.”¹⁶² Zahle pekar därutöver på motsättningen mellan mångfalden av basala argument och tolkningstraditioner för det juridiska systemets legitimitet, som *fortfarande* gäller som systematiseringsprinciper – exempelvis den historiska skolans sedvanebegrepp, naturrättens förnuftsbegrepp och rättspositivismens auktoritativa lagbegrepp.¹⁶³

Ur detta framväxer skilda centra för rättens utformning och tolkning – olika rättskällor utvecklas med rättsliga verkningar, som är olika för olika myndigheter. Rättskällevärdet är inte monocentrisk och återspeglar inte längre en enhetlig rättsvetenskap. Tvärtom är rättskällevärdet *de facto* i förändring som strax skall påvisas genom några exempel – den är *polycentrisk*, den består av ett *flertal centra*. Zahles huvudtes är följande: ”retskildernes polycentri består [...] i, at de enkelte retskilder ikke dækker samme område, ikke rækker lige langt.”¹⁶⁴ Rättskällorna, i denna polycentriska mening, kan inte fastställas enbart med den traditionella rättsdogmatiska rättskällevärdet, utan den faktiska rättskällevärdet som framväxer ur de speciella problem ett visst rättsligt område genererar måste analyseras.¹⁶⁵ Zahles uppfattning om rättens och rättskällornas polycentri kan sammanfattas i några punkter: 1) Rättsliga argument uppstår i flera olika källor; 2) De skilda rättskällorna utpekar specifika rationaliteter; 3) Rättskällorna har inte samma utsträckning; 4) De centrala rättskällorna karakteriseras av en strävan efter argumentativ dominans, samt 5) Det finns inget koordinerande system som bestämmer rättskällornas rang. Det finns ingen fixerad dominans.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Zahle *Om pluralisme i retskildelæren - eller rettens polycentri* (1992a) s 13. Se även Hartlev om rättslig polycentri i regleringen av den offentliga arbetsmarknaden, där det existerar “et dobbelt retsgrundlag (forvaltningsretten og arbejdsretten) med hver deres dominerende retskilder,” *Fra lighed til forskel. Om løneregulering og modernisering i den offentlige sektor* (1994) s 252f.

¹⁶¹ Zahle *Findes der kun én bevisret?* (1992b) s 456.

¹⁶² Zahle *Polycentri i retskildelæren* (1986) s 755.

¹⁶³ Zahle *Om pluralisme i retskildelæren - eller rettens polycentri* (1992a) s 18.

¹⁶⁴ Zahle *Polycentri i retskildelæren* (1986) s 755.

¹⁶⁵ Sandgren *Vad gör juristen? Och hur? I-II* (1999-2000) samt Hydén som påtalar den höga förekomsten av interna myndighetsdirektiv, föreskrifter och allmänna råd, se Hydén/Anderberg *Rätten i förvandling* (1995).

¹⁶⁶ Zahles *The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics* (1995) s 189f.

Eftersom den moderna rättsutvecklingen har intensifierat förekomsten av myndighetsspecifika rättskälreläror, hävdar Zahle att idén om en enhetlig rättskälrelära delvis spelat ut sin roll. Rättsdogmatiken måste, enligt Zahle, idag acceptera existensen av flera rättskälreläror med tillämplighet i olika rättsområden styrda av olika syften, intressen och regleringstekniker.

Polycentrin vad avser de olika myndighetssystemen leder, enligt Vikner, till överlappande kompetensregler – en 'dobbelt-kompetence'¹⁶⁷ – vilket innebär att samma materiella rättsfråga kan komma att avgöras i flera myndighetssystem, med skilda resultat som följd. Det låter sig svårligen avgöras vilket beslut som är *det* korrekta uttrycket för gällande rätt. Vikner menar därutöver att rättskälreläran är polycentrisk inte bara vad avser myndigheterna utan även i relation till de skilda rättsområdena; samma typ av rättskällor kan ha olika betydelse på olika rättsområden. Innebörden av detta synsätt är att en rättskällas giltighet är beroende av rättens polycentri, dvs avhängig det konkreta myndighetssystemet och rättsområdet, och man måste därför arbeta med *forskellige grader af binding*.¹⁶⁸

Till skillnad från den klassiska rättsdogmatiken som paradigmiskt utgå från grundantagandet att högsta rättsinstansens avgöranden anses vägledande för rättsutvecklingen betonar polycentriteorin, i Zahles tappning, istället rättsbildningsprocessen som betydelsefull; var den rättsliga normeringen faktiskt uppstår och vem som utgör dess faktiska adressat. Detta medför att frågan om gällande rätt snarast bör besvaras utifrån rättstillämpningen och praktiken. Rätten skapas och ges reell innebörd även på 'lägre' nivåer än den högsta instansen och därmed är rätten inte det självklart viktigaste styrmedlet eller den starkaste normerande strukturen. Tvärtom konfronteras rätten på tillämpningsnivå med andra normerande system. *Deskriptivt* förskjuter detta perspektivskifte intresset från juridisk rättsbildning till faktisk-social rättsutveckling och *normativt* sker ett skifte från en traditionell, ehuru ej ingalunda självklar eller oomstridd, rättsdogmatisk rättskälrelära till en mer extensiv rättskälrelära – här finns onekligen en rättsrealistisk och rättssociologisk tematik. Detta i sin tur berör bla legalitetsprincipens räckvidd som den klassiska domstolsbaserade juridikens hörnsten; den moderna administrationen kontrollerar inte enbart legalitetsprincipens följsamhet utan har även att beakta olika legitimitetsaspekter.¹⁶⁹

Zahle har ägnat uppmärksamhet åt polycentri avseende just rättskällorna och visserligen förklarar den rättsliga polycentrin som att "retskildelæren er polycentrisk ikke blot for så vidt angår produktionen af retten, men tillige for så vidt angår adresseringen af retten."¹⁷⁰ Den "polycentriske opløsning eller differentiering af retten" utvecklas på basis av flera inbördes oavhängiga förlopp: dels att den

¹⁶⁷ Vikner *Den polycentriske ret* (1989) s 169. Eller en 'överlappande jurisdiksjon,' se Graver *Normative systemer - skisse til en opløsning av rettsbegrepet* (1989) s 66.

¹⁶⁸ Vikner *Den polycentriske ret* (1989) s 170.

¹⁶⁹ Zahle *Polycentri i retskildelæren* (1986) s 756. Se även Petersen om pluralismens legitimitetsfrågor, *Ægte eller uægte orden? Om informelle normers grundlag* (1993).

¹⁷⁰ Zahle *Retsdogmatik og retskritik* (1989) s 45.

statliga hierarkiska organisationsformen är under upplösning (decentralisering), dels en differentiering av normproduktion från å ena sidan statlig reglering och å andra sidan administrativ praxis och tradition, dels en regionalisering av rätten samt slutligen måste normproduktionen ses i ett internationellt och globalt perspektiv.¹⁷¹ Alltså: decentralisering, differentiering, regionalisering och globalisering. Zahles variant av polycentri är, ehuru både normproduktionen och normadressaterna är olika, snävt relaterad till rättskällorna. Men frågan är i vad mån teorin, utöver ett blott konstaterande av denna rättskällepolycentri, även inte måste dra slutsatsen att också själva det *rättsliga normkomplexet* har en polycentrisk karaktär.

Zahles reflektioner över rättens polycentri väcker frågan om hur klassisk den klassiska rättskälleläran egentligen är; alltså hur enhetlig är den monocentriska rättskälleläran? Kan man överhuvud taget tala om över tiden någorlunda enhetliga rättskällor och någon dominerande rättskällelära? Här är det centralt att se rättskällelärans utveckling för att spåra dess eventuella polycentriska differentiering.¹⁷²

Den historiska skolan spelar en avgörande roll i tillskapandet av den moderna rättskälleläran, såsom den fortfarande framställs idag. Innan 1800-talet begagnades ofta en rättskällelära baserad huvudsakligen på uppdelningen i skriven och oskriven rätt: själva begreppet rättskälla användes dock inte, istället användes beteckningen 'historiska källor.' Rättskälla eller *Rechtsquelle* tas i bruk först under 1820-talet och får allmän tillslutning vid mitten av 1800-talet. Björne påpekar att det före 1850-talet inte kan vara tal om någon systematisk rättskällelära, trots det nya språkbruket. Sedvanerätten var i den historiska skolans teoretbildning den centrala rättskällan, eftersom rätten hade sitt ursprung i folkets rättsövertygelse eller rättsmedvetande. Vad avser rangordningen av rättskällorna resulterade detta i viss olikhet mellan de nordiska ländernas rättsvetenskap, men de flesta jurister placerade dock sedvanerätten som god tvåa efter skriven lag; i Sverige och Norge jämställdes dock länge sedvanerätten med skriven lag. Då varken Savigny eller Puchta räknade rättspraxis som rättskälla utan endast som organ för sedvanerätten, kom den följaktligen i nordisk rättsvetenskap att rankas längre ned. Rättspraxis, framförallt prejudikat, som betydelse som rättskälla kom dock sedermera att uppvärderas genom förhöjd kvalitet hos domarkåren samt en ökad tillgång på rättsfallspublikationer. Intressant är att ehuru rättsvetenskapen, dvs juristrätten, skattades högt av både Savigny och Puchta får den ett i praktiken ganska ringa värde som rättskälla. Den rättskällelära som med tiden utkris-

¹⁷¹ Zahle *Retsdogmatik og retskritik* (1989) s 45f.

¹⁷² För en genomgång av den skiftande, minst sagt heterogena, användningen av rättskällebegreppet se Magnell *Rättskällebegreppet. I sökandet efter en modell att analysera olika rättsystemers rättskälleläror* (1994). Se också Sandgren *Vad gör juristen? och hur? I-II* (1999-2000) som i en undersökning av den faktiska rättskällehäntingen, kan konstatera att den vedertagna rättskällehierarkin i begränsad omfattning iaktas i beslutsfattandet.

talliseras är i nämnd ordning: *lag, sedvanerätt, praxis, rättsvetenskap (doktrin), analogi och 'sakens natur'*.¹⁷³ Det är väl denna lära som i någon mån kan benämnas klassisk och till vilken juridiken även i dag förhåller sig till. Claes Peterson menar att den historiska skolan, dvs rättsvetenskapen innan positivismens kontinentala genomslag, och dess metodlära tog sin utgångspunkt i en pluralistiskt rättsskälrelära,¹⁷⁴ men att lagpositivismen är skyldig till att ha utvecklat den monistiska rättsskälreläran som metod; en monism vilken, anser Peterson, blev praktiskt ohållbar.¹⁷⁵ Björne hävdar att rättsskälreläran, trots alla variationer, byggde på en ganska enhetlig uppfattning, men att den samtidigt uppvisade en avsevärd flexibilitet, inte minst genom att bibehålla 'sakens natur' och 'ius gentium,' dvs samhällspolitiska argument, som subsidiära men icke obetydliga rättsskällor.¹⁷⁶ Min reflektion, utifrån Björnes arbeten, är att rättsskälreläran eller rättsskällorna i grunden alltid kännetecknats av mångfald eller *polycentri*. Det vill säga, en enhetlig och *monocentriskt* präglad rättsskälrelära synes i rätthistoriens backspegel vara blott en parentes: en parentes dock, som verkat med full kraft i ungefärligen ett och ett halvt sekel.

Jag är tveksam till slutsatsen, att även om rättsskälrelärorna är olikartade, man kan hävda att effekterna av dem ändock resulterat i en enhetlig rätt. Det ligger närmast till hands att hävda, att rättsskälreläran som en enhetlig monocentrisk konstruktion är en *normativ föreställning* där rättsvetenskapen med hjälp av vissa kriterier och indelningsgrunder försöker skapa en enhetlig rättsskälrelära – men inte mer än detta. Den faktiska rättsskälreläran är däremot en annan sak: där synes rättsvetenskapen vara ense om, att en såväl historisk som aktuell rättsskälreläralpluralism kan konstateras.¹⁷⁷

¹⁷³ Björne *Brytningstiden* (1998) s 284ff.

¹⁷⁴ Peterson *Recension av en recension - en ny rättsvetenskaplig litteraturform?* (1996-97) s 1086.

¹⁷⁵ Peterson/Sandström (1996) *Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion?* s 168 samt *Rättsvetenskap - finns den?* (1997) s 24. Se Sundberg fr. *Eddan t.Ekelöf. Repetitorium om rättsskällor i Norden* (1990) som beskriver den historiska och fortlöpande rättsskälreläralpluralismen.

¹⁷⁶ Björne hävdar att rättsskälreläran, i synnerhet den nordiska, kännetecknas av en långtgående kontinuitet med begynnelse redan någonstans i 1700-talet. Avslutningsvis menar Björne att man i ett större sammanhang – dvs redan från romersk rätt (!) – kan tala om en kontinuitet. Det är intuitivt märkligt, att man skulle kunna tala om en kontinuitet mellan så disparata samhällstyper som romarriket, den nordiska medeltiden naturrättsepoken, rättspositivismens segertåg under 1800-talet, rättsrealismens olika rättsskälrelärafaktorer och 1990-talets rättsanvändning. Min förklaring till Björnes, för mig överraskande, slutsats är att blotta det faktum att 'sakens natur,' 'billighet' eller 'reella hänsyn' nämns eller uppräknas som hjälpmedel vid sidan av andra mer auktoritativt färgade rättsskällor, skulle ge fog för en ändamålsargumentering och därigenom tyda på en kontinuitet. Visserligen kan man säkert hävda, att rättsskälrelärofilosofin varit kontinuerlig genom en 'öppenhet,' men då bortser man från den diskontinuitet som i övrigt framhävs. Blotta det faktum att Cicero menar att rätten i princip inte kan förändras genom partiskhet, makt och inflytande samt mutor, är enligt min mening inte nog för att därmed påstå, att "rättsskälrelärematerialets gränser [också] är klara," Björne *Brytningstiden* (1998) s 225. Se Kinnanders kritik av Björnes rättsskälreläraförställning, *Er det grundlag för et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?* (2000) s 336 not 24.

¹⁷⁷ Se bland andra Björne *Nordisk rättsskälrelära* (1991).

Det vill säga, det är givet en rättshistorisk betraktelse vanskligt att entydigt försöka fastslå vad som varit och är den dominerande uppfattningen av rättskällorna; i historien är ju uppfattningarna minst sagt skiftande och inom dagens rättsvetenskap framkommer starkt motsatta ståndpunkter i, om inte annat, rangordningen av rättskällorna. Claes Peterson skröder inte orden: ”Försöken i moderna rättskällevägar att hierarkiskt ordna de olika rättskällorna utgör det yttersta uttrycket för okunskap om de olika rättskällornas faktiska roll i rättsutvecklingen.”¹⁷⁸ Följden, enligt Peterson, har blivit att rättskällorna ses som rivaliserande istället för varandra kompletterande. Sammanfattningsvis är det svårt, ja kanske vetenskapligt ohållbart, att upprätthålla en strikt bodelning mellan rättskällor i teknisk mening och rättskällor i kunskapsmässig (kognitiv) mening. Den store rysk-polske rättsfilosofen Leon Petrazycki uttryckte redan 1905 stor skepsis i frågan:

Cats, dogs, and so forth are not sources of animals. They are not forms of the creation of animals and so forth. Nor are they in general something which is distinct from animals and mysteriously related to the latter in a manner of defying definition. They simply are animals. They themselves are animals: species and varieties thereof. In precisely the same way, the so called ‘sources of law’ (customary law, statute law, and so forth) are nothing but law itself: species of positive law – varieties of law. It is indeed odd to give them the name ‘sources of law’ and to mediate upon their relationship to law. The name of the present doctrine (‘sources of law’) must be discarded and replaced by the expression ‘doctrine of positive law’ and the species and varieties thereof.¹⁷⁹

Inom nordisk rättsvetenskap har rättskällornas polycentri och eventuella polycentritendenser i rätten diskuterats med viss intensitet. För att kunna se de normativa konsekvenserna av polycentrin, skall denna doktrinära diskussion tas upp.

Vad avser *förvaltningsrätten* har inom norsk rättsvetenskap särskilt Erik Boe uppmärksammat polycentriproblematiken. Välfärdsstatens utveckling på 1950- och 60-talen samt 1970-talets ‘plan- och regleringsstat’ har skapat en övergång *från* normstyrning *till* förvaltningsstyrning, menar Boe, där förvaltningen skjuts in som ett mellanled mellan medborgare och lagstiftning. Lagstiftningstekniken blir alltmer karakteriserad av ”lovregulering av verdier fremfor detaljerte rett- og pliktposisjoner;” dvs självständiga kompetensnormer.¹⁸⁰ För en stor del av rättsutvecklingen ansvarar andra instanser än domstolarna; de senare är blott ”en – mer eller mindre teoretisk – rettskontrollør overfor forvaltningen. Jeg sier teoretisk fordi kun et fåtall av borgernes rettskonflikter med administrasjonen kommer for domstolene.”¹⁸¹ Boe anger olika förvaltningsrättsliga områden som genomgått stora förändringar, av så genomgripande slag, att dagens förvaltningsrätt inte bara förstås utifrån ett traditionellt synsätt. För det första har målen blivit bredare genom välfärds- och fördelningspolitiken; för det andra blir uppgifterna mer

¹⁷⁸ Peterson/Sandström *Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion?* (1996) s 172.

¹⁷⁹ Petrazycki *Law and Morality* (1955) s 248.

¹⁸⁰ Boe *Utvikling i lovers form og innhold - en utfordring for rettsvitenskapen* (1987) s 655.

¹⁸¹ Boe *Utvikling i lovers form og innhold - en utfordring for rettsvitenskapen* (1987) s 657.

mångfacetterade, med inslag av både service och näringsdrift etc. En tredje förändring avser styrmedel och styrformer; ram- och fullmaktslagstiftning har gjort intåg tillsammans med ”lovkriterier för brede samfunnskjønn. Dette har gitt støtet til normer som skal styre skjønnsutøvelsen, ikke bare avgrense denne.”¹⁸² Bland annat riktlinjer och avvägningsnormer, indirekta styrningssätt och normer som anger nivåer eller standarder. En fjärde ändring avser nya organisationsformer; aktiebolagsformer, stiftelser, halvoffentliga institutioner. Tillika sker avtal och förhandlingar inom området för den klassiska myndighetsutövningen, varvid skillnaden mellan privat och offentlig administration bli än mindre. Ett femte är förvaltningsbeslutens i praktiken slutgiltiga karaktär. Ett sjätte karakteristikum är den utökade datoranvändningen. Det offentliga uppvisar, enligt Boe, två ansikten: ”ett för utövelse av ’høyhetsrett’ over borgerne, et annet som grunneier, kontraktspartner, monopolist og distributør av velferdsgoder.”¹⁸³ Administrationen hamnar därmed i ett förvaltningsrättsligt gränsland. Viktigt att uppmärksamma, enligt Boe, är att förvaltningsrättens utvecklingslinjer inte rubriceras som ’fritt skön,’ utan att rättsbedömningen i själva verket är annorlunda från en situation till en annan och att ”skjønnsutøvelse kommer til i tillegg til rettsanvendelse.”¹⁸⁴

Några metodologiska konsekvenser av en inom förvaltningsrätten ökad differentiering har Jan Frithjof Bernt dragit. Utgångspunkten, hos Bernt, är den faktiska utvecklingen ”av rettslige subkulturer innen enkelte forvaltningsgrener” och att man måste förhålla sig till de ”spenninger som oppstår i rettsystemet mellom slike subkulturer og ’mainstream’ rettsanvendelse og rettsdogmatisk metode.”¹⁸⁵ Dessa ’subkulturer’ har ett stort mått av oavhängighet och ett ”sterkt innslag av faglig spesialisert formålsrasjonalitet.”¹⁸⁶ Eftersom den traditionella rättsdogmatiska metoden och rättskälleläran är utpräglad domstolsorienterad är den välmotiverad utifrån ett rättsstatsideal, som förutsätter ”at retten er én, at forvaltningen er objekt for rettsreglene på samme måte som borgerne.”¹⁸⁷ Men det finns även ett uppenbart behov att kartlägga normhanteringen i praktiken.

I Sverige har Bertil Bengtsson fäst avseende på förekommande splittringstendenser inom *civilrätten* och påpekar hur de två huvudtendenserna inom civilrätten – den affärsmässiga (’omsättningens krav’) och den sociala (exempelvis konsumentskyddstanken) – utvecklas olika och att den tidigare strikta linjen dem emellan numera är svår att upprätthålla, varvid de allmänna rättsgrundsatserna ersätts med en ”varierande samling regler med olika syften.”¹⁸⁸ Splittringen är kännetecknande både för lagstiftning- och prejudikatsbildning. Sedan slutet av 1960-talet har regelsystemet i allt högre grad ’nyanserats’ och dagens lagstiftning

¹⁸² Boe *Utviklingslinjer i forvaltningsretten* (1989) s 191.

¹⁸³ Boe *Utviklingslinjer i forvaltningsretten* (1989) s 192.

¹⁸⁴ Boe *Forvaltningsrettslige polycentritendenser* (1993) s 284 och Boe/Graver *Nydannelser i forvaltningsrett i 80-årene* (1989).

¹⁸⁵ Bernt *Rettskildebruk for forskeren* (1989) s 265.

¹⁸⁶ Bernt *Rettskildebruk for forskeren* (1989) s 266.

¹⁸⁷ Bernt *Rettskildebruk for forskeren* (1989) s 290f.

¹⁸⁸ Bengtsson *Om civilrättens splittring* (1991) s 29.

har en ”viss ryckighet och nyckfullhet.”¹⁸⁹ Vidare nämner Bengtsson ’politiseringsen’ av civilrättsliga frågor, att lagstiftningstekniken blivit annorlunda än den traditionella, att civilrätten har delats upp på olika departement, att olika intressegrupper tillgodoses, vidare att de affärsmässiga mellanhavandena är långt ifrån enhetliga samt att offentligrättsliga hänsyn alltmer framträder i civilrättens periferi. Splittring i den prejudikatsbildande verksamheten framstår tydligt inom exempelvis konsument-, hyres- samt skadeståndsområdet särskilt avseende produktskada. Emellertid kan splittringen ”knappast [...] ses som något mera allvarligt missförhållande,” men Bengtsson pekar på den (då) väntade integrationen med EG:s rättssystem som en fara ”för en oklar och motsägande civilrättslig reglering.”¹⁹⁰ Ja, Bengtsson vidgår faktiskt påståendet om ”en differentiering – en ’polycentri’ – för rättskällornas del: deras tyngd och bindande verkan varierar inom olika myndigheter” och, kanske något överraskande hävdas att, i ”alldeles särskild grad kan detta sägas gälla i svensk rätt, där åtskilliga förvaltningsbeslut är i stort sett undandragna kontroll av både de allmänna och administrativa domstolar.”¹⁹¹ De problem som rättskällevärdet alstrar sammanhänger delvis med oklarheten hur olika rättskällor skall sammanvägas. Att olika riktningar inom civilrätten vuxit fram sida vid sida innebär såväl att nyare tankegångar tillämpas på äldre liksom att vedertagna rättsprinciper appliceras på ny lagstiftning. Bengtsson menar, att den civilrättsliga konsumentskyddstanken varit ett ”naturligt inslag i många nu verksamma domares sätt att resonera. – Man kan däremot undra, vilken effekt det kan få om de nyliberala tankegångar som idag har anhängare även bland många jurister kommer att slå igenom i lagstiftningen. Ett så pass radikalt brott mot välfärdsstatens ideologi kan medföra problem för domare som dittills haft lätt att identifiera sig med lagstiftaren i sådana sammanhang.”¹⁹²

Ett ytterligare civilrättsligt exempel presenterar Anna Christensen i sin breda analys av *hyreslagstiftningen*. Hon menar att olika ’normativa mönster’ återfinns bakom regelsystemet och ambitionen är att med utgångspunkt i lagstiftningen ”hitta tillbaka till de underliggande normerna [...] deras innehåll och struktur.”¹⁹³ Tre för besittningsskyddet bestämmande normativa grundmönster är framträdande: det är fastighetsägarens äganderätt (baserad på det marknads-ekonomiska spelets regler), hyresgästens nyttjanderätt (baserat på en stark kulturell förankring och som genom bland annat bytesrätten närmar sig äganderätten) samt bostaden som en social rättighet, med andra fördelningsprinciper än marknadens. Dessa normativa grundmönster förändras och (den normativa) historien upprepas; dvs det normativa mönster som dominerade 1907 års nyttjanderättslag – det marknadsfunktionella äganderättsbegreppet – har en renässans i dagens

¹⁸⁹ Bengtsson *Om civilrättens splittring* (1991) s 34.

¹⁹⁰ Bengtsson *Om civilrättens splittring* (1991) s 44.

¹⁹¹ Bengtsson *Om domare och rättskällor* (1989) s 685f.

¹⁹² Bengtsson *Om domare och rättskällor* (1989) s 690.

¹⁹³ Christensen *Hemrätt i hyreshuset* (1994) s 3.

‘systemskifte.’¹⁹⁴ Christensen konkluderar att, eftersom de “normativa föreställningarna och praktikerna i samhället [inte] bildar något sammanhängande system” kan följaktligen “inte heller innehållet i lagreglerna utgöra ett sammanhängande, harmoniskt system utan inre motsägelser” (med nämnande av “rättens polycentriska och flexibla karaktär”¹⁹⁵). Eller som hon uttryckt det så träffande i ett annat sammanhang och vilket egentligen fångar kvintessensen i både rättspluralismen och polycentrin: “Social life is polycentric and thus law and legal science must be polycentric too.”¹⁹⁶

Robert Pålsson har belyst frågan om polycentrins betydelse i den svenska *skatterättskälleläran*. Han menar att det finns skäl för ”att anta att riksskatteverkets rekommendationer verkar med olika kraft på olika rättsliga nivåer.”¹⁹⁷ Genom att undersöka och identifiera förekomsten av olika rekommendationsuttalanden, menar Pålsson, att rättskällepolycentri kan konstateras – utan, dock, att ta ställning till polycentrin ur normativ synvinkel.

Inom processrätten har Per Henrik Linblom konstaterat att den moderna processrätten måste ta hänsyn till polycentri, till olika funktionella, flexibla och pragmatiskt inriktade processregler.¹⁹⁸ Henrik Zahle menar att polycentritendenster förekommer inom *processrättens* bevisfrågor, där ”den praktiserade bevisret vil formentlig vise sig at være præget af et pluralistisk system af bevismodeller. Disse modeller kan da vurderes ikke blot ud fra en almen intellektuel målestok, men ud fra deres respektive forhold til forskelle i samfundsforhold og opfattelser af forhold mellem stat og individ.”¹⁹⁹ De olika bevisteorierna är var för sig applicerbara och relevanta varför “en analyse af det enkelte område må til, og svaret kan blive forskelligt fra område til område.”²⁰⁰ I praxis kan teorierna kombineras och integreras. Det finns alltså ”forskellige bevisstrukturer, som fungerer side om side” och den bevisrättsliga pluralismen ”tager den kendsgerning til efterretning, at der findes flere systemer, der har hver deres sociale forankring.”²⁰¹ En pluralist kan därmed ”diskutere og forbedre den enkelte bevismodel – inden for de rammer, hvori den fungerer.”²⁰² Därmed bör den monistiska förutsättningen, att en-

¹⁹⁴ Christensen *Hemrätt i hyreshuset* (1994) s 385ff.

¹⁹⁵ Christensen *Hemrätt i hyreshuset* (1994) s 4f.

¹⁹⁶ Christensen *Polycentricity and Normative Patterns* (1995) s 241.

¹⁹⁷ Pålsson *Riksskatteverkets rekommendationer* (1995a) s 125ff; avsnitt 4.9 bär rubriken ‘skatterättslig polycentri.’ Referenser till den danska skatterättsliga debatten om polycentri ges s 123 not 169. Se även Pålsson *Polycentri i skatterätten* (1995b).

¹⁹⁸ Helt oförblommerat ges (parodiskt) uttryck för en: ”(1) postmodernistiskt och poststrukturalistiskt dekonstruktivistiskt, (2) pluralistiskt polycentrisk, superflexibel och pragmatiskt organisationsrationaliserad, (3) maktexpansionistiskt polyfunktionalistiskt, (4) partssocialt rättsskyddsmaximalistiskt eller minimalistiskt, brottsofferintresserad, partialprivatiserad, domstolsfundamentalistisk och (5) euroserad, internationaliserad, ja kanske till och med totalglobaliserat integrerad och harmoniserad, process,” Lindblom *Rättegångsbalken 50 år - en saga och sex sanningar* (1999) s 499.

¹⁹⁹ Zahle *Alternative bevismodeller* (1988) s 185.

²⁰⁰ Zahle *Findes der kun én bevisret?* (1992b) s 485f.

²⁰¹ Zahle *Findes der kun én bevisret?* (1992b) s 485f.

²⁰² Zahle *Findes der kun én bevisret?* (1992b) s 457.

dast en bevisteori anses generellt gångbar, överges: uppgiften måste vara att underkasta de enskilda metoderna självständiga analyser. Frost har, utgående från Zahles uppfattning av bevisteorierna, undersökt rättsläget vad avser faderskapsfrågor, vilka, enligt Frost, har en klar "patchwork-præg."²⁰³ Basse söker underbygga Zahles uppfattning genom en exemplifiering av de särpräglade bevisfrågorna inom det miljörättsliga området.²⁰⁴

Socialrätten är kanske det rättsområde som mest framträdande illustrerar välfärdsstatens differentierade rättsutveckling. Rättsreglernas funktion inom socialrätten skiljer sig från privaträtten, därigenom att de primärt inte syftar till en lösning av individkonflikter, utan en resursfördelning mellan olika grupper. Nu kan man studera ett socialrättsligt område ur flera vinklar. Den traditionella rättsdogmatiken har emellertid vissa problem med att beskriva rättsläget, bland annat eftersom socialrätten inte enbart låter sig beskrivas genom de högsta instansernas avgöranden. Som framgår av komplexitetsgraden i problemställningarna ovan är rättsdogmatiken otillräcklig vid en bredare samhällelig beskrivning, men även i de fall rättsdogmatisk analys är berättigad finns det, särskilt vad avser socialrätten, skäl att modifiera denna. Lotta Westerhäll analyserar rättskällelärans ställning inom socialrätten (i viss mån i linje med polycentriska antaganden) och framhäver vissa från traditionell juridik särskiljande drag. Den rättstillämpande organisationen är annorlunda än i civil- och straffrätten, bland annat genom att första instans, där den stora mängden ärenden avgörs, inte är juristdominerad. De väsentliga normbesluten sker huvudsakligen på tillsyns- och tillämpningsnivå med en tämligen vidsträckt normavvägning. Westerhäll menar därför att det "lämpliga tillvägagångssättet för socialrättsforskaren [borde] vara att ge en realistisk bild av samtliga de faktorer som kan läggas vikt vid."²⁰⁵ Väsentligt är därvidlag, att analysera rättstillämpningen ur den enskildes (försäkrades) synvinkel. Således förespråkar Westerhäll, en modifierad form av rättsdogmatisk metod, där det är viktigt att granska samtliga instansers avgöranden. Rättstillämpning genom prejudikat spelar inte samma roll som inom civil- och straffrätten. Vidare är lagstiftning som rättskälla betraktad problematisk. Förarbetena är ofta knapphändiga och dåligt juridiskt orienterade, vilket i begränsad omfattning bidrar till att precisera det rättsliga innehållet i lagen. Ledning hämtas "även från andra källor än de traditionella rättskällorna, t ex handböcker rörande handläggningsrutiner, ofta med olika datatekniska inslag samt undervisningsmaterial."²⁰⁶ I och med att rättskällorna är annorlunda i socialrätten, måste också metodologin bli annorlunda än den traditionella rättsdogmatikens (civil- och straffrättens) metod vilken, menar Westerhäll, inriktas på rättstillämpningen i högsta instans som bindande rättskälla. Däremot saknar de lägre nivåernas rättstillämpning ofta intresse, ur en traditionell rättsdogmatisk rättskällelära.

²⁰³ Frost *Det retlige faderskab* (1993).

²⁰⁴ Basse *Beviskrav og konsekvensvurderinger inden for miljøretten* (1993).

²⁰⁵ Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 302.

²⁰⁶ Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 299.

Westerhäll menar, att ”vad som skall utgöra en rättskällefaktor och den vikt den skall tillmätas i förhållande till andra rättskällefaktorer, måste bero på det rättsliga områdets karaktär²⁰⁷” och huruvida ”det ena rättskälleområdet är ’bättre’ eller ’sämre’ än det andra beroende på om det härrör från civilrätten eller förvaltningsrätten är irrelevant. Det centrala att konstatera är just olikheten.”²⁰⁸ Till frågan om den juridiska metoden bör vara en och densamma i varje rättsligt sammanhang, är Westerhälls svar därmed nekande, med den innebörden att det således blir nödvändigt att utarbeta skilda juridiska metoder och tillvägagångssätt.

Om Westerhäll uppmärksammat vissa frågeställningar avseende rättskällorna inom socialrätten och tangerar polycentri-teorin, så går Kirsten Ketscher betydligt längre och framhäver förekomsten av flera olika socialrätter *inom* socialrätten själv.²⁰⁹ Hon menar, att de socialrättsliga dogmatikerna, om man så får säga, skapar utrymme för *en polycentrisk argumentationssituation*; såväl subsumtionslogisk som målrational dogmatik.²¹⁰ Denna infallsvinkel på polycentrin syftar till att erhålla en heltäckande uppfattning av hela det socialrättsliga fältet, varför en socialrättslig dogmatik, eller mer specifikt, en rättsdogmatik är otillräcklig. På grund av socialrättens mångfacetterade och skiftande funktioner lyfter Ketscher fram olika modeller, nödvändiga för att täcka in de socialrättsliga områdena: den *rättsstatliga*, *dogmatikavvisande* respektive den *nynormativistiska* argumentationsmodellen.²¹¹

Karsten Åström menar, i linje med Westerhäll och Ketscher ovan, att socialrätten karakteriseras av en ”*parallell normering*, då normeringen följer flera normeringsvägar, vilka är relativt autonoma i förhållande till varandra.”²¹² Den juridiska analysen kompliceras i en mening, men i en annan förenklas den genom att normeringsvägarna renodlas. Den av Åström föreslagna karakteriseringen är, enligt honom själv, mer träffande än att påstå att normeringen vore hierarkisk (att varje led är beroende av den tidigare normeringen) eller successiv (att normeringen i praktiken bli mer alltmer detaljerad).

Den föregående framställningen har konstaterat, att rättsliga polycentri- eller splittringstendenser har uppmärksamrats inom en rad områden, med konsekvenser för både rättskällornas status och framförallt rättskälleläran. Respektive områden har visats hur rätten inte längre utgör ett enhetligt system, som varken den klassiska rättskälleläran eller rättsdogmatiken antager.

²⁰⁷ Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 300.

²⁰⁸ Westerhäll *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (1989) s 303.

²⁰⁹ Ketscher *Flere slags socialret* (1993) och Andenæs *Socialrettens subkulturer* (1993).

²¹⁰ Ketscher *Flere slags socialret* (1993) s 376.

²¹¹ Jämför med vad som sagts ovan i avsnitt 2.5.

²¹² Åström *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning* (1988) s 276.

3.3.1 Polycentri i rättsordningen

Som torde framgå är polycentri i Zahles version en fråga om hur det konkreta rättsmaterialet systematiseras efter vissa rättskälleläror. Zahle uppfattar polycentrin som en struktureringsmetod som hänför sig till själva rättsregelmaterialet och analysen är internt rättsdogmatisk med anspråk på att lyfta fram splittringstendenser inom rätten. Zahles (och Hanne Petersens) uttryckliga ståndpunkt är att “legal polycentricity approaches legal science from within [...] legal polycentricity attempts to reform the understanding of law from inside, it may even influence the approaches taken by legal doctrine.”²¹³ Detta innebär att polycentrin varken avser ’rättssystemet’ eller ’rättsfältet,’ utan enligt min mening kan således polycentrin förläggas till *rättsordningens* nivå.

Jag skulle alltså med andra ord vilja hävda, att rättsordningen är polycentrisk till följd av rättssystemens parallellitet.

Det ovan utvecklade antagandet om parallella rättssystem har tagit det första steget ut ur den rättsdogmatiska polycentriteorin och genom att gå vidare skall dessa skilda skeenden och normerande grundmönster fixeras i en sammanhängande förklaringsmodell. Ett första steg till en sådan modell är att expandera frågan utöver den av Zahle föreslagna polycentri-läran. För att ta detta steg från Zahles rättsdogmatiska polycentrivariant, bör, tror jag, frågan om rättens ’fragmentering,’ ’splittring’ eller ’polycentri’ fokusera på den tidigare nämnda axiologiska grundfrågan – alltså, själva värdegrunderna för rätten. Petersen/Zahle menar att “legal pluralism and legal polycentricity are axiological questions – questions of the values underlying polycentric legal orders and questions of how these differing orders conflict, and/or attempt to coexist. Which orders are bearers of which values? Conflicts between values, polycentric orders and their solution are important questions to deal with for a polycentric approach.”²¹⁴ Särskilt Hanne Petersen har ur den snävare rättskällepolycentrin förtydligat den axiologiska grundfrågan:

Polycentricity reveals and demonstrates not only formal but also axiological differences underlying the different legal systems. Norms generated within multiple centres, semi-autonomous fields or networks are *pluralistic* not only in form but also according to the values they promulgate.²¹⁵

²¹³ Petersen/Zahle *Preface* (1995) s 8. Medan rättspluralismen beskriver det rättsliga normativa systemet från ett (antropologiskt eller sociologiskt) externt perspektiv, är polycentrin ett, i enlighet med Petersen/Zahle, internt sådant.

²¹⁴ Petersen/Zahle *Preface* (1995) s 9.

²¹⁵ Petersen *Reclaiming Juridical Tact? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (pluralist) Sources of Polycentric Law* (1995) s 171.

Denna axiologiska eller värdemässiga problematik är av grundläggande betydelse för förståelsen av rättens pluralism eller polycentri i en extenderad mening, det vill säga polyvalens.

3.4 Till en teori om rättens polyvalens

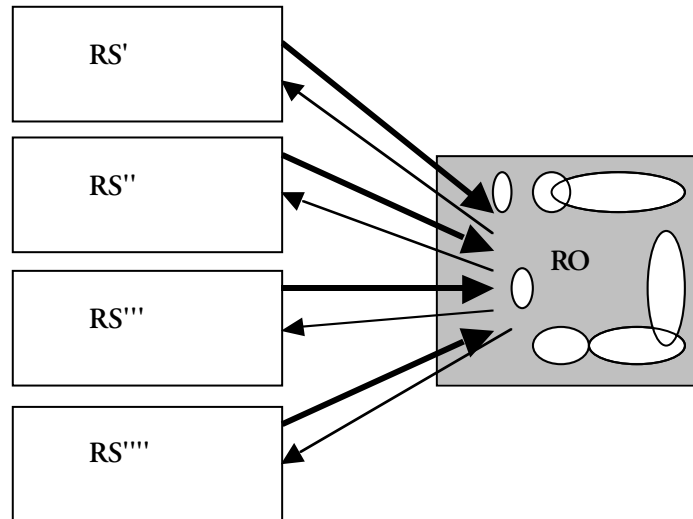
Genom att utvidga såväl *rättspluralismen*, som alltså lett fram till antagandet om parallella rättssystem, som *polycentrin*, vilken härmed preciserats till att avse rättsordningens struktur, utvecklas i det följande en mer övergripande förklaringsmodell. Den faktiska rättsordningen konstitueras alltså av 'lokala' överlappande specifika rättsområden; dvs olika centra där särskilda rättskällor och rättskälletäror framträder. Polycentri existerar således *inom* rätten – mellan rättsliga regler i rättsordningens normmassa – och alltså inte enbart mellan rättsnormer och andra sociala informella normer, såsom den vidare rättsantropologiska rättspluralismen fokuserade på.

Det är inte avgörande hur denna rättssystemens påverkan på rättsordningen sker – oavsett 'reception' eller 'imposition' skapas intryck och spår i rättsordningen. Det relevanta är *att* denna påverkan alltid har skett, alltid sker och alltid kommer att ske, vilket betyder att rätten *alltid* varit inkonsistent och inkoherent – karakteriserad av områdesspecifika fält – och att rättsordningen *alltid* varit polycentrisk. Därför är rättsordningen polycentrisk, även om 'reception' sker i all monocentrisk välvilja.²¹⁶

För att markera hur rättsordningen kommer att innehålla vissa värdebaserade områden, givna utifrån vissa rättsystematiska grundförutsättningar, utvidgas figur 3.4 ytterligare:

²¹⁶ För några exempel på frivillig reception i moderna samhällen se vidare Sack (ed.) *Monistic or Pluralistic Legal Culture?* (1991) avsnitt III och särskilt Glenn *Reception and Reconciliation of Laws* (1991) s 211f vilken skiljer mellan 'functional' resp 'non-functional' reception. Se även avsnitt VII om 'voluntary adoption of western laws' i Hooker *Legal Pluralism* (1975). Denna form av frivillig reception kan idag bevitnas i de forna öststaterna och kanske särskilt de baltiska ländernas uppbyggnad av ett fungerande institutionellt rättsväsende, där man söker återgångar till tidigare rättsuppfattningar, försöker införa västeuropeiska rättsprinciper och ibland direkt inkorporerar västerländsk civilrätt, konstitutionell rätt, etc, se till exempel Hobér *Transforming East European Law* (1997).

Figur 3.5.



Den sammanfattande benämningen för tankegången, som alltså framhäver värdegrundlaget eller den axiologiska basen inom rätten, är *polyvalens*. Begreppet används i en speciell betydelse där två bibetydelser infångas, å ena sidan en önskan att bibehålla rättens polycentri som teoretisk grund (jämför rättssystemens parallellitet och rättsfältets pluralitet), men å andra sidan betonas särskilt värdenas roll. Begreppet *polyvalens* är, åtminstone i denna avhandling, angeläget därför att det markerar en gräns mot rättsantropologins användning av rättsliga normsystem som för bred, vilken främst fokuserade på normativ styrning i avsaknad av formella regler. Den klassiska rättsantropologiska rättspluralismen tar inte upp värdenas roll i egentligt mening och till yttermera visso kan anföras att den rättsantropologiskt influerade rättspluralismen, av rättsvetenskapen, avvisas såsom oanvändbar i normativt hänseende för en praktiskt tillämpad rättsdogmatik. Polyvalens avgränsas å andra sidan mot det snävare polycentribegreppet som, i detta sammanhang, är för inriktad på rättskälleproblematiken och myndighetsspecifik praxis – inte heller polycentrin i snäv bemärkelse tar upp den axiologiska grundfrågan, även om Hanne Petersen tematiserat denna fråga i en axiologisk riktning. *Polycentri är en följd av polyvalens*. Därför synes det motiverat att emfasera just denna *axiologiska* bas eller djupstruktur i rätten, något som vanligtvis inte infångas av det snävare (rättskälle)polycentribegreppet. Rättskällepolycentrin, såsom en snävare deskription av rättskällorna, kan också bemötas med en dynamisk rättskälleuppfattning – dvs polycentri behöver inte bejaka polyvalens – som betonar monocentri i metodologiskt hänseende (se vidare 6.3.2). Den radikaliserade och starkt extensiva polycentribetydelse som här förespråkas kräver dock en annan metodologi och annan kunskapsform, varför termen *polyvalens* nödvändiggörs för att markera både en distansering och extension. Termen är också

nödvändig för att betona att synliggörandet av rättens axiologiska grund är vital för rättsförståelsen. Dessutom framstår det, vilket framförts i avsnitt 2.2.3, som centralt att öka en medvetenhet om de *normerande effekterna* av polyvalens.

Som genomgående i detta kapitel har framhävts, är rätten – rättsordningen, rättssystemet – ett resultat av olika idémässiga system vilka i sin tur baseras på en mångfald värden av de mest omväxlande slag. Dessa sociala, moraliska, kulturella, etiska, religiösa, ekonomiska och andra värden påverkar och formar rätten, och inte nog därmed, de vidareförs *in i* rätten: rätten är alltså full av värden, den är värdefull i betydelsen *fundamentalt värdebemängd* eller *polyvalent*. Polyvalens betyder just detta, *flera värden*, och kanske kan den här avsedda betydelsen av rättens polyvalens lämpligast översättas med *rättens flervärdighet* eller, bättre, *rättens 'värdefullhet'*.²¹⁷ Med annan terminologi är rättens fundament och sammanhållande delar axiologiska.

Rättens polyvalens ifrågasätter en(het)lig(het)en i rättens värdebas och därmed rättens självständighet, dess värdeautonomi. Såvitt kan bedömas utgår även de radikaliserade teorierna om rättens autonomi från en strävan efter att uppnå så hög rättslig autonomi som möjligt: det finns fortfarande en normativ (paradigmatisk) önskan inbäddad i de i övrigt rimliga revisionerna av autonomi som framförts (2.3.1). Men liksom tidigare vill jag återigen hävda, att metodologiskt och epistemologiskt kan en normativ önskan (om autonomi och enhet) inte få styra ett initialt tillägnande av sociala fakta. Om rättsordningen karakteriseras som polyvalent ökar möjligheterna att identifiera förekommande intresse- och värdemotsättningar, liksom att rättskälleproblemen kan bearbetas från flera perspektiv. I sökandet efter normativt acceptabla lösningsförslag kan en empiriskt belagd polycentri och polyvalens, enligt min mening, alltså ge en ökad förståelse av rättens struktur och komplexitet. Värdekontexten kan ytterligare preciseras. Rätten *som* rättsfält ingår i en bred, låt oss kalla det, värdebas – bestående av sociala, vetenskapliga, kulturella, ekonomiska, politiska, ideologiska mm värden och föreställningar – som sammantaget bygger på en i viss mån sammanhängande världsbild. Denna sociala värdebas genererar och utgår från sociala förhållningsregler, principer och normer. Dessa värdebaserade principer ger upphov till systembundna rättsprinciper, som vidareför de sociala värdena. Dessa rättsprinciper konkretiseras i rättsregler (jfr avsnitt 2.2.4)²¹⁸ och den värdebas som således återfinns i rättsordningen kan betecknas som en *rättsliggjord* eller *juridifierad* värdebas. En central konsekvens

²¹⁷ Av grekiskans *poly*, 'många,' 'flera' och latinets *valeo/valens*, 'värde,' 'styrka.' *Polyvalens* kan enklast översättas med *flervärde*. Polyvalens är en term importerad från logiken: till skillnad från den grundläggande satslogiken, som utgår från en binär eller *bivalent* logik med två sk sanningsvärden – alltså *sann/falsk* – arbetar den sk polyvalenta logiken med flera sanningsvärden. Nu är detta inte alls en studie i flervärdeslogik. Flervärdeslogiken eller den icke-klassiska logiken utvecklades under 1900-talets första decennier av de polska matematikerna Alfred Tarski och Jan Lukasiewicz, se von Wright *Logik, filosofi och språk* (1980) s 101-111.

²¹⁸ Jfr Töllborg *Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken* (1995-96) s 363.

av den polyvalenta modellen, förutom samexistensen av parallella rättssystem och rättsordningens polycentri, är att också enskilda rättsområden präglas av denna polyvalens och sammansatthet i olika utsträckning. Det vill säga, då exempelvis såväl civilrätten som socialrätten existerat över längre tidsperioder kommer de att bära spår av den tidens idékomplex, ideologier och rättsprinciper – eller med andra ord, områdena uppblandas av olika rättssystematiker som skiftar från tid till annan. Även de enskilda rättsområdena är således löst sammanfogade och alls inte enhetligt värdereglerade.

Att rättssystemen samexisterar betyder inte att de vid varje tidpunkt har samma styrka eller framträdandeform, utan deras dominans växlar och varierar inom olika rättsområden: ett enskilt rättssystems påtaglighet kan tyna, växa i betydelse, åter försvinna, och återkomma med förnyad kraft. Utifrån sociologisk teoribildning och klassiskt marxistiskt betraktelsesätt kännetecknas motsatsförhållandet marknad (ekonomisk bas) och stat (politisk överbyggnad) av ständiga pendlingar mellan intervention och icke-intervention. Eller med andra ord: den ekonomiska basen (marknadsstrukturen) styr den politiska överbyggnaden (staten) och beroende av detta förhållande kan statsmakten intervensera eller icke-intervenera: i rättsliga termer handlar det om att staten å ena sidan reglerar arbetsmarknaden, å andra sidan innebär en icke-intervention en avreglering av de rättsliga styrmedel till förmån för ett visst mått av självreglering.²¹⁹ Som tidigare nämnts menar Hydén att det ekonomiska handlingssystemet i sista instans, är dominerande och ofta bestämmande för lösningen av olika strukturella konflikter: det betyder att den rättsliga regleringens särart och former, är underkastade det ekonomiska styrkeförhållandet i varje samhällsform.²²⁰ Det finns med andra ord ett starkt samband mellan marknadsekonomin och den statliga regleringens betydelse för rättsbildningens former. Beroende på styrkeförhållandet mellan marknadsliberal självreglering och statlig ansvarstagande reglering, förstärks vissa rättsliga tankegångar medan andra försvagas - vissa rättssystematiska grundantaganden och principer kan revitaliseras i en ny samhällskontext. Om relationen ekonomi och politik, eller snarare marknadsliberalism kontra stark statsstyrning (marknadsintervention) åter tenderar att kännetecknas av statlig återhållsamhet och marknadsliberal ideologi, finns det en hög sannolikhet för att det 'rättsstatsideologiska' paradigmet förstärks eller återaktualiseras. Detta paradigm eller rättssystem innehåller redan, så att säga, en färdig ideologisk bas som kan 'revitaliseras' i en ny kontext.

En sådan revitalisering kan innebära att nya kunskapsteoretiska grepp tas för att förstå samtiden, men det kan förstås lika gärna betyda ett okritiskt återfall i

²¹⁹ För diskussioner om relation bas och överbyggnad och dess relation till rätten, se Poulantzas *Den marxistiska rättsteorin* (1967), Eriksson *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980), Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velfærdsstaten og hvad så* (1984) kapitel 2, Hydén *Rättens samhälleliga funktioner* (1978) och *Normvetenskap* (2002) avsnitt 6.5 om de återkommande cyklerna av reglering och självreglering.

²²⁰ Hydén *Normvetenskap* (2002) kapitel 3.

redan givna paradigmen som tillhandahåller en välkänd tankeram, begreppsapparatur och en problemlösningsarsenal. Istället för att driva på utvecklingen, kan revitaliseringen innebära en tillbakagång till äldre tankemönster. Wilhelmsson har, som nämndes tidigare (2.5), betonat det normativa spänningsförhållandet mellan det *rättsligt* och *samhälleligt* möjliga, vilket också förtydligar rättssystemens återkomst och tillbakagång. Wilhelmsson menar att allmänna läror, eller systematiseringsgrunder, kan vara *i takt* med utvecklingen, de kan vara *bromsar* i denna och de kan, inom vissa ramar, *föregå* samhällsutvecklingen. I en revitalisering av ett tidigare underordnat rättssystem finns *såväl* risker för en återgång till tidigare dominerande regleringsmönster *som* framåtblickande möjligheter i legalstrategisk mening. Under starka samhälleliga förändringar finns det emellertid en stark tendens till att rätten sluter sig och återgår till etablerade juridiska argument eller, med Luhmanns terminologi, binära koder. Om inte några givna lösningar finns att tillgå under en period av förändring, kan det finnas en benägenhet att gripa tillbaka på äldre värdesystem och att rättsliga lösningsförslag baseras på det trygga, välbekanta och väldefinierade.

Detta innebär att den nya funktionen rättsfältet möter i samhället inte ges adekvata konfliktlösningssinstrument eller kunskapsmässiga verktyg för att hantera situationen. Rättsregeln har, som Hydén påpekat, skiftande funktioner beroende på vilket förhållande den intar gentemot den systemspecifika normen: rättsregeln har en *handlingsdirigerande* funktion om den underordnas den norm den förstärker; den har en *konfliktlösande* funktion om den tar över och tränger ut normen. Om ett tidigare rättssystematiskt tänkande gör sig gällande ånyo, kan det för den rättsliga normen innebära att dess forna konfliktlösande funktion underordnas och ges en handlingsdirigerande funktion och förstärker det dominerande systemets ideologi. Det betyder, som Hydén framhåller, att rätten inte alls förmår vara komplexitetsreducerande, utan tvärtom förstärks den rättsliga komplexiteten och accentuerar pluralismen.²²¹

Resultatet kan bli att den rättsdogmatiska tryggheten får företräde framför utvecklandet av nya allmänna läror, dvs ställd inför samhälleliga anomalier lutar sig rättsvetenskapen än fastare mot den, med Aarnios terminologi (2.3), givna 'epistemiska miljöer' och emfaserar än tydligare behovet av 'normalvetenskap' (i Kuhns mening). Denna återgång till den givna 'epistemiska miljön' innebär, med Luhmanns karakteristik (2.3.2), en kognitiv slutenhet på rättsordningsnivå, dvs att traditionella laglösningssförslag återetableras. Detta får i högsta grad betydelse för hur rättsvetenskapen fortsättningsvis behandlar rättslig reglering generellt sett (se särskilt avsnitt 3.5.5 nedan) och i anslutning till temat för detta arbete, sociala rättigheter (kapitel 4). Frågan är hur en kognitiv slutenhet, som respons på stora samhälleliga omdaningar, förmår att hantera rättighetsdiskursen. I förevarande hänseende medför den kognitiva slutenheten, en risk för en revitalisering och förstärkning av monocentriska synsätt och risk för en monovalens: dvs en reproduktion

²²¹ Hydén *Normvetenskap* (2002) s 167f.

tion av monocentriska tankemönster som ansluter till rättsstatliga ideologier om minimal- och nattvaktarstaten. I avsnitt 3.5 nedan betraktas styrkeförhållandena mellan konkreta rättssystem och hur vissa särdrag inom dessa återfinns i blandad form idag.

Rättens *polyvalens* pekar mot ett flertal frågeställningar beträffande rättens ställning i samhället, men, vilket är centralt här, också mot självförståelsen av rättens ställning i rättsvetenskapen själv, i vilket ideologin om rätten som ett normsystem som neutralt antas ha förmågan att förena den samhälleliga mångfalden är ett grundantagande. Men föreställningen om rätten som ett till stora delar värdeneutralt system är just inget annat än en chimär. Motsättningarna går på djupet och vilar på fundamentalt olika värdekomplex som, så att säga, möts i rätten. Dessa såväl tids- som samhällsbundna värdekomplex – eller om man så vill, idériktningar – alstrar olika former av reglering och tankar om hur en reglering bör se ut. Paradoxen är, att inget av dessa värdesystem, tagna var för sig, kan sägas vara inkonsistenta, men problemet är dock i konkreta fall, att en högprioritering av det ena rättssystemets värdepremisser ofta medför en nedvärdering eller lågprioritering av det andra rättssystemets grundprinciper. Konsekvensen av att rättsordningen överlappas av olika diskurser, rationaliteter, olika konsistens- och koherensteorier och så vidare, innebär med andra ord att inte *en* juridisk argumentationsteknik, inte *en* rationalitetsform osv kan vara heltäckande för rätten.²²² Polyvalens medger olika abstraktionsnivåer – från den konkreta tillämpningsmyndighetens handlingsrutiner, till sambandet med rättssystemens idéhistoriska komplexitet, dvs man kan upptäcka värdenas roll både i rättssystemen och rättsordningen. *En* konsekvens av 'rättens splittring' består i att arbeta empiriskt utifrån en polycentrisk rättskällelära. En *annan* att teoretiskt spåra och renodla rättspolycentrins upprinnelse i de olika rättssystemen. Uppgiften i förevarande arbetet är denna senare ansats, att, så att säga, på rättssociologisk makronivå bredda analysen och därefter konkretisera den i frågorna om rättsäkerhet och sociala rättigheter. En specifik rättskällepolycentri à la Zahle blir i detta sammanhang av underordnat intresse.

Polyvalens är – vare sig man vill det eller ej – ofrånkomlig. Att rätten i sin kärna är fundamentalt axiologiskt differentierad eller polyvalent implicerar inte dess kollaps, tvärtom består ju rätten trots detta; naturligtvis inte som en 'enhet'

²²² Rätten kan alltså, i viss mening, sägas vara *fragmentarisk*, vilket inte betyder att den är *kaotisk* i en dålig mening; detta kaos behöver inte betyda fullständig anarki eller ens vara något negativt enligt Tolonen *Rätten och kaos* (1991) s 4, 12. Detta innebär att det trots allt är möjligt att anlägga en *helhetsyn* på det viset att rättens olika delområden ändock påverkar varandra, dvs en ändring av lagstiftning i ett rättsligt subsystem medför alltid (avsedda eller oavsedda) konsekvenser i andra delar av rätten. Att rätten karakteriseras som splittrad eller fragmentiserad leder tankarna åt rättens inskrivande i det postmoderna samhället. Se härvidlag De Sousa Santos *Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp* (1987) och *Towards a Postmodern Understanding of Law* (1989) och Petersens *Informell ret* (1991) samt Douzinas/Warringtons *Postmodern Jurisprudence* (1991). Om dekonstruktion och rätten se Cardozo Law Review *Deconstruction and the possibility of Justice* (1990).

eller monocentrisk sfär, utan som en social flexibel normativ funktion och som ett viktigt dynamiskt normerande system bland flera andra. Kanske rätten till och med består *tack vare* värdedifferentieringen, där värdena utgör det axiologiska murbruk som håller samman byggnaden vars dynamiska föränderlighet gör att byggnaden kan existera över tiden.²²³

Om polyvalens beskriver en generell karakteristik av rätten, är det givetvis trivialt i så måtto att det kan ifrågasättas vad som är nytt med polycentrin och om inte polycentrin alltid har funnits. Svaret borde rimligen vara, att rättsordningens polycentri är regel och inte undantag samt att vad som är nytt är inte det polycentriska tillståndet i sig men väl en polyvalent eller polycentrisk *teoriutveckling*.

Det polyvalenta synsättet på rätten bryter med rättsvetenskapens linjära utvecklingstanke. I stället för *en* rätt som successivt och ackumulativt tecknar en evolutionär rörelse, består rätten i en komplexitetsutveckling på skilda nivåer; vissa rättssystem utvecklas, medan andra retarderar eller uppvisar status quo. Bakom uppfattningen om rättens monocentriska och enhetliga struktur, återfinns den ideologiska föreställningen om rätten som resultat av en linjär samhällsutveckling – eller åtminstone att rättsvetenskapen förmår balansera olika samhällsliga intressen mot varandra på ett utvecklande sätt. Att rätten förstås som resultatet av en *linjär* samhällsutveckling, brukar innefatta den föreställningen, att utvecklingen är kumulativ, att den är kontinuerlig och att den gör framsteg samt att den är evolutionär. Mot denna hävdvunna förståelse kan ställas uppfattningen att den sk 'rättsutvecklingen' är språngartad, diskontinuerlig, ibland innebär framsteg men lika ofta inte och att den uppvisar socialt differentierade former som inte är entydigt evolutionära. Detta betyder att rätten inte kan karakteriseras som *ett* system vilket *totalt* sett har *en* specifik karaktär, riktning eller telos. Såväl traditionella som rättspluralistiska teorier beträffande dagens samhällen måste framför allt bryta med den linjära evolutionstanken och istället förstå rätten som utslag av samhällsliga diskontinuerliga komplexitetsförlopp. *Med andra ord krävs det ett skifte i synen på rätten: från en evolutionär tidsaxel till en diskontinuerlig funktionsaxel.*

Detta möjliggör att det är rimligt att argumentera från en helt motsatt utgångspunkt i tolkningen av historien än den gängse rättshistorien: om det är så, att så kallade primitiva samhällen, eller 'primitiva' stadier av de moderna samhällena, uppvisar rättspluralism, torde ju en mer träffande karakteristik tvärtom innebära att de i viss mån uppvisar komplexitet, medan våra 'avancerade' monocentriska rättssamhällen är primitiva. Snarare än att de 'primitiva' samhällenas komplexa rättssystem utvecklas till 'komplexa' samhällen med primitiva (eller

²²³ Metaforen inspirerad av Töllborg som i övrigt uttrycker det på följande sätt: "Detta kitt, denna cement, som håller byggstenarna samman och som ger byggnaden dess rörlighet, den elasticitet, som krävs för att bygget ej skall rasa är inom samhällsvetenskaperna just det vi kallar *värden*. Utan kittet, bara byggstenar, och bara byggstenar staplade på varandra har ingen egen kraft," *Skitt i lagen!* (1997) s 85. Se också Töllborg *Law as value* (1999).

komplexitetsreducerande) rättssystem, synes utvecklingen vara en komplexitetsökning både vad avser de sociala och rättsliga strukturerna – rättspluralism snarare tilltar, än reduceras. I takt med en ökad social komplexitet framträder nya rättsliga förlopp, som inte tränger undan tidigare rätt i alla dess delar, utan olika historiska rättsmönster existerar jämsides med nyare former. Mer än en motsatsställning mellan 'primitiva' och 'utvecklade' rättsformer är det en anpassning av specifika regleringstekniker och normerande strukturer till den specifika samhällsstrukturens särskilda krav och funktioner. Rättens polyvalens är oundviklig i den meningen att den kommer att bestå.

En deskriptiv polyvalensteori innebär i sig inget ställningstagande för att den *bör* vara en normativ *lära* som förespråkar en medveten strävan efter ökad negativ legislativ splittring. Ingen eftersträvar detta – även om en fokusering på polyvalens och polycentri oundvikligen medför normerande konsekvenser. En annan sak är däremot att förespråka en *metodologisk* polyvalens – en sådan kan, enligt min mening, enbart ge positiva incitament till en rikligare bild av det komplexa samhällsfenomen som brukar benämnas 'rätt.'

En öppen normativ polyvalenslära däremot ställs oundvikligen i positionen att skilja mellan bra och dålig polycentri: det vill säga, hur undanröja dåliga effekter av polyvalens? Å andra sidan hur kan goda effekter av polycentri förstärkas? Uppgiften för en normativ polyvalens är att kunna argumentera i situationer där monovalens och monocentri ideologiskt blockerar värdefull polycentri.

För att vidareutveckla tankarna huruvida det är möjligt att förespråka en normativ polyvalens, måste skiljas på olika aspekter av problematiken. En vanlig uppfattning är att en teori måste bestå av flera delar: den skall vara *deskriptiv*, den skall vara *förklarande*, den skall vara *analytisk* och slutligen också *normativ*. Som torde ha framgått i förevarande kapitel har åsikten framkommit att den monocentriska eller rättscentralistiska synen inte längre är adekvat: det innebär att ett monocentriskt perspektiv i huvudsak är normativt och, utifrån de förutsättningarna, givetvis analytiskt. Kritik har riktats mot monocentrin att den saknar en deskriptiv förståelse av dagens moderna samhällen och med detta följer då vissa problem med att förklara rättens funktion i ett pluralistiskt samhälle. Omvänt innebär det, att såväl den polycentriska som polyvalenta teorierna har vissa fördelar jämfört med monocentrin, nämligen i det hänseendet att de är deskriptiva, analytiska och förklarande. Det saknas dock ett viktigt inslag för att kunna göra dem till en rättsteori med praktiskt tillämpningsbara slutsatser, nämligen en normativ ansats. Givet existensen av en empirisk (faktisk) polyvalens och de normerande effekter eller funktioner en sådan fakticitet reproducerar, är det också ofrånkomligt att reflektera över möjligheterna till en normativ polyvalenslära eller teori. Den normativa polyvalensteorins övergripande ambition syftar till ett medvetandegörande av de värden som de olika rättsområdena baseras på och därmed ett medvetandegörande av de i juridisk argumentation gångbara (värdeimpregnerade) rättsprincipernas roll. I avsnitt 6.3 resoneras kring både möjligheterna och farorna med utvecklandet av en normativ polyvalenslära.

Framväxten av olika värden sker, enligt tesen, parallellt, men vilka är då dessa värden som rätten vilar på och består av? I nästa avsnitt – 3.5 *Föränderliga rättssystem* – skall jag försöka renodla några tydligt avgränsningsbara rättssystem i vilka de för dessa centrala värdena tydliggörs. Det blir härvidlag markant hur dess rättssystematiska värden – eller axiologiska grundföreställningar – i många fall kännetecknas av antinoma förhållanden. I kapitel 4 fullföljs denna 'polyvalenta diagnos' in i rättighetsdiskursen, vari visas på de olika rättigheternas axiologiska premisser och i andra hälften av kapitlet påvisas värde-antinomin inom socialpolitiken och socialrätten.

I det här kapitlet har tecknats en bild av rättens mångfald i olika avseenden, såväl en yttre pluralism och en inre polycentri som en underliggande polyvalens. Avslutningsvis sammanfattas i punktform några av de viktigaste teserna, satta i relation till varandra.

Klassisk rättspluralism innebär: 1) att koloniserade samhällen kännetecknas av rättsdualism, oavsett om denna beror på 'reception' eller 'imposition'; 2) att det vid sidan av formell statlig rätt finns andra normformer, dvs en samexistens av flera normsystem; 3) att en 'sammansmältning' av ny och äldre rätt förekommer och 4) att det är svårt, ja kanske omöjligt, att hitta en 'ren' eller 'ursprunglig' rätt opåverkad av en påförande ('imposing') makt.

Ny rättspluralism betecknar utöver detta: 5) att pluralism inte avtar med ökad samhällelig komplexitet, utan tvärtom tilltar den och 6) att pluralism i varierande omfattning kännetecknar alla samhällstyper, såväl 'primitiva' som 'avancerade' samhällen.

Polycentri medför följaktligen: 7) att rättskällorna är heterogena och funktionellt differentierade i relation till olika rättsområden och 8) att framväxten av specialiserade eller sektoriella rättskällevärdar därmed kan ses som en respons på rättens pluralism.

Polyvalensteorin hävdar: 9) att både pluralism och polycentri är det ofrånkomliga resultatet av rättens värdegrunder och att rätten är 'värdefull'; 10) att rätten determineras, genomtyras och styrs av dessa värdegrunder; 11) att rätten på rättsordningens nivå i sina funktioner återspeglar denna polyvalens; 12) att det därför inte finns - och aldrig har funnits och heller inte kommer att finnas någon - enhetlig rättskällevärdar och 13) att splittring och fragmentering är en inneboende egenskap i rätten, dvs rättens polyvalens genererar kontinuerligt pluralism och polycentri.

Detta avsnitt kan sammanfattas i en, det skall medges, inte särskilt elegant formulerad huvudtes: *rättsordningen är polycentrisk till följd av rättssystemens parallellitet vilka genereras av rättsfältets polyvalens vilket i sin tur är en följd av samhällelig värdepluralism.*

3.5 Föränderliga rättssystem

3.5.1 Något om bakgrunden till rättsstaten

Av det föregående avsnittet kan möjligen det intrycket ges, att rätten alltmer kommit att utvecklas mot ett pluralistiskt eller polycentriskt tillstånd och att de ovan nämnda teorierna beskriver rättens nuvarande läge och i viss mån också stakar ut rättens framtida tendenser. Det är ett skenbart intryck, eftersom den polyvalenta modellen infördes för att beskriva rättens allmänna värdegrund. Det vill säga: rättspluralism, rättslig polycentri eller rättens polyvalens beskriver *inte* rättens senaste utvecklingsstadium. Det föregående resonemanget angav rättens strukturella utformning, medan den resterande delen av detta kapitel syftar till att beakta olika teorier om rättens utvecklingstendenser genom att införliva dem i en polyvalenta tolkningsram. Förändringar både i rättssystemet och rättsordningen jämte differentieringar i normsammansättningen rättsprinciper och rättsregler kommer härvid att beaktas. Huvudsyftet består således i att avgränsa och renodla några av de *rättssystem* som påverkat och påverkar dagens *rättsordning*. Först kommer rättsfältet att förankras i en historisk kontext, därefter hur dessa ger upphov till vissa systemspecifika rättsliga särdrag samt hur dessa skilda rättssystemers sociala samspel kan beskrivas med hjälp av vissa rättssociologiska teorier. I huvudsak problematiseras den sk liberala rättsstatens och välfärdsstatens respektive rättssystem. Tonvikten kommer inledningsvis att ligga på rättsstaten, eftersom både rättssäkerhetsbegreppet och de klassiska liberala rättigheterna har sitt ursprung i denna tankevärld.

Den samtida debatten om rättens utveckling i det moderna samhället utgår i mångt och mycket från en kontrastering visavi äldre samhällstyper och, därmed, äldre former av rättslig reglering och äldre rättsidéer. När teorierna framhåller att rätten är *responsiv*, *reflexiv* eller *autopoietisk* förutsätts i allmänhet att rätten saknade dessa särdrag tidigare – rätten har *utvecklats*, rätten är *evolutionär* och den har, hävdas det emellanåt, gjort *framsteg*. En mängd, både teoretiska och empiriska, svårigheter uppkommer emellertid om rätten beskrivs i termer av utveckling och evolution. Det svåra är att beskriva var denna äger rum – är det i rättsordningen, i rättssystemet eller i rättsfältet? Vad avses med utveckling, evolution och framsteg allmänt sett? I förhållande till vad? Kan det påstås att ett samhälle överhuvudtaget utvecklas?²²⁴ Snarare än att leta efter rättsliga evolutions-

²²⁴ Jag kan här rekommendera Liedmans tankar om de problematiska tvillingbegreppen upplysning och framsteg i *I skuggan av framtiden: modernitetens idéhistoria* (1999) ssk s 18-56 samt s 519-528.

mekanismer är det kanske rimligare att, försöka se på rättens sammanhang med samhällsliga förändringar och processer. Rätten, beskriven som ett samhällsligt fenomen, kan då kännetecknas av att det ingår i olika, mer eller mindre komplexa, *förändringsprocesser*. Denna rättens förändringsprocess består då snarast i ett bemötande av en ökad samhällslig komplexitet, eller enligt Håkan Hydén, att "samhällsutvecklingen efter hand har ställt krav på förändrade rättsformer för att möta samhällsutvecklingens krav."²²⁵

En av de mest inflytelserika teorierna om rättens utveckling som gav eko i det rättssociologiska rummet presenterades 1978 av de amerikanska forskarna Philippe Nonet och Philip Selznick i verket *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Huvudtanken består i att rätten är evolutionär och växer, enligt författarna, stegvis fram ur en *repressiv* rätt över en *autonom* till dagens *responsiva* rätt. Den första fasen är förhärskande fram till 1800-talet; den andra har sin uppkomst i rättsstatsepoken och den tredje fasen karakteriseras av välfärdsstaten.

Nonet/Selznick lyfter fram rättens 'inre dynamik' som avgörande i utvecklingen och då i huvudsak utifrån två aspekter: rättens relation till samhällets maktrelationer samt regleringens ändamål.²²⁶ I det första stadiet understöder rätten den repressiva makten; i det andra tämjer rätten den repressiva makten och upprätthåller egen integritet och autonomi; i den tredje fasen, är rätten istället ett medel för att möta nya sociala behov, och integreras i viss mån med den politiska maktens mål. Tvång förekommer i alla tre stadier, ehuru på olika sätt; tvång dominerar i den repressiva rätten, är återhållet i den autonoma rätten och underordnat i den responsiva rätten. I takt med samhällsförändringen (makt och tvång) sker även förändringar i rättens ändamålsroll: under det första stadiet består ändamålet i en repressiv instrumentalism där rätten osjälvständigt följer 'statsviljan'; i nästa stadium undandras ändamålstanken när rätten strävar efter egen autonomi och i den responsiva rätten sker en förnyelse av instrumentalism men nu med den allmänna välfärden för ögonen. Makt- och ändamålsaspekterna förändras således i takt med samhällets förändringar.

Rätten förändras internt på grund av förändringar i dess relation till samhället – ändrar sig samhället förändras också rättens dynamik. En mängd karakteristika anförs av Nonet/Selznick, som visas i det följande. Utvecklingstanken dominerar och de hävdar att "we want to argue that repressive, a utonomous, and responsive law are not only distinct types of law but, in some sense, stages of evolution in the relation of law to the political and social order."²²⁷ De menar att man kan uppställa såväl en tidsmässig som kvalitativ ordning stadierna emellan, där "repressive law is 'prior' in the sense that it resolves the fundamental problem of establishing political order, a condition without which the legal and political system cannot move on to 'higher' pursuits. Autonomous law presupposes and builds

²²⁵ Hydén *Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser* (2000) s 122.

²²⁶ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 14.

²²⁷ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 18.

upon that achievement, just as responsive law builds upon the more limited but basic constitutional cornerstones of the 'rule of law' stage."²²⁸ De hävdar att repressiv rätt representerar ett 'högre' evolutionärt stadium än repressiv och autonom rätt, eftersom "responsive law brings larger institutional competencies to the quest for justice."²²⁹ När den moderna rättens förändring från repressiv till repressiv tecknas är det lämpligt att framställningen begynner vid rättsstaten och tiden strax dessförinnan.

Den moderna staten och rättens uppkomst hänförs ofta till industrialismen och den framväxande borgarklassens dominerande ställning. Den dåvarande feodala-absoluta statens åtgärder gentemot medborgarna – 'undersåtarna' – var i huvudsak av repressiv och godtycklig karaktär. Denna förliberala eller halvfeodala samhällstyp bygger på privilegier och fasta samhällspositioner. Rättssociologen Henry Maine karakteriserar rätten som baserad på *status* eller statusrelationer, där individens samhällsposition konstituerar dess rättsliga position – därefter sker en utveckling mot, hävdar Maine, kontraktsrelationer mellan åtminstone ideologiskt jämlika parter.²³⁰

Nonet/Selznick menar att i den *repressiva rätten* under absolutismen är den oinskränkta makten kännetecknad av otyglat offentligt godtycke där rättsliga spärrar eller kontrollorgan saknas. Rättens övergripande mål är, kort och gott, upprätthållande av ordning och social stabilitet. Rättens legitimitet baseras på statsintresset; dvs rätten stödjer statsmaktens politiska system, vilket alltså innebär att rätten är underordnad den politiska och härskande makten. Den rättsliga tillämpningens skönsmässighet är i och med dess statsanknytning opportunistisk, dvs följer den politiska viljans föränderlighet, och saknar därmed en långsiktig stabilitet. De rättsliga normerna är förvisso detaljerade, men binder inte de styrande – medborgarna har enbart plikter och skyldigheter, medan de styrande innehar rättigheter och privilegier. Den rättsliga argumenteringen blir opportunistisk, partikulär och präglad av ad hoc-resonemang.

De viktigaste kännetecknen för den repressiva rätten är således att de rättsliga organen (domstolar) är direkt underställda den politiska makten, dvs "law is identified with the state and subordinated to *raison d'état*."²³¹ Rätten och staten är därmed oskiljaktiga och starkt integrerade. Maktfördelning är ännu ett okänt begrepp och rätten institutionaliserar såväl ständs- eller klasskillnader som legitimerar social underordning. Rättsfilosofiskt rättfärdigades den repressiva rätten av äldre naturrättslig och förpositivistisk filosofi, med sådana exemplariska tänkare som Thomas Hobbes.

²²⁸ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 25.

²²⁹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 116.

²³⁰ Maine *Från status till kontrakt* (1972) s 24f. Se även Stridbeck *Från kontrakt till social rättighet* (1992) s 333ff.

²³¹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 33.

I övergången till rättsstaten bryts det gamla feudala ståndssamhället upp och borgarklassen, vars intressen ligger utanför ständindelningen, kräver förutom den allt starkare ekonomiska makten en motsvarande politisk makt; den kräver politisk representation för att undandra statsmakten den absoluta monarkins och adelsväldets godtycke. Därvid uppstod tankarna om folklig representation (parlament) som motvikt till den fortfarande absoluta statsmakten. Jämsides uppstår också tanken om individens grundläggande friheter och oförytterliga rättigheter, varav det privat-autonoma området (dvs frihet från statsingripanden) främst kom att karakteriseras av den privata äganderättens framskjutna position. Att försöka reglera användningen av vålds- och maktutövning var en grundläggande uppgift; både politiskt då ständindelningen hindrade borgerskapets politiska emancipationssträvanden och ekonomiskt eftersom skräförorordningar motverkade dess ekonomiska expansion.

Den repressiva rätten blir kontraproduktiv eftersom dess klassjustis – där rätten alltså institutionaliserar privilegier, beroendeförhållanden och repression – driver fram en motreaktion och därmed rättslig förändring: “the dynamics by which the legal order upholds social subordination are paradoxically a chief source of evolution away from repressive law and toward legal institutions that can remove themselves from, and tame, the power of the state. They lay the foundations of a ‘rule of law’ capable of holding government accountable.”²³² Alltså, utifrån ett ekonomiskt klassperspektiv, kan man hävda att den ekonomiska expansionen och de uppenbara klassrättvisorna (mellan adelns privilegier och borgarklassens intressen) spränger ramarna för den repressiva rätten, dvs: “dual law builds into the very structure of repressive law a mechanism of transition to autonomous law.”²³³

3.5.2 Rättsstaten och dess rättssystem

Betecknande för rättsstatens ungdom är att borgerskapets intressen och krav kläs i rättslig dräkt: det är genom *rättsliga* garantier som godtycke skall motverkas, rättstillämpningen skall ske lagenligt – detta är rättsstatens tema. Rättsstatsidéerna uppstår som en reaktion på enväldets privilegiesamhälle och som ett krav på avskaffandet av de feudala skräförorordningarna. Det är politiska krav på lika rättigheter och ekonomiska krav på fri äganderätt; det är sammantaget ett krav på att undvika eller förutse godtycke och diskretionär maktutövning, som ligger i bakgrunden till rättsstaten.

Dalberg-Larsen menar att några av de faktorer som ledde fram till rättsstatens etablerande var på det *ekonomiska* planet nedbrytningen av feodalismens regionala ekonomier till förmån för nationella och internationella marknader. På

²³² Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 46.

²³³ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 46.

det *politiska* planet medförde borgarklassens allt större ekonomiska makt också ett krav på motsvarande politiskt inflytande, dvs ett motstånd mot enväldet och adelns privilegiepositioner som motverkade borgerskapets intressen. Dessutom växer en liberal frihets- och likhetsideologi fram som betonar individernas fria status: med hänsyn till den fria handeln krävs likhet inför lagen och ett folkligt parlament.²³⁴

Äganderätten som tidigare var begreppsligt knutet till de feodala ståndindelningarna, blir helt ologiskt i det borgerliga samhällets nya ägandeformer och måste anpassas till privaträttens utveckling. Rättens uppgift bestod i att reglera statens eventuella ingrepp genom bestämda förutsättningar inskrivna i lag och att garantera att "eiendomsrett og private avtaler ble respektert." Staten var alltså passiv och "normativt var passiviteten forankret i en økonomisk liberalism."²³⁵ Under den rättsstatliga epoken blir staten begränsad till nationellt försvar, att upprätthålla 'lag och ordning' samt att föranstalta ett visst minimalt mått av social omsorg; kort sagt, att skydda medborgarnas personliga frihet och säkerhet.

Genombrottet för den historiska liberala rättsstatens sker omkring den förra hälften av 1800-talet och det är i denna historiska turbulens vissa för rättsvetenskapen centrala föreställningar vinner fotfäste. Helt tydligt är att ett rättsvetenskapens 'paradigmskifte' äger rum under detta skede.²³⁶ Decennierna runt 1800-talets början kännetecknas av ett sönderfallande naturrättstänkande, vars dominans bryts under de påföljande årtiondena främst tack vare den historiska skolans successiva befastande. I den juridiska argumentationen sker en betydelsefull övergång från allmän lagfarenhet till en mer specialiserad rättsvetenskap: juridiken 'professionaliserar.' Andra tecken är att de nordiska länderna under dessa år får förordningar om juridisk examen och att juridiska utbildningar inrättas; bland annat fördubblas lärarkåren. Samtidigt förtvinar det klerikalt naturrättsliga latinet ut som rättsvetenskapens *lingua franca* för att, i romantikens anda, istället ersättas med de nationella språkdräkterna. Den välburgna samhällsklass som under de borgerliga revolutionernas epok stått på barriaderna mot en enväldig statsmakt, befäster stegvis sin vunna frihet i statsapparaten. När den liberala rättsstaten väl stabiliserats och borgeosin befäst sin hegemoni utgör den statliga förvaltningen inte längre något problem; tvärtom kommer borgerskapets och statens intressen att sammanfalla.

I den juridiska terminologin speglas detta 'paradigmskifte' genom att det myntas helt nya begrepp. Legalitetsprincipen formulerades av Anselm von Feuerbach år 1801 i den numera berömda sentensen *nullum crimen, nulla poena sine lege*,

²³⁴ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) s 35.

²³⁵ Aubert *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 43.

²³⁶ Min karakteristik slår här följe med Peterson som pekar på ett paradigmskifte i den svenska civilrättsdoktrinen under 1840-talet, *Fredrik Schrevelius och den moderna personteorins upptagande i svensk civilrättsdoktrin* (1982) s 147. Björne menar att tiden ca 1815-1870 allmänt sett utgör en brytningstid, *Brytningstiden* (1998).

alltså ”intet brott, intet straff utan lag” – även om principens innehåll redan kom till uttryck i Österrikes strafflag av år 1787 och den franska förklaringen om människans rättigheter 1789.²³⁷ Att rättsliga föreställningar förhärskade och genomsyrade samhällslivet framgår också av att själva personbegreppet undergår en radikal förändring som speglar övergången från stånds- och privilegiesamhället till det liberala borgerliga samhället. Den tidigare statusläran var ägnad för feodala förhållanden och legitimerades av naturrätten, men språnget till ett modernt samhälle krävde en annan subjektsuppfattning, än den som låste både individen och samhället i föråldrade kategorier: ett subjekt som à la Kant besatt såväl moralisk frihet som privatautonomi. Det nya begrepp som förmår inkapsla dessa tankar om den ’fria människan’ myntas 1840 av Friedrich von Savigny i neologismen *Rechtssubjekt*, alltså ett subjekt med rättskapacitet.²³⁸ Utifrån det nya personbegreppet konstrueras även den *juridiska personen*, vilken ersätter den ålderdomligare uppfattningen om ’moraliska personer.’ Det på (teoretisk) jämlikhet fotade rättssubjektet, är en förutsättning för den liberala avtalsfriheten och kontraktsrätten. Medan den äldre juridiska litteraturen under 1600- och 1700-talen främst reserverat termen ’källa’ för ’historiska’ källor av olika slag, är det först på 1820-talet sammanställningen rättskälla eller *Rechtsquelle* förekommer i tysk doktrin.²³⁹ Ett annat centralt begrepp är givetvis begreppet *Rechtsstaat* eller rättsstat, vilket av allt att döma myntades av den tyske juristen Karl Theodor Welcker i sitt arbete *Die letzten Gründe von Recht, Unrecht und Strafe* år 1812 som skiljer mellan tre typer av statskick: teokrati, despotism och rättsstaten som en förnuftsstat (den Staat der Vernunft),²⁴⁰ dvs inte grundat på gudomliga illusioner eller naket våld.

Med stöd i upplysningstidens idéer blir rätten ett medel i motståndet mot den absoluta kungamakten, adelsväldet och den feodala regleringen av näringslivet. I rättslig form garanteras de borgerliga politiska rättigheterna (såsom yttrande-, mötes- och tryckfrihet) och de ekonomiska rättigheterna (näringsfrihet etc). Ur naturrättsliga föreställningar om individernas oförtytterliga rättigheter och lika ställning elaboreras maktfördelningsläran och grundläggande fri- och rättigheter hos sådana tänkare som Locke, Rousseau och Montesquieu.²⁴¹ Frändberg pekar

²³⁷ Se Honkasalo för en utförlig exposition av legalitetsprincipens historik och Feuerbachs formuleringsbestyr, *Nulla poena sine lege* (1937) ssk s 9-13. Därjämte Hayek *Frihetens grundvalar* (1983) s 193f. Om den svenska receptionen av legalitetsprincipen, se Sundell *Legalitetsprincipen inom svensk straffrättshistoria* (1994-95).

²³⁸ Björne *Brytningstiden* (1998) s 348-365. Se även Peterson som i *Fredrik Schrevelius och den moderna personteorins upptagande i svensk civilrättsdoktrin* (1982) ger en gedigen bild av receptionen av rättssubjektets inträde på den svenska scenen samt Tamm som i *Maskeballet. Teorier om den juridiske person i dansk retsvidenskab i det 19. århundrede* (1982) ger en bild av dansk reception.

²³⁹ Björne *Nordisk rättskällevärd* (1991) s 19ff.

²⁴⁰ Krüger *Allgemeine Staatslehre* (1964) s 776f, Whitman *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (1990) s 101 och Fogelklou *Rättsstaten – idéhistorisk exposé* (1996) s 13.

²⁴¹ Nu skall man ha klart för sig att såväl Lockes som både Rousseaus och Montesquieus idéer om maktfördelning och särskilt parlamentet i huvudsak omfattade borgarklassens represen-

här på att ”rättsstatsidéen går [...] ut på att staten med hjälp av rättsordningen skall skydda den enskilda individen mot statens missbruk av rättsordningen. Staten skall, med andra ord, skydda individen mot staten själv.”²⁴² Remediet mot denna *rättsstatens paradox* kom att bli maktfördelningstanken.²⁴³ Centralt blir också kravet på näringsfrihet, varigenom de feodala skråförordningarna sedermera kommer att upphöra – i Sverige avskaffades de 1846 och 1864 antogs en lag om näringsfrihet.²⁴⁴

Utmärkande för rättsstatsidéen är att den bygger på vissa bestämda grundföreställningar om förhållandet mellan individen och staten. Det är en strikt separation av den privata sfären från den offentliga (makt-) sfären: själva behovet av en uppdelning i en privaträtt och offentligrätt uppstår här. Den privata sfären kännetecknas av självreglerande marknadskrafter och fri konkurrens. Denna nya dikotomi kommer att prägla rättssystematiken alltsedan dess. Friheten tänktes tillhöra den privata sfären: uppdelningen var både politiskt och ekonomiskt motiverad. Politiskt var det centralt att bjuda motstånd mot absolutismen; ekonomiskt därför att den uppblomstrande ekonomiska liberalismen och avtalsfriheten krävde frihet från statlig styrning.

Det privata autonoma området skyddas genom de klassiska fri- och rättighetererna, genom statens maktindelning samt genom att statsförvaltningen är underkastad lagen.²⁴⁵ Centralt här är alltså att själva rättsstatsidéen är *negativt* avgränsad och definierad. Åke Frändberg menar att kärnan i rättsstatsideologin är att ”den enskilda individen åtnjuter rättsligt skydd mot kränkningar genom den offentliga överhetens – statens – maktutövning.”²⁴⁶ Detta är i grunden ett *negativt* villkor för både statens och rättens definition. Historiskt sett gav dock denna liberala rättsstatsidé upphov till två olika riktningar; den engelska och den tyska. I England framträder rättsstatsidéen i slutet av 1600-talet varigenom vissa grundläggande fri- och rättigheter sedermera fastslås, ett parlament etableras och krav på oavhängiga domstolar framförs. Men främst av allt framförs *’the rule of law’* som en grundläggande princip, där just *lagens* styre eller välde artikuleras: statsmakten skall vara underkastad lagen och maktutövningen ske enligt juridiskt acceptabla principer.²⁴⁷ Den rättsstatsidé som växer fram i England kan, enligt

tanter och dess politiska och ekonomiska intressen, kvinnor liksom egendomslösa män var uteslutna. Detta är väl allmängods, men se vad avser maktfördelningsfrågan Jónasdóttir *Hon för honom - han för staten: Om Hobbes' och Lockes kvinnosyn* (1992) samt Hammar *Fostran till foglighet: Om kvinnans villkor i Rousseaus tänkande* (1992).

²⁴² Frändberg *Begreppet rättsstat* (1996) s 25.

²⁴³ Enligt Petersson var rättssäkerhet, maktindelning samt fri- och rättigheter centrala inslag i rättsstatstanken, *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik* (1996) s 24.

²⁴⁴ Inger *Svensk rätts historia* (1980) s 178f.

²⁴⁵ Tuori *Four models of the Rechtsstaat* (1991) s 29 och Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 57 resp 59.

²⁴⁶ Frändberg *Begreppet rättsstat* (1996) s 24.

²⁴⁷ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 31f. Se också Fogelklou *Rättsstaten – idéhistorisk exposé* (1996) s 15f, som menar att *’rule of law’* innefattar såväl en allmän rättsprincip som en konstitutionell princip.

Dalberg-Larsen, karakteriseras som en *demokratisk* rättsstatsuppfattning som bygger på parlamentarismens idéer, som en *liberal* rättsstatsidé eftersom fri- och rättigheter begränsar statens dispositionsfrihet, men framförallt som en *materiell* rättsstatsidé där staten tvingas respektera vissa politiska fri- och rättigheter, såsom personlig frihet, mötesfrihet, yttrandefrihet och äganderätten. Juridiskt innebär det att "fundamental rights marking the boundaries of the sphere of private autonomy, as well as the binding of state power to law."²⁴⁸

Något annorlunda sker däremot i Tyskland där rättsstaten etableras som ett moraliskt begrepp och krav på statsmakten att skydda medborgarnas frihet och egendom. Detta betyder att staten inte skall intervensera i det 'privat-autonoma' området utan *begränsa* sig till att säkra det bestående: rättsstaten handlar om statens *självbindning*.²⁴⁹ Den tyska rättsstatsidén syftar till att säkra medborgarnas rättigheter utifrån en ömsesidig pliktrelation mellan medborgare och stat, till skillnad från England där medborgarnas allmänna välfärd sattes i förgrunden.

En första etapp, med uppkomst i tysk konstitutionell teori i början av 1800-talet, benämns ofta för den *substantiella rättsstatsidén* och innebär att staten bands av lagen. I denna mening var rätten icke identisk med den positiva rätten, utan var en etisk ordning ('Sittlichkeit' eller sedlighet i Kants mening) som existerade, så att säga oberoende av staten eller suveränen. Rätten stod i denna betydelse över staten och bar med sig vissa "substantive demands on the state."²⁵⁰ Men å andra sidan var ett demokratiskt stöd inte nödvändigt, då rätten existerade som en egen etisk ordning.²⁵¹ Det tyska rättsstatsbegreppet myntades som sagt av Theodor Welcker redan 1812, men fick sitt genomslag genom några skrifter på 1830-talet författade av Robert Mohl vilken använder begreppet för en 'ordnad' stat i motsättning till despotism och 'polisstat'²⁵² och innehåller vissa liberala grundtankar om konstitutionellt skydd av individens rättigheter. Denna i Kants mening 'moraliska' och 'rationella' stat – *Verstandes-Staat* – gav Mohl efter viss tvekan beteckningen *Rechtsstaat* och "this state was to determine the law of the community. Law and justice were given priority over the state."²⁵³ Mohl mötte rätt snart motstånd från konservativa juristkretsar och begreppet gavs en annorlunda innebörd som dominerat rättsstatsbegreppet, både i Tyskland och de nordiska länderna. Julius Stahl menade i sitt arbete *Die Philosophie des Rechts* (1837) att:

²⁴⁸ Tuori *Four models of the Rechtsstaat* (1991) s 31.

²⁴⁹ Petersson *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik* (1996) s 18.

²⁵⁰ Tuori *Four models of the Rechtsstaat* (1991) s 33.

²⁵¹ Om kontrasterna mellan den substantiella och den formella rättsstatstanken, se Henrichsen *The Rechtsstaat – a conceptual-analytical study* (1993a) s 246ff. I anslutning till Henrichsens fördelning av rättsstatsförståelsen, så används rättsstaten av mig här som en 'realtypisk beskrivelse' jämte en 'historisk-specifik begrepsanvändelse' som beskriver 'retsstaten som en antagonistisk kategori', *Retssikkerhed og moderne forvaltning. En retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger* (1997) s 570ff.

²⁵² Seip 'Retsstaten' – *en studie i begrepsanalyse og begrepsforvirring* (1984) s 79.

²⁵³ Dietze *Two Concepts of the Rule of Law* (1973) s 20.

The State must be a Law State [...]. It must exactly determine and definitely secure the scope and limits of its activity and the free sphere of its citizen according to the law, and must realize moral ideas directly only in so far as it is absolutely necessary. This is the concept of the Law State. It means that the state is not merely concerned with the legal order without any administrative purposes, or that it is concerned only with the protection of the rights of the individual. Constitutionalism is not at all concerned with the purpose and content of the state, but only with the manner and character of realizing them.²⁵⁴

Medan Mohls rättsstatsbegrepp primärt är materiellt, är rättsstaten enligt Stahls uppfattning primärt ett formellt begrepp och först i andra hand materiellt.²⁵⁵ Medan Mohl “puts the rights of the individual before the might of the state, it is the other way around with Stahl.”²⁵⁶ Stahl kom därmed att representera övergången från en materiell konstitutionell uppfattning till en rent formell rättsstatsidé, vilken under 1860- och 1870-talen vidareutvecklades av tysk rättsvetenskap.²⁵⁷

I den senare etappen – som sammanfaller med Tysklands enande 1871, då det tyska borgerskapet inträtt i statsförvaltningen och genom lagstiftning fått sina intressen tillgodosedda – blir rättsstatsidén rent formell.²⁵⁸ Dalberg-Larsen menar att borgerskapet lugnt kan “overlade lovgivningsarbejdet og administrationen til embedsmændene, fordi det kan føle sig trygt ved, at disse ikke har nogle materielle, selvstændige krav til retten, som strider mod borgerskapets interesser. Man får på den måde i realiteten en afpolitiseret statsform.”²⁵⁹ Enligt Fogelklou är ”rättsstaten [...] därmed inte en särskild statstyp utan ett statligt *formelement*” och mot seklets slut hade ”personlig frihet, domstolarnas oavhängighet och vissa andra grundläggande medborgerliga friheter [...] fått konstitutionellt stöd. Därför försköts intresset mot förvaltningen. Rättsstaten skulle förverkligas genom en ny förvaltningsrätt.”²⁶⁰ Att staten skall vara bunden av rätten, innebär fortsättningsvis en formell bindning, dvs staten binds av de lagar den själv väljer att binda sig vid. Detta innebär att den viktigaste frågan framöver enbart blir en fråga om för-

²⁵⁴ Stahl citerad i Dietze *Two Concepts of the Rule of Law* (1973) s 26.

²⁵⁵ Om Mohl, rättsstatens tidiga år och dess senare utveckling under 1800-talet se Dietze *Two Concepts of the Rule of Law* (1973) och Krüger *Allgemeine Staatslehre* s (1964) s 776-795 jämför Hayek *Frihetens grundvalar* (1983) kap 13 samt Seip ‘*Rettsstaten*’ – en studie i begrepsanalys och begrepsförvirring (1984).

²⁵⁶ Dietze *Two Concepts of the Rule of Law* (1973) s 28.

²⁵⁷ Dietze beskriver hur det materiella rättsstatsbegreppet hos Mohl avvecklas och genom Stahl, Bähr och Gneist snabbt formaliseras och införlivas med tysknationell ideologi under Bismarck – *Rechtsstaat* blir *Gesetzesstaat*. Under 1930-talet, genom Carl Schmitts förmedling, formaliseras begreppet i sådan utsträckning att det till och med är möjligt att skriva sådana arbeten som *Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat* och *Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers*. Det var först efter andra världskriget (1949) som Tyskland frångick den formella rättsstatsuppfattningen, Dietze *Two Concepts of the Rule of Law* (1973) s 34. Se även Strömholm som menar att rättsstatsbegreppet “bar i sig frön till en totalitär utveckling lika väl som till en liberal ‘nattväktarstat’,” *Rättigheter mot det allmänna. Några anteckningar till ett skede i den moderna rättsstatsideologins tidiga utveckling* (1977) s 203.

²⁵⁸ Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) s 33.

²⁵⁹ Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) s 59.

²⁶⁰ Fogelklou *Rättsstaten – idéhistorisk exposé* (1996) s 14.

valtningens *legalitet*. Rättsstatstanken gled alltså till en situation där staten blev blott en *Gesetzesstaat* – alltså, en formell *positivistisk lagstat*. Eftersom de materiella intressena har blivit tillgodosedda, faller naturrättsteorierna bort som legitimationsgrund för statsmakten och rätten. I stället kommer rättsvetenskapen att alltmer fokusera på den positiva rätten: man kan säga, att då en uppsättning nya rättsprinciper väl etablerats (i rättssystemet) och vunnit inflytande, förskjuts intresset till att befästa dem med rättsregler (i rättsordningen). Någon *yttre* legitimationsgrund är inte längre nödvändig – rätt är vad staten utfärdar. Systemets (filosofiska) legitimation blev rättspositivism och rättsstatsbegreppet införlivades i den gängse och då etablerade rättspositivistiska rättsfilosofin: Nonet/Selznick hävdar att “legal positivism neatly captures the ethos of autonomous law.”²⁶¹

För nordiskt vidkommande införlivas rättsstatsbegreppet i Sverige ganska tidigt 1835, i Danmark år 1849 och i Norge tämligen sent, först år 1878.²⁶² Fogelklou hävdar att rättsstatsbegreppet främst hade en formell innebörd, fram till andra världskriget.²⁶³

I rättsstaten intar rätten på alla samhällsliga områden en central och helt dominerande ställning varmed den får ett radikalt annorlunda innehåll likväl som form, jämfört med exempelvis feodalismens offentlighetsliga lagstiftning, reglementeringar och skråförordningar.

Särskilt två allmänna aspekter av borgerskapets kamp mot staten framträder tydligt i den rättsliga ideologin. Det ena momentet består i att hindra eller förutse diskretionär maktutövning, dvs en negativ bestämning där statens gränser och skyldigheter dras upp. Det andra momentet har en implicit mening, nämligen att rätten skall beskydda vissa för borgerskapets viktiga rättigheter, dvs både politiska och ekonomiska intressen – i detta fall en underliggande *positiv* bestämning. Detta resulterar i två specifika drag hos det rättsliga systemet; strävan efter *förutsebarhet* och *kontroll*. Rättsstaten definieras, menar Dalberg-Larsen, “som en stat, der i videst muligt omfang gennem præcise regler definerer den enkeltes retsstilling, så den bliver *forudberegnetlig* for den enkelte [...] i krav til forvaltningen om at træffe afgørelser efter præcise regler og at underkaste forvaltningsavgørelser domstolskontroll” och centralt är att “det er nu retsstaten som *retssikkerhedens* garant og ikke som forsvarer af denne eller hin bestemte rettighed, som står frem.”²⁶⁴

Under den liberala rättsstaten erhåller rättsordningen en starkt formalistisk prägel. Rätten i den formella meningen är alltså *negativt* avgränsat där klara linjer dras upp för vad staten (inte) får göra, men det finns även en materiell mening som implicit är *positivt* bestämd, nämligen att rättsstatens rätt skyddar de

²⁶¹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 95.

²⁶² Seip ‘Rettsstaten’ – en studie i begrepsanalyse og begrepsforvirring (1984) s 89f resp Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 55f.

²⁶³ Fogelklou *Rettsstaten – idéhistorisk exposé* (1996) s 16.

²⁶⁴ Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 33.

liberala individuella rättigheterna genom avregleringen av marknaden och avskaffandet av de feodala skråförordningarna. I den rättsstatliga kontexten finns varken idémässigt eller begreppsligt utrymme för statlig intervention eller sociala rättigheter.

Nattväktarstaten och den rättsstatliga rätten avlöser den repressiva rätten och går över i nästa stadium, den *autonoma rätten*, som blir ett sätt att försöka motverka statligt förtryck. Den autonoma rätten uppstår, enligt Nonet/Selznick, när de rättsliga institutionerna erhållit tillräcklig självständighet visavi den styrande makten. Huvudkännetecknet för den autonoma rätten är “the formation of specialized, relatively autonomous legal institutions that claim a qualified supremacy in defined spheres of competence.”²⁶⁵ alltså uppkomsten av fristående domstolar, en självständig rättsvetenskap och en specialiserad juristprofession. Nonet/Selznick framhäver olika karakteristika för den autonoma rätten. Rätten blir fundamentalt skild från politiken och intar en autonom ställning visavi den politiska makt sfären. Detta innebär att själva rättsvetenskapen måste höja sig över den dagspolitiska verkligheten, vilket sålunda medför att juristerna blir de ‘objektiva’ uttolkarna av ‘gällande rätt.’ Rättsvetenskapen träder här fram som en självständig vetenskap - *Rechtswissenschaft* är också det ett barn av 1800-talet. Enligt Kaarlo Tuori kännetecknas rätten av en ”accentuerad autonomi såväl i normativt innehållsmässigt, metodologiskt, institutionellt, som även i professionellt hänseende.”²⁶⁶ Juristerna får en markant roll att spela – det brukar framhållas att detta var juristerna storhetstid och att tidsepoken är en ‘ämbetsmannastat’ dominerad av jurister.²⁶⁷ Att juristerna och rätten får en autonom ställning kan ske enbart med den vetenskapen att autonomi är betingad, dvs juridiken kan inte införa egna rättsliga värderingar vad avser innehållet i lagstiftningen. Detta medför, enligt Nonet/Selznick, att “legal institutions purchase procedural autonomy at the price of substantive subordination.”²⁶⁸ Rättsvetenskapens ställning och auktoritet vinn till priset av ett begränsat inflytande. Juridikens roll blir att ‘avpolitisera’ politiska frågor, att neutralisera dem. Vissa legitimitetsvinster uppstår därmed också genom att den autonoma rätten skapar legitimitet såväl för sig själv som för den politiska sfären. För den politiska processen kan legitimitet bedömas utifrån huruvida den har varit legal – bedömningen av det politiska beslutet blir underkastat en formell rättslig granskning av en autonom juridisk sfär. Det politiska beslutet blir legitimt om det är legalt: legalitet är legitimitet. För rätten själv förhöjs dess legitimitet genom dess rättsliga och apolitiska funktioner: en skarp boskillnad görs här mellan lagstiftning och dömande verksamhet.

Ett ytterligare särdrag för den autonoma rätten är dess regelcentrering och den formalism som därigenom uppkommer. För att kunna upprätthålla en skarp skiljelinje mellan rätt, moral och politik får juridiken en stark betoning på detal-

²⁶⁵ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 53.

²⁶⁶ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 189.

²⁶⁷ Aubert *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 256f.

²⁶⁸ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 58.

jerade och klara rättsregler som gynnar förutsebarhet och fixerar gränserna för förvaltningens och statsmaktens eventuella godtycke. Detta innebär att precisa regler lämpar sig särskilt väl för rättslig kontroll, men *samtidigt* medför det en inskränkning av juridiken till form- och detaljkunskap, vilket medför en begränsning av rättsvetenskapen, till "the paradigm of mechanical jurisprudence."²⁶⁹ Juridiken kommer att konserveras.

Enligt Nonet/Selznick kan rättens övergripande mål sägas vara att skapa lag-enlig legitimitet av den politiska makten: dvs legitimitet genereras av legalitet – rättslig legalitet innebar social legitimitet. Legitimiteten bygger i sin tur på en 'procedurell korrekthet,' alltså att formerna för det rättsliga beslutsfattandet har lagstöd. För att garantera detta erfordras en maktdelning där rätten är oberoende av och skild från politiken: rättstillämpningens skönsmässiga bedömningar är starkt begränsade av regler och en snäv delegering. Rättsnormerna är väl utvecklade, exakta och preciserade och binder såväl de styrande som de styrda. Medborgarna har inte bara skyldigheter utan också väldefinierade rättigheter: preciserade regler och skyldigheter går hand i hand.

I ett regelcentrerat system, som det autonoma, uppstår, som redan redogjorts för, tankarna och uppfattningen om rätten som en hierarkisk, enhetlig och monacentrisk ordning uppknuten till en föreställning om staten som en monolitisk politisk ordning: "the legal order is perceived as hierarchical and unitary. There is a close identification of law with state, and of the state with a monolithic official hierarchy," påtalar Nonet/Selznick.²⁷⁰

Max Weber menade att den moderna rätten karakteriseras som en utveckling från en formalisering till en ökad materialisering – dvs rätten går från en formell rätt till materiell rätt.²⁷¹ Det kapitalistiska systemet kännetecknas, rent idealtypiskt hos Weber, av en ökad rationalisering: men det sker en utveckling eller funktionell differentiering härvidlag, nämligen från en formell samhällsrationalitet – präglad av förutsebarhet och stabilitet – till en värde- eller målrationalitet, där samhällets alltmer ökade komplexitet ställer krav på generella principer, värden och mål. I korthet kan den liberala rättsstaten med dess *laissez-faire* ekonomi (fria och oreglerade marknadskrafter) sägas vara urtypen för den formella rationaliteten, då den bygger på en sk bytесvärdeslogik, till skillnad från väl-

²⁶⁹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 61.

²⁷⁰ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 95.

²⁷¹ För en kortfattad men koncis genomgång av Webers uppfattning, se Teubner *Substantive and reflexive elements in modern law* (1983) s 242ff. Aubert skiljer, med utgångspunkt från Max Webers ovan anförda karakteristik mellan rättens *normrationalitet* och rättens *målrationalitet*, 'formålsrasjonalitet' och terminologin ansluter till skillnaden mellan *norm* respektive *värde*, *Rettens sosiale funksjon* (1976) s 31ff.

färdsstatens reglerade marknad och intervenerande statsmakt som kännetecknas av en sk bruksvärdeslogik och därmed på en materiell rationalitet.²⁷²

Som ovan nämnts kännetecknas den rättsstatliga epoken av och rätten rättfärdigas med hänvisning till värdet av individualism och privatautonomi²⁷³ och den begränsar negativt gentemot statsmakten. Det kännetecknande för rättsstaten är en formell rationalitet, där det "centrala i den rättsliga beslutsprocessen är att besluten är förutsebara och att de tryggar rättssäkerheten. Detta betyder att beslutens innehåll, det konkreta rättsliga avgörandet, på sätt och vis kommer att spela en underordnad roll i förhållande till de övergripande rättsliga värdena: förutsebarhet, prediktabilitet och rättssäkerhet."²⁷⁴ Denna formella rationalitet på samhällets nivå, skapar således vissa funktioner hos rättsfältet, nämligen strävan efter förutsebarhet, klara förhållningsregler och en negativ hållning till statsmakten: rätten blir, med annan terminologi, präglad av en normrationalitet.

Med normrationalitet avses generellt att rätten och den rättsliga argumentationen styrs av det positivrättsliga materialet – dvs normerna och reglerna styr rätten. Den normrationella modellen grundas på en "bedömning av vad som har hänt i efterhand, ex post. I denna är konsekvenserna av avgörandet irrelevanta eller av underordnad betydelse. Det avgörande är att man tillämpat normen på ett korrekt sätt, dvs att man dragit korrekt slutsats på i förhand givna kriterier."²⁷⁵ I argumentationshänseende leder den normrationella modellen till en subsumtionslogisk argumentation²⁷⁶ – denna innebär, att det rättsliga avgörandet sker genom att "fakta subsumeras under regeln som i sin tur innehåller svaret på hur problemet skall lösas. Regeln anger de förutsättningar som skall vara uppfyllda för att den rättsligt korrekta slutsatsen skall kunna dras."²⁷⁷ Det är frågan om deduktion från generella regler.

Ser man på rättsreglernas utformning är den typiska konkreta regleringen bestående av detaljerade och preciserade regler, de har en konditional om-så-formel i vilken rättsfakta kopplas till rättsföljden med exakta begrepp. Det rättvisebegrepp som emanerar ur denna normrationalitet är ett formellt rättvisebegrepp, dvs iakttagandet av de legala och formella förutsättningarna medför, som ovan nämnts, legalitet och därmed också legitimitet.

Liksom den repressiva rätten bär också den autonoma rätten fröet till sin egen över- och undergång – dess utveckling in i nästa stadium. Den autonoma rätten "tames repression, but its capacity to do so is closely dependent on a prudent self-

²⁷² För diskussioner om skillnaderna mellan bytesvärdes- och brukslogik, se Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 189 samt Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b).

²⁷³ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 252f och Wilhelmsson *Behovsrationell och reflexivt i rättsdogmatiken* (1988) s 224f.

²⁷⁴ Eriksson *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 28.

²⁷⁵ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 24.

²⁷⁶ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 44f.

²⁷⁷ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 24.

limitation.”²⁷⁸ Faran med en regelcentrerad rättsvetenskap, är att “a focus on rules tends to narrow the range of legally relevant facts, thereby detaching legal thought from social reality. The result is legalism, a disposition to relay on legal authority to the detriment of practical problem solving.”²⁷⁹ Detta är isoleringseffektens negativa sida. Det uppstår en spänning mellan, med Webers terminologi, formell och materiell rationalitet, vilket enligt Nonet/Selznick leder till att rätten går utöver den autonoma rätten till nästa stadium – den responsiva rätten.

Ett av skälen till att den autonoma rätten utvecklas till ett nytt stadium – responsiv rätt – är att “the limitations of autonomous law arise because too much energy is consumed in preserving institutional integrity at the expense of other legal ends.”²⁸⁰ Det vill säga, konsolideringen och försvaret av institutionell autonomi är både styrkan och svagheten hos den autonoma rätten. Hydén menar att den rättsstatliga rättsmodellen allmänt lider av vissa nackdelar i dett att den kan uppfattas ”som byråkrati, stelbenthet, formalism etc. Den juridiska metodens stringens lider i dess extremform av rigiditet och okänslighet mot mänskliga hänsyn i beslutsprocessen. Metoden blir lätt stötande för vanliga människor.”²⁸¹ Det vill säga, det som en gång var styrkan i den autonoma rätten – Hydén nämner bla skydd mot ovidkommande hänsyn, relevanskriterier och indifferens gentemot ekonomiska och politiska skiftningar – blev samtidigt dess historiska svaghet.

3.5.3 Övergången från rättsstat till välfärdsstat

Då rätten kringskär makten kommer dock varje förstärkning av de rättsliga institutionerna samtidigt att medföra en oavsiktlig anpassning till samhälleliga politiska mål, vilket samtidigt innebär en försvagning av rättens autonomi och ett ifrågasättande av dess auktoritet. Rättsvetenskapen kommer, enligt Nonet/Selznick, att ifrågasätta och kritisera den auktoritetsbundna rätten, vilket medför att en rättighetsbaserad rättsvetenskap utvecklas.²⁸² Rätten blir alltmer öppen för samhällelig påverkan och mer effektiv i hanterandet av sociala problem – rätten blir mer flexibel i att svara upp mot samhälleliga förväntningar.

Ett övergångsfenomen mellan den rättsstatliga epoken och välfärdsstatens etablerande brukar benämnas ’socialstaten.’ Socialstaten hade sin upprinnelse i vad som, under 1800-talets senare hälft, kallades ’Die soziale Frage’ vilket rörde frågan hur de massiva sociala problemen som uppstått genom industrialiseringens intensifiering och statens passiva roll skulle lösas. Problemet var hur dessa nya grupper – alltså arbetarklassen eller industriproletariatet – och deras krav skulle kunna tillvaratas *inom ramen* för det existerande samhällssystemet och integreras

²⁷⁸ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 60.

²⁷⁹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 64.

²⁸⁰ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 54.

²⁸¹ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 68.

²⁸² Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 71.

i den borgerliga rättsstaten.²⁸³ I socialstaten är den privata äganderätten fortfarande oinskränkt: de sociala problemen skall lösas med bibehållande och hjälp av denna. När sedermera staten blir aktiv i att lösa problemen, är inte den privata äganderätten oinskränkt, utan allmänna medel används via ett förhållandevis högt eller ökat skatteuttag: socialstaten övergår till en tydlig välfärdsstat. I Tyskland tog sig detta uttryck i den så kallade bismarckska 'socialpolitiken', där en rad reformer infördes under hot om socialt uppror; dvs socialpolitiken hade som mål att motverka arbetarklassens politiska strävanden.²⁸⁴ Karakteristiskt är att de som utgjorde 'det sociala problemet' själva inte fick deltaga och definiera lösningen av sina problem. Det är frågan om en ovanifrån dirigerad insats "med henblik på en lösning af nogle problemer, som man opfattede som nødvendigt at løse af hensyn til helheden eller samfundet" vilket skulle ske genom staten och inte via arbetarrörelsen, vilket innebar att de svagast ställda inordnades som "klienter i et behandlingssystem eller hjælpesystem, hvor andre fik bemyndigelse til at handle på deres vegne."²⁸⁵ Det var alltså *förvaltningen* som fick en utvidgad kompetens och definitionsmakt över de 'sociala problemen.'

3.5.4 Välfärdsstaten och dess rättssystem

Dalberg-Larsen indelar den socialstatliga eran i tre stadier. Den första omfattar perioden 1850-1900 och här ställs staten, som sagt, inför nya uppgifter, vilket förändrar nattvaktarstatens passiva laissez-faire ideologi mot en mer aktiv stat. Däremot består de politiska maktförhållandena som förr. Denna period av socialstaten har den sociala frågan som främsta signum. Den andra perioden sträcker sig från sekelskiftet till 1930-talet och kännetecknas som en *politisk kompromiss*, där demokratin utvidgas och nya samhällsgrupper indrages i de politiska processerna. Den tredje fasen i socialstaten infaller efter 1930 (innefattande därmed även 'välfärdsstaten') och kan primärt förstås utifrån ekonomiska aspekter. Detta innebar att staten trädde in som garant vilket, följaktligen, ledde till en omfattande administrativ och byråkratisk förvaltning, med sikte att fördela de knappa resurserna. Statens politiska nivå får alltså en alltmer ökande roll. Dalberg-Larsen menar att det inte är någon överdrift att påstå att 1930-talet innebar "afslutningen på laissez-faire, både som den dominerande økonomiska filosofi og som praktisk politik."²⁸⁶

Tidigare redovisadss de skilda vägar rättsstatsbegreppet kom att vandra i England respektive Tyskland, vilket även präglar uppfattningen om välfärdssta-

²⁸³ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 94ff, Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 152, Inger *Svensk rättshistoria* (1980) s 223 och Anners *Den europeiska rättens historia 2* (1980) s 173f.

²⁸⁴ Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 153.

²⁸⁵ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 107.

²⁸⁶ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 114.

tens roll. I Tyskland genomdrives en konservativ politik en pacificerande socialpolitik, i England däremot utgör liberalismen och socialismen de viktigaste utgångspunkterna för uppgörelsen med nattvaktarstaten. Dalberg-Larsen framhåller att den moderna välfärdsstaten är den anglosaxiska varianten till tysklands socialstat.²⁸⁷

Statens allt massivare intervention innebär att de verkställande institutionerna befästs allt starkare. Välfärdsstaten karakteriseras av en 'maktdränering' – alltså en upplösning av maktfördelningen och en förtunning av legalitetsprincipen – där de verkställande och administrativa statsgrenarna ökar i betydelse. Intresseorganisationerna erhåller en allt starkare ställning och blir en länk mellan ekonomisk och politisk makt.²⁸⁸

Som en konsekvens av 'den sociala frågan', uppstår nya rättsområden – socialrätt och arbetsrätt – vilka emellertid inte innebär några genomgripande förändringar, utan bygger vidare på det rättsstatliga rättssystemets fundament. I och med att förvaltningen behöver större handlingsutrymme och att rättens funktioner alltmer förändras till målinriktat beslutsfattande uppträder från och med 1920-talet generalklausuler i olika sammanhang.²⁸⁹ Det karakteristiska för denna period och framöver är en försiktig 'öppning' och ökad flexibilitet av rättsnormerna, hän mot en mer elastisk normgivning. Ramlagen hör den senaste 30-årsperioden till och har fått en starkt framskjuten ställning och ökad omfattning.²⁹⁰ Detta hör samman med de allt snabbare förändringarna och den tilltagande komplexiteten i samhället. Den välfärdsstatliga rätten reglerar en allt större mängd sidor av samhället. Den icke-intervenerande rättsstatliga rättsordning uppblandas med nya normer härrörande från en intervenerande välfärdsstat. Aubert karakteriserar rättens roll under välfärdsstaten som en kamp mellan två rättsformer, på den ena sidan ett privaträttsligt system som leder till "kumulation af magt og rigdom" och på den andra sidan en rad rättsregler som skall kompensera för den sociala olikheten; förvaltnings-, social- och arbetsrätt.²⁹¹ Detta leder till att rätten blir motsättningsfylld och konfliktbemängd – ja, rent av "flertydig, inkonsistent og til dels kaotisk."²⁹²

²⁸⁷ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 98. Gough ser Frankrike och Tyskland å ena sidan och Storbritannien och Skandinavien på den andra sida, *Välfärdsstatens politiska ekonomi* (1985) s 85. Själva termen 'welfare-state' myntas ironiskt nog under brinnande krig för att ena det klassdelade England i kampen mot Nazi-Tyskland, vilket innebar de konservativas anslutning till idén, Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 99f. Något liknande kan kanske sägas ske också i Sverige, där arbetarklassens emancipationskrav inordnas i det rådande systemet under den samlande beteckningen 'Folkhemmet', framburet av socialdemokratin under 1930- och 40-talen.

²⁸⁸ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 144, Gough *Välfärdsstatens politiska ekonomi* (1985) s 92 och Eriksson *Legalstrategiens möjligheter* (1975a) s 4f.

²⁸⁹ Ett typiskt uttryck för sk intervenerande normer, se Hydén *Rättens samhälleliga funktioner* (1978) kap 7.3, 8.3-4 och *Marxistisk rättsteori* (1979) s 79f.

²⁹⁰ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 2.

²⁹¹ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 130f.

²⁹² Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 118.

Tillsammans med en ökad social 'tolkning' och intresseorganisationernas allt större inflytande som remissinstanser i lagstiftningsärenden, är det ur effektivitetssynpunkt opraktiskt att binda förvaltningen vid en detaljlagstiftning, utan en ökning av bruket av generalklausuler och 'vaga', 'elastiska', 'öppna' lagar sker, vars innehåll preciseras med en administrativ praxis. Det är således fråga om en delegation till förvaltningen där tyngdpunkten för skapande av rättsnormer förflyttats till verkställighetsorganen, dvs en förskjutning av normbesluten. Vissa djupgående förändringar sker alltså; dels förändringar i lagstiftningstekniken (från metodinriktade regler till resultatorienterade, elastiska normer, öppna generalklausuler, en inriktning på målstyrning), dels en öppning av rättssystemet i riktning mot att använda rättskällor av mer intressebunden karaktär; dels förändring i lagstiftningstakten, där rättsregler kanske är i kraft något eller ett par decennier. Denna öppning av själva rättssystemet av politisk och ekonomisk karaktär, innebär givetvis inte något nytt fenomen; rättsordningen har alltid haft dessa förutsättningar, effekter och funktioner. Skillnaden är att dessa får en explicit utformning.²⁹³ Övergången från metodinriktade till resultatorienterade regler, från bindande till mindre bindande regler samt en uttrycklig målstyrning och givet en emfas på socialt balanserade resultat, innebär att rättsvetenskapen blandas med andra vetenskapliga grenar, såsom sociologi, ekonomi, statsvetenskap mm. Denna icke-juridiska expertis och sakkunskap har en annan logik än den binära rättstekniken, dvs "vetenskapen [vil] ofte være probabilistisk, eksperimenterende og ende med alternative snarere enn definitive løsninger."²⁹⁴

Stig Strömholm har påpekat hur domsmotiveringen under perioden går mot en friare och mer allsidig argumentationsstil och en fyllig redovisning av relevanta sakförhållanden; därutöver förekommer öppna hänvisningar till lagmotiv. På domsmotiveringens område sker en övergång från det tidigare 'syllogistiska stadiet' (1874-1900) till det formella (1900-1948), där den fritt stiliserade och resonerande formen av beslutsmotiveringen också kännetecknas "av en allmän växande insikt om samhällsutvecklingens förändrade krav."²⁹⁵

Nonet/Selznick menar att den moderna välfärdsstatens rättssystem kännetecknas av en *responsiv rätt* och nyckelordet för den är *ändamål*: endast ett rättssystem som är socialt ändamålsenligt har möjlighet att kombinera integritet (autonomi) och öppenhet (flexibilitet). Det förutsätter dock att ändamålet kan "be objective enough and authoritative enough to control adaptive rule making."²⁹⁶ Men det finns vissa risker med en alltför långt gående ändamålsenlighet.

Det övergripande målet för den responsiva rätten kan, till skillnad från den autonoma rättens grundvärde i legitimitet, betecknas som *kompetens*, alltså en

²⁹³ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettsikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 467ff.

²⁹⁴ Aubert *Rettsikkerhetsyndromet* (1986) s 50.

²⁹⁵ Strömholm *Rättigheter mot det allmänna. Några anteckningar till ett skede i den moderna rättsstatsideologins tidiga utveckling* (1977) s 337.

²⁹⁶ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 77.

utvecklad förmåga till samhällelig problemlösning varmed rättens trovärdighet blir avhängig i vilken utsträckning den förmår uppfylla reell och innehållslig (substantiell) rättvisa. Rättstillämpningens utrymme för skönmässiga bedömningar är utvidgad och resultatorienterad: den rättsliga argumentationen är starkt målinriktad med en bred kunskapsmässig och kognitiv kompetens. Denna samhälleliga inriktning att lösa sociala problem gör att den autonoma rättens strikta maktindelning frångås, dock utan att bli underordnad den politiska makten: snarare kännetecknas den responsiva rätten av att rättsliga och politiska strävanden tenderar att sammanfalla – med andra ord, maktintegration. De rättsliga normerna kommer i ökad grad att underordnas principer och 'policies,' dvs mål- och resultatstyrning med samhälleligt angivna mål.²⁹⁷

Under den välfärdsstatliga epoken bygger rätten på en materiell rationalitet, där rättens justifikationsgrund är beroende av i vilken mån olika ekonomiska och sociala problem kan lösas²⁹⁸ – den samhälleliga rationaliteten går, enligt Weber, från en formell rationalitet till en materiell sådan. Det är här fråga om en direkt resultatorienterad rätt. Med *målrationalitet* avses att den juridiska argumentationen bygger på ett val av medel för att uppnå målet, utifrån kausalvetenskapliga kunskaper eller antaganden.²⁹⁹

Håkan Hydén har utifrån en normtypologi preciserat dels olika argumentationsmodeller, i linje med det ovan anförda, dels de härmed förbundna beslutsorganens kännetecken. Hydén skiljer mellan tre huvudsakliga rättsliga regeltyper: konstituerande regler, handläggningsregler samt, de kanske mest intressanta, handlingsregler, som innehåller anvisningar om vad som skall göras. Handlingsreglerna kan i sin tur indelas i pliktnormer, avvägningsnormer och målmedelnormer. *Pliktnormer* är uppbyggda kring den klassiska konditionala satsen om-så eller med andra ord efter rättsfakta och rättsföljd; regeln är "självtilräcklig när det gäller att bestämma beslutets innehåll. Ur rättsregeln kan man dra

²⁹⁷ Rättsteoretiskt har den responsiva rätten haft de främsta förespråkarna inom den rättsrealistiska traditionen. I denna mening synes den responsiva rätten tidsmässigt vara ett 1900-tals fenomen. Nonet/Selznick nämner sådana representanter för den amerikanska realismen som Roscoe Pound och Jerome Frank: enligt den senare syftade realismen till att göra rätten "more responsive to social needs," *Law and Society in Transition* (1978) s 73. Huruvida man kan inskriva den skandinaviska realismen och Uppsalaskolan däri låter sig inte besvaras så enkelt som genom en tidsmässig epokering. Särskilt skulle emellertid Lundstedt och Ekelöf kunna vara tänkbara kandidater till en realistisk responsiv rättssyn. Enligt Nonet/Selznick var ett av realismens temata att "open up the boundaries of legal knowledge" vilket innebar att "legal institutions were to give up the insular safety of autonomous law and become more dynamic instruments of social ordering and social change. In that reconstruction activism, openness, and cognitive competence would combine as basic motifs," *Law and Society in Transition* (1978) s 74.

²⁹⁸ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) och Wilhelmsson *Behovsrationellt och reflexivt i rättsdogmatiken* (1988).

²⁹⁹ Aubert *Rättens sosiale funksjon* (1976) s 31f. Den målrationella modellen benämns av Eriksson med den kanske mer träffande beteckningen 'praktisk-utilitaristiska argumentationen,' *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 26.

slutsatser om vilket beteende som är påbjudet eller förbjudet i olika situationer.”³⁰⁰ *Avvägningsnormer* kännetecknas ”av att regeln anger vilka intressen som skall vägas in vid beslutsfattandet och hur dessa intressen skall vägas mot varandra.”³⁰¹ *Mål-medelnormerna*, slutligen, ”innehåller målangivelser som kan vara mer eller mindre preciserade. De anger också medel för att nå de angivna målen.”³⁰² Skillnaden mellan pliktnormer och mål-medelnormer ”är att man inte direkt utifrån normen kan dra slutsatser om önskvärt beteende. Härutöver krävs någonting mer, nämligen kunskap om det bästa sättet att nå målen.”³⁰³

Till denna normtypologi ansluter vissa argumentationsmodeller: Hydén skiljer mellan den normrationella modellen, intresseavvägningsmodellen samt den målrationella modellen. Till den *normrationella modellen* hänför Hydén pliktnormerna och argumentationen är subsumtionslogisk, dvs fakta subsumeras under regeln som anger svaret på rättsfrågan: normen är alltså styrande för det juridiska beslutsfattandet och det viktiga är att normen tillämpats på ett korrekt sätt. *Intresseavvägningsmodellen* kännetecknas av avvägningsnormer varvid argumentationen explicerar förekommande intressen och argument för hur dessa skall avvägas mot varandra. Beslutet måste beakta de angivna intressena och företa en normativt korrekt avvägning. Den *målrationella modellen* tar utgångspunkt i att försöka förutse konsekvenserna av beslutet, den är alltså konsekvensinriktad och relaterad till mål-medelnormer. Till skillnad från den normrationella modellen, som är inriktad på normativa ställningstaganden, är den målrationella modellen istället och naturligen knuten till ställningstaganden om kausala relationer, dvs ett kunskapsproblem. Juristinslaget i de olika argumentationsmodellerna varierar: i den normrationella modellen dominerar juristerna och juridisk sakkunskap, den är vidare domstolscentrerad; i intresseavvägningsmodellen kompletteras juristernas sakkunskap av partsrepresentanter och i den målrationella beslutsmodellen dominerar fackmässig kunskap och olika experters medverkan, varvid beslutsfattandet oftast sker inom myndighetsutövning.³⁰⁴ Rent allmänt kan en ramlag beskrivas som att den har ”ett delvis ofullständigt normativt innehåll”³⁰⁵ som behöver kompletteras med närmre föreskrifter och praxis av rättsligt eller annat slag.

Hydén menar att målmodellen träffar avgöranden ”med utgångspunkt från en förutsägelse av konsekvenserna av beslutet. Modellen är relaterad till målmedelnormerna. Argumentationen är nyttoorienterad och syftar till ett optimalt uppfyllande av målangivelserna. De bedömningar som beslutsfattaren tvingas till kännetecknas av av överväganden *ex ante*, dvs beslutsfattaren skall göra förutsägelser om framtiden av vilka nyttyospunkter som är knutna till verkningarna av beslutet [...] i den målrationella modellen stor utsträckning är en fråga om ställ-

³⁰⁰ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 22.

³⁰¹ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 23.

³⁰² Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 23.

³⁰³ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 23.

³⁰⁴ Se Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 26f.

³⁰⁵ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 1.

ningstaganden till kausala relationer” vilket är ett kunskapsproblem, till skillnad från den normrationella modellen som är ett normativt problem.³⁰⁶ Kaarlo Tuori hävdar att ”den rättsliga argumentationen [förlorar] sin särprägel i förhållande till t ex den politiska och ekonomiska diskursen. Rättens autonomi minskar såväl i normativt-innehållsligt och metodologiskt som i institutionellt och professionellt hänseende.”³⁰⁷ Detta tillstånd sker på bekostnad av den traditionella subsumtionsmodellens formella normrationalitet till fördel för en målrationalitet där förutsebarhetsargument konkurrerar med ökande inslag av intresse- och behovsövertväganden.³⁰⁸ Medan normrationaliteten främst är avpassad efter ett rättsligt system med klart utformade regler, styrs den målrationala argumentationen utifrån målrelaterade normer med stark betoning på social-kausala relationer och stöder sig icke enbart på juridisk argumentation.

Lars D. Eriksson har uppmärksammat att den målrationala argumentationen innefattar två olika former av rationalitet; dels en *systemorienterad* målrational modell, dels en *behovsorienterad* målrational modell. Den *systemorienterade* modellens syfte är visserligen att de rättsliga beslutens sociala innehåll och konsekvenser beaktas, men målet är likväl satt utifrån det sociala systemet; det är fråga om att med vissa medel uppnå en samhälllig balans och sammanhållning. Modellen styrs därmed av intresseavvägningar och kompromisser, som syftar till socialt balanserade resultat. De sociala rättigheterna blir här, såvitt jag kan se, endast ett medel för systembalans och alltså inget reellt tillgodoseende av det konkreta innehållet.³⁰⁹ Den *behovsorienterade* modellen däremot, utgår i likhet med den systemorienterade modellen också från de sociala konsekvenserna, men till skillnad från denna, tar den sikte på ”tillfredsställelse av konkreta sociala behov (konkret rättvisa)” och ”effekter för samhällsmedlemmarnas konkreta och sociala behov.”³¹⁰ De sociala rättigheterna blir, till skillnad från ovan, ett mål. Modellen kan, enligt Eriksson, skapa förutsättningar för en kritisk och öppen diskussion.

Den behovsrationella modellen innebär, att rättssäkerheten frångås och bryter med normrationalitetens formella förutsebarhetskriterier, till förmån för en ökad social tolkning med en kausal helhetsbedömning med betoning på en social-politisk ’förutsebarhet’ som lägger tonvikten på en systematisk kontroll av den rättstillämpande myndigheten, för att motverka godtycke den vägen. Dessa socialpolitiska hänseenden skulle, såsom ett rättssäkerhetskrav, vara mer inriktade på det rättsliga beslutets sociala innehåll.

Det betecknande med målrationalitet är att den samtidigt är öppen men också komplex: dess styrka är just dess elasticitet, men detta lämnar å andra sidan stör-

³⁰⁶ Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 26.

³⁰⁷ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 189f.

³⁰⁸ Eriksson *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 33.

³⁰⁹ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 47ff.

³¹⁰ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 47 och *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980) s 109.

re skönsmässigt handlingsutrymme åt rättstillämparna. Det kan innebära, att den "stärker statsbyråkratins ställning genom att den ger denna ökade möjligheter att i sin rättstillämpning förverkliga egna målsättningar,"³¹¹ men samtidigt kan den målrationella argumentationen skapa "reella förutsättningar för en kritisk diskussion och debatt om de konkreta rättsliga avgörandena. Först i och med den målrationella modellen blir det möjligt att börja utöva en systematisk kontroll av den rättstillämpande verksamheten."³¹² Skillnaden mellan de två slagen av målrationellitet är att de "behovsorienterade interventionistiska normerna har en dubbel karaktär. Deras behovsorientering kan uppfattas *antingen* som ett medel för att hålla samhället samman, deras funktion uppfattas då såsom *systemlegitimerande* eller som ett uttryck för deras verkliga syfte, deras funktion uppfattas då såsom *systemförändrande*."³¹³ Det var just denna systemförändrade potential som var grundläggande i den legalstrategiska debatten och nynormativistiska riktningarna inom rättsvetenskapen på 1970- och 80-talen. Det återstår att se om denna modell fortfarande kan ha offensiva systemförändrande drag eller om den tvärtom befinner sig på defensiv reträtt.

Även om subsumtionsmodellen är utmärkande för rättsstaten, där värden och intressen i princip inte godtas i tolkningen, skall man därav inte dra slutsatsen, enligt Eriksson, att den spelat ut sin roll, tvärtom är den fortfarande användbar "på det som man kunde kalla rättsskyddssektorerna, där den enskilde står mot statsmakten och där gruppintressen och statsintressen ej är direkt involverade."³¹⁴ Jag kommer strax till detta – och särskilt intressant blir frågan när rättssäkerhetsproblematiken nalkas.³¹⁵

Liksom den repressiva och den autonoma rätten har ock den responsiva rätten sina klara begränsningar och riskerna med en för långt gången responsiv rätt är enligt Nonet/Selznick bland annat:

- att en rent instrumentell syn på rätten utvecklas, dvs rätten tenderar att bli blott ett okritiskt instrument för statsmaktens policies. Detta medför i sin tur att rättens möjligheter att kontrollera just makten och staten kan omintetgöras.³¹⁶

- en risk härmed är att ett alltför öppet rättssystem (öppet för politiska influenser mm) förlorar möjligheten till maktbalans i samhället: öppenheten kan övergå i opportunism och, i värsta fall, återgå i repression.³¹⁷

- det som är styrkan hos den responsiva rätten, nämligen dess öppna ändamålsenlighet och hänsyn till olika värden – "values are always multiple, interdependent, and potentially conflicting"³¹⁸ – kan också vara dess svaghet. Svagheten kan

³¹¹ Eriksson *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 50.

³¹² Eriksson *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 50.

³¹³ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 50.

³¹⁴ Eriksson *Utkast till en marxistisk jurisprudence* (1979b) s 44.

³¹⁵ Se vidare diskussion i kapitel 5 och 6.

³¹⁶ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 74ff.

³¹⁷ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 76.

³¹⁸ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 85.

bestå i en ad hoc-lagstiftning där mål och intressen sammanblandas – kort sagt en pragmatism.

- den responsiva rättens flexibilitet tenderar att frångå sedvanliga krav på förutsebarhet.³¹⁹

Nonet/Selznick hävdar att i den responsiva rätten “the authority of rules is weakened; discretion is enlarged; [...] legal argument is less easily distinguishable from policy analysis; and legal institutions become at once more accessible and more vulnerable. These conditions create a risk of regression from responsiveness to repression.”³²⁰ Den responsiva rätten kan således slå tillbaka i repressiv rätt: eller mer precis, den moderna välfärdsrättens starka inslag av responsivitet kan ge vika för repressiva mönster – och kritiken att välfärdsstaten besitter starka paternalistiska drag är välbekant.

3.5.5 Efter välfärdsstaten?

Problemet med välfärdsregleringen hänger, enligt Hydéns diagnos, samman med att lagstiftningen inriktas på symptomen än själva orsaken till dessa, beroende på att välfärdsstaten till väsentliga delar bygger på marknadsekonomins fundament och att regleringen huvudsakligen är inriktad på de dysfunktioner som uppstår på grund av denna. Välfärdsstaten har därmed, menar Hydén, endast i ringa grad förmått vara inställd på behovstillfredsställelse³²¹ – och, omvänt, mer inställd på systemrationalitet för att nu begagna Erikssons språkbruk. Då dess lagstiftning har varit ad hoc-betonad, har det samtidigt medfört en okontrollerad regelutväxt med följande överinterveneringskris. Ett svar på dessa problem har varit omfattande avreglering, marknadsanpassning och självreglering. Men inte heller dessa lösningar har löst det grundläggande problemet utan har lett till ett *styrningstekniskt dilemma*, enligt Hydén, vilket består i att ”vi kan nå en effektivisering på kort sikt genom att marknadsorientera den statliga politiken, samtidigt som vi försvårar lösningar som på lång sikt skulle lösa problemen. En långsiktig styrningssideologi borde sträva efter att upplösa de interna motsättningar som strukturellt hotar det goda.”³²² Det krävs organisatoriska förändringar för att uppnå en genuin behovstillfredsställelse. Här tydliggörs så begränsningen i den responsiva rätten och också övergången till nya reglerings- och rättsformer. Frågan inställer sig alltså naturligen om vad som kan tänkas efterträda den responsiva rätten och välfärdsstatens rättssystem. Ett av problemen med den överreglerade responsiva rätten är att den huvudsakligen är reaktiv, dvs svarar på missförhållanden orsakade av marknaden, och att den välfärdsstatliga rätten i mångt och mycket varit systemkonform. Ett svar på denna överreglering består i att utveckla

³¹⁹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 87, 92.

³²⁰ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 117.

³²¹ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 78f.

³²² Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 78f.

rättsliga möjligheter för att förebygga latent konflikter innan de blivit manifesterade, som Hydén uttrycker det. I syfte att uppnå detta krävs att rätten på ett tidigt stadium låter berörda intressen och parter att kommunicera utan ovanstyrda direktiv: det krävs med andra ord ett diskursivt utrymme för självreglerande mekanismer. Rätten kan därigenom få en integrativ funktion.³²³ Dessa tankegångar återfinns i den av Gunther Teubner lanserade teorin om *reflexiv rätt*, som vidareutvecklade och mer grundligt problematiserade Nonet/Selznicks responsiva rätt med hjälp av förklaringar utifrån Jürgen Habermas' och Niklas Luhmanns teorier. Enligt Teubner har Nonet/Selznick i beskrivningen av den responsiva rätten inte i tillräcklig grad uppmärksammat att den responsiva rätten i själva verket innehåller två rationalitetsformer: dels den allmänna målorienterade materialiseringen av rätten, vilken redan Weber kunde diagnosticera som materiell rationalitet, men också starka inslag av procedurorienterade program, av Teubner benämnt som reflexiv rationalitet. Medan den materiella (mål)rationaliteten är inriktad på bestämda värden som skall realiseras och ger upphov till en substantiell rätt enligt Teubner, skapar den reflexiva rationaliteten "ramar för den framtida utvecklingen utan att ange konkreta materiella värden som skall realiseras" – det är här frågan om en processuell form av rationalitet.³²⁴

Teubner indelar, utifrån Jürgen Habermas, rättens olika funktioner i olika dimensioner av rationalitet: en dimension som rör rättens rättfärdigande (genom normrationalitet), en dimension avseende rättens externa funktioner (systemrationalitet) och rättens interna struktur (intern rationalitet).³²⁵ Varje dimension har annorlunda inslag beroende på vilken rättstyp det är frågan om, enligt följande:³²⁶

³²³ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 80f.

³²⁴ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 250f och Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 100.

³²⁵ Om Teubners referenser till Habermas, se *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 252.

³²⁶ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 257. Den svenska översättningen från Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 100, med smärre justeringar av mig. Med mindre modifikation i Teubners diagram (där första och andra dimensionerna byter plats) sammanfaller den med distinktionerna i rättsfält (systemrationalitet enligt Habermas/Teubner), rättssystem (normrationalitet enligt Habermas/Teubner) samt rättsordning (intern rationalitet enligt Habermas/Teubner).

Figur 3.6.

Typer:

	Formell rätt	Substantiell rätt	Reflexiv rätt
<i>Dimensioner:</i>			
Rättens externa funktioner (system- rationalitet)	Strukturella yttre Förutsättningar för mobilisering och allokering av resurser i en utvecklad marknads- ekonomi och legitimering av det politiska systemet	Instrumentella inskränkningar i marknadsstyrda mönster och beslutsstrukturer	Re/strukturerar system för intern diskurs och extern samverkan
Rättens legitimitet (norm- rationalitet)	Individualism och autonomi. Anger gränser för privata aktörers handlande	Kollektiv reglering av sociala och ekonomiska aktiviteter och kompensa- sation av brister i marknaden	Kontrollerar självreg- lering. Koordinering av rekursiva former för social samverkan
Rättens interna funktioner (intern rationalitet)	Regelorientering: abstrakt konstruerade regler tillämpade enligt deduktiv logik	Målorientering: målrelaterade handlingsprogram implement- erade genom bestämmelser, riktlinjer och principer	Procedurorientering: relationsorienterade institutionella struktu- rer och beslutsprocesser

Då den reflexiva rätten bygger på självreglering och decentralisering, innehåller den en radikal potential för direktdemokrati. Detta förutsätter dock att de svaga grupperna erhåller en faktisk diskursiv möjlighet att påverka de nära besluten och idealt sett bör då rätten snarare reglera de procedurala ramarna – de yttre legala ramverken – inom vilka berörda intressen kan formulera adekvata regleringstekniker. Dessa kan, enligt både Luhmann och Habermas, inte regleras från systemets håll, utan måste frammanas genom självreglerande mekanismer i de olika sub-systemen själva: den integrativa och sammanhållande funktionen är de enskilda subsystemen var för sig icke mäktiga, utan det bör snarast utvecklas en ömsesidigt stödjande struktur. I ett decentraliserat samhälle (post-modernt samhälle, globaliserat samhälle eller ett nätverkssamhälle) kan regleringen inte vara centraliserad: Luhmann hävdar, att ett modernt funktionellt differentierat samhälle "requires a displacement of integrative mechanisms from the level of the society to the level of sub-systems."³²⁷ Vi kan, enligt Teubner, inte längre förvänta oss universella lösningar på problem i dagens samhälle:

³²⁷ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 272, med hänvisning till Luhmann *The Differentiation of Society*. Luhmann har presenterat en syn på samhället där

However, in the light of functional differentiation, one can no longer hope for universal legitimation structures, for a generally applicable morality of discourse, or for a common procedure of reflexion. The legal prerequisites for reflexion processes in, for example, the economy or in politics differ greatly from what will be required by the educational system. Thus, law must act at the subsystem-specific level to install, correct, and redefine democratic self-regulatory mechanisms. Law's role is to decide about decisions, regulate regulations, and establish structural premises for future decisions in terms of organization, procedure, and competencies.³²⁸

Vad betyder då detta? Jo, att de olika systemen – de olika *normerande systemen* – tillåts utveckla *områdesspecifik reglering*. Det vill säga, att varje delområdes reglering måste baseras på det områdets specifika lokala logik eller rationalitet. Så långt är allt väl, men hur undvika att de olika subsystemen dominerar varandra, eller mer specifikt; hur undvika att en rationalitetsform dominerar i ett annat subsystem? Det centrala i den reflexiva rätten är just att subsystemen reflekterar över och begränsar sig till den egna rationaliteten, så att säga. Ett decentraliserat och självreglerande subsystem betyder inte en total avsaknad av reglering, tvärtom behövs nya former av restriktioner för de olika subsystemen. Den reflexiva rätten ”rely on procedural norms that regulate processes, organization, and the distribution of rights and competencies,” enligt Teubner.³²⁹ Den reflexiva rätten har en vision av att *via* de olika subsystemen prestera en förbättrad integrativ samhällsfunktion, än vad den responsiva rätten förmår tillhandahålla på systemets villkor. Det är alltså ett försök att byta ut en interventionistisk systemreglering mot interna kontrollmekanismer och indirekt reglering. Den fara Nonet/Selznick såg i att välfärdsstatens rätt utvecklas till ett okritiskt instrumentellt regleringsredskap (instrumentalism), hoppas Teubner kunna övervinnas genom reflexiva arrangemang.³³⁰

Avreglering är således inte nog för samhällelig integrationseffektivitet, utan nya regleringsformer är också av nöden: alltså, kontroll och reglering av självregleringen.³³¹ Hydén menar att den reflexiva rätten i stor utsträckning därför i ett initialt skede måste använda en annan normlösning och normtypologi än vad den responsiva rätten nyttjar, nämligen konstituerande regler och kompetensregler.³³² Därmed inte sagt att den reflexiva rätten är nödvändigt låst vid dessa regleringstyper: Hydén hävdar att den reflexiva rätten mycket väl kan utveckla formalise-

det beroende på dess utvecklingsstadier kan karakteriseras som segmenterat, stratifierat eller differentierat. I anslutning till dessa typologier återfins motsvarande rättsliga stadier: från arkaisk rätt över en för-modern hierarkisk rätt till den positiva moderna rätten av idag, se *A Sociological Theory of Law* (1985) särskilt kapitel 3 och Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 263f.

³²⁸ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 275.

³²⁹ Teubner *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* (1983) s 255.

³³⁰ Teubner *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law* (1985) och *Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankeburg* (1984).

³³¹ Teubner *Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions* (1987) s 33, 40.

³³² Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 80, s 101.

rade pliktnormer om någon form av etablerad position uppnåtts, men att dessa varken kommer att ha samma karaktär eller omfång som dagens normer.³³³

I vilka samhälleliga sektorer och rättsliga delområden är då reflexiv önskvärd och, kanske, nödvändig? Ja, frågan är inte helt lätt att besvara. Det är framför allt osäkert i vilken utsträckning välfärdsstatens responsiva rätt ersatts med reflexiv reglering. Håkan Hydén har tydliggjort Teubners tankar med hjälp av de motivationssystem samhället grovt sett kan indelas i, nämligen självreglerande, intervenerande och planerande system i vilka rätten erhåller olika funktioner.³³⁴ I ett *självreglerande system*,³³⁵ varvid det marknadsekonomiska är dominerande idag, är rättens roll att tillhandahålla normer som hjälper systemet att reproducera sig självt; dessa normer är beroende av stats- och tvångsmakt. Den typiska regleringen är civil- och straffrätt med ett starkt inslag av pliktnormer och normrationell argumentation. Reglerna som hänför sig till det *intervenerande systemet* handlar i stor utsträckning om att påverka de negativa och icke avsedda konsekvenserna av självreglerande system; de typiska intervenerande normerna avser ofta att reglera just effekterna av marknadsekonomi (såsom arbetsrätt, miljölagstiftning mm); dessa rättsnormer är huvudsakligen av avvägningskaraktär. De *planerande systemen* är, menar Hydén, beroende av de självreglerande systemen och kompletterar på olika sätt dessa (i vårt samhälle kompletterar de marknadsekonomi) och utgör stödfunktioner till dem. Exempel är hälso- och sjukvård, utbildning, infrastruktur mm. Rätten effektuerar vissa politiska värden medelst mål-medelnormer och målstyrning.

Hydén menar nu att välfärdsstatens regleringskris uppstår på grund av en kraftig tillväxt av rättsregler inom de intervenerande och planerande systemen. Överinterveneringen har bestått i att rätten inriktats på att reglera *verkningarna* av det marknadsekonomiska självreglerande systemet genom att fokusera på de intervenerande och planerande systemen. Välfärdsrätten har, som tidigare nämnts, alltså angripit själva lövverket men inte roten – verkningarna men inte orsaken. Hydén menar att samhället och rätten således har genomgått ”en tyngdpunktsförskjutning från självreglerat marknadssystem över intervenerande och planerande system.”³³⁶ Att ytterligare tynga rätten med avvägnings- och målmedel-normer är inte längre framkomligt; inte heller att använda normrationella pliktnormer, utan applicerat på Teubners diagnos, betyder det att den reflexiva rätten kännetecknas av konstituerande normer och procedurregler. Tanken är

³³³ Hydén *Reflexiv rätt och reglering* (1988) s 146.

³³⁴ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 104-114 samt *Reflexiv rätt och reglering* (1988) s 124-132. För en mer överskådlig framställning, se Åström *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning* (1988) s 52.

³³⁵ En viss försiktighet anmodas här: med självreglerande system avser Hydén inte alls detsamma som Teubners självreglering. En bättre term, om jag får framföra ett förslag, vore att reservera begreppet autonoma system för Hydéns term – det torde ge lättare associationer till Nonet/Selznicks autonoma rätt, med vilken det hydénska självreglerande systemet har mer gemensamt, såvitt jag kan avgöra.

³³⁶ Hydén *Reflexiv rätt och reglering* (1988) s 132.

då att dessa skall lösa överinterveneringen. Är den reflexiva rätten alltså ett gott remedium? Hydén hävdar att den reflexiva rätten kan bejakas inom vissa delar av de planerande systemen, men ställer sig skeptisk och avvaktande till dess användning inom de intervenerande systemen. I ett intervenerande system tenderar rätten att betona systemets krav (och inte behovens) och de intervenerande normerna blir instrumentella för systemets balans, med ansatser till korporativa inslag där maktstarka intressen får gehör. Men den reflexiva rätten kan också gå i en ”kommunikativ, individorienterad riktning med direktdemokratiska inslag”³³⁷ genom att ”konstituerande- och procedurregler garantera att lösningen av målkonflikterna äger rum i en kommunikativ process där lämpliga lösningar diskuteras fram av de som i varje särskilt fall berörs av konflikten.”³³⁸ Det finns således såväl fördelar som vissa inneboende faror med den reflexiva rätten som kan medföra att de emancipatoriska ansatserna kommer i skymundan, eller som Thomas Wilhelmsson hävdar: ”behovsrationaliteten bör inte tillåtas bli dränkt av reflexivitetens modevåg.”³³⁹

Vad innebär nu allt detta för avhandlingens vidkommande? Jo, intressant blir det när det kan konstateras att den moderna socialrätten (i stort) kan sägas vara ett planerande system, där den reflexiva rätten, enligt Hydén, skulle kunna ha viss framgång. Åström har karakteriserat socialpolitiken som ett planerande system och socialtjänstlagen som uppbyggd kring konstituerande och processuella regler.³⁴⁰

Schematiskt återges det som hittills nämnts (nedanstående illustration skall återanvändas i avsnitt 6.1.1):

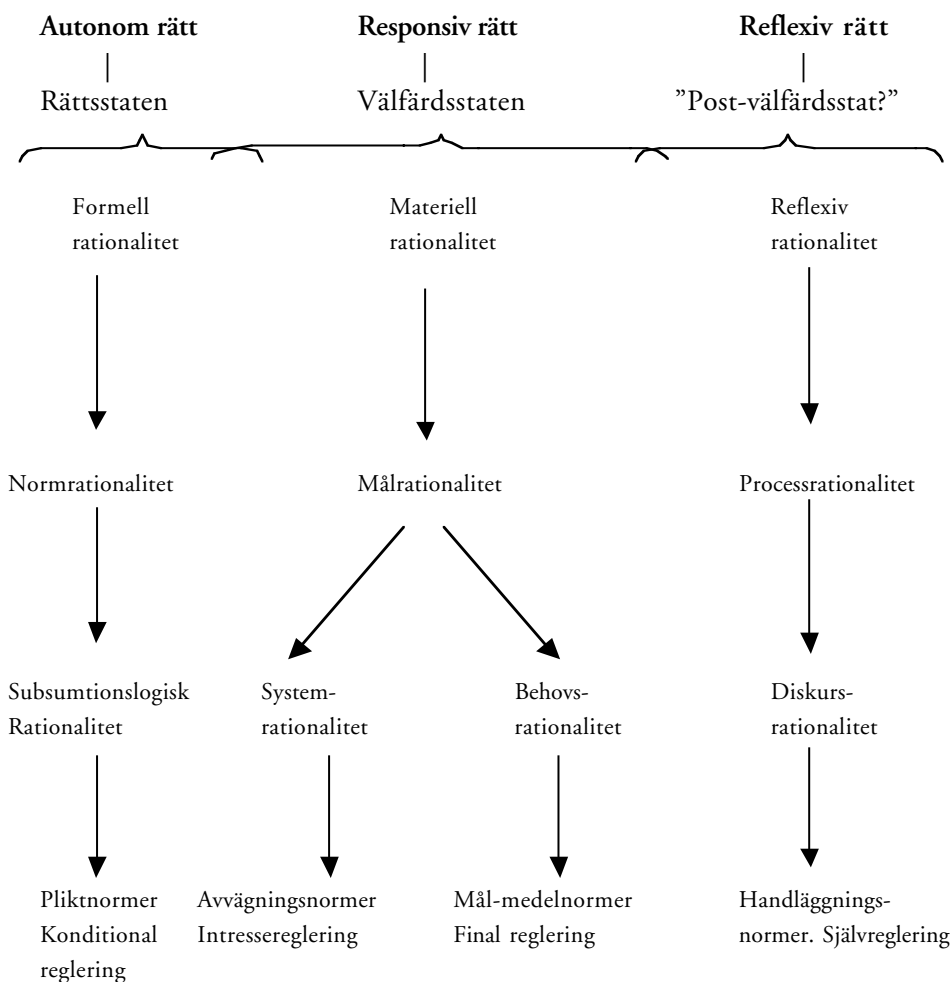
³³⁷ Hydén *Reflexiv rätt och reglering* (1988) s 146.

³³⁸ Hydén *Reflexiv rätt och reglering* (1988) s 142.

³³⁹ Wilhelmsson *Behovsrationalitet och reflexivt i rättsdogmatiken* (1988) s 233.

³⁴⁰ Åström *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning* (1988) s 57 och *Normbildning och beslutsfattande* (1998) s 96f.

Figur 3.7.



Illustrationen kombinerar, som synes, Lars D Erikssons argumentationsmodeller med Hydéns normtypologi och Teubners rationalitetsformer. Thomas Wilhelmsson har framhävt vissa likheter mellan den behovsrationala modellen och den reflexiva rättens inneboende möjligheter. Även om det syfte som präglar den reflexiva rätten främst bärs upp av en motivering till effektivitetshänsyn för en fungerande reglering, så ger ändå de eftertryckliga kraven på själv- och medbestämmande samt när- och direktdemokrati upphov till möjligheter för de inblandade att medverka i beslutsprocessen. Enligt Wilhelmsson så innebär detta ”att möjligheterna för de inblandade att artikulera sina konkreta och reella behov och att få dem beaktade i ett rättsligt sammanhang ökar. Beträktad på detta sätt förefaller den reflexiva rätten uppbäras av mål som ligger nära det behovsrationala

synsättet.”³⁴¹ Att de behovsrationella anslagen beaktas inom ramen för en reflexiv självreglerande rätt, är förbundet med i vilken utsträckning ett decentraliserat och självreglerande subsystem (såsom det socio-kulturella) förmår frigöra sig från ovidkommande maktanspråk (som det marknadsekonomiska). Och just här ligger en fara med den reflexiva rätten påpekar Hans Petter Graver, som menar att den reflexiva rätten inte automatiskt innebär att det ges utrymme att bryta med mer vitala samhälleliga maktintressen.³⁴² Särskilt markant blir den inneboende konflikten mellan demokratiskt deltagande och ekonomiskt krav på lönsamhet, där den ekonomiska rationaliteten kan komma att övertrumfa behovsrationeliteten. Lars D Eriksson framför vissa kritiska invändningar mot den reflexiva rätten; dels att det kan finnas vissa subsystem som alls inte lämpar sig för procedural reglering, dels att en proceduralisering inte nödvändigtvis utgör en garanti mot överreglering samt, kanske de viktigaste, frågetecknen i Teubners teori rörande det ekonomiska subsystemets reflexivitet. Eriksson efterlyser en motsvarande decentralisering och demokratisering av den ekonomiska ordningen för att den reflexiva rätten skall kunna sjösättas,³⁴³ och då kan knappast privatiseringar regera i ensamt majestät.

Hydén nämnde ovan att den reflexiva rätten kan utveckla pliktnormer, ehuru med annorlunda innehåll och funktion: och det är här som förslagen till välfärdsstrategierna blir olika. Kaarlo Tuori hävdar exempelvis att: ”välfärdsstaten kan sträva till att förverkliga den substantiella rättvisans krav också med hjälp av regleringar vilka stöder sig på exakta begrepp och ett konditionalt program.”³⁴⁴ Tuori belyser ganska väl min uppfattning att dagens socialrätt för närvarande befinner sig i ett instabilt läge kännetecknat av rörelser i olika riktningar; delvis tillbaka mot en klassisk normrationalitet via ett systemrationellt mellanled, men också i riktning mot en fördjupad diskursrationalitet³⁴⁵ och utvecklad reflexiv rätt. Det finns starka skäl att vara skeptisk mot *såväl* en återgång till rättsstatsideologin *som* en obetänksam optimism inriktad mot en diffus utopi. I detta instabila läge är det av förklarliga skäl angeläget att utarbeta olika rättssäkerhetsgarantier och rättssäkerhetsmodeller.³⁴⁶

³⁴¹ Wilhelmsson *Behovsrationellt och reflexivt i rättsdogmatiken* (1988) s 228.

³⁴² Graver *Reflexiv rätt og makt* (1988) s 107f.

³⁴³ Eriksson *Till teorin om den reflexiva rätten* (1992a) s 123ff.

³⁴⁴ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?* (1988) s 198.

³⁴⁵ Se exempelvis Carlsson/Isacson *Hälsa, kommunikativt handlande och konfliktlösning* (1989) som betonar den Habermas-influerade ansatsen hos Teubner och tar fasta på den reflexiva rätten *procedurellt-egalitära rationalitet*, s 49.

³⁴⁶ Se kapitel 5 och 6.

3.6 Rättens förändringsprocesser i ett polyvalent perspektiv

De ovanstående förändringsprocesserna kan insättas i en polyvalent förståelseram (illustrerad av figur 3.5). Som har framgått så uppfattas Nonet/Selznicks teori i allmänhet som en beskrivning av rättens generella utvecklingsstadier vilken uppvisar starka evolutionära drag. Som redan nämnts, är utvecklingstanken inom rätten i högsta grad problematiskt,³⁴⁷ men det finns ett karakteristiskt, men ofta förbiset inslag i deras teori som rör pluralism. Den responsiva rätten, som alltså innefattar en kritik av den autonoma rättens regelcentrering, genererar eller förstärker, enligt Nonet/Selznick, pluralistiska tendenser i rätten. En konsekvens av den responsiva rätten är att rättskälleanteringen frångår de tämligen klara rättskällorna i den autonoma rätten, till att bli diffus och mångfaldig: "the accent [...] is on the multiplicity and diffuseness of the sources of law."³⁴⁸ Det vill med andra ord säga, att den responsiva rättens öppenhet genererar alltså *rättskällemässig mångfald* och tillika en *värdepluralism* – "the outcome is a regime of legal pluralism that has both the virtues and the vices of openness."³⁴⁹ Till fördelarna räknar de kunskapsbredden och att det rättsliga beslutsfattandet förs närmare de berörda; till nackdelarna givetvis en osäkerhet vad avser förutsebarheten.³⁵⁰ Jämförs denna teori om den responsiva rätten med den äldre rättspluralismen, är alltså en ökande pluralism (och polycentri) en framträdande egenskap hos de moderna samhällena, och alls inte ett 'primitivt' eller 'tidigare' stadium i rättsutvecklingen. Den ökande samhälleliga komplexiteten och rättens besvarande av denna medför – med *intern* nödvändighet, enligt Nonet/Selznick – en accelererande pluralism.

Vad avser evolutionsaspekterna, vår andra fråga i detta hänseende, exponerar Nonet/Selznick själva en viss ambivalens. Det framstår som något oklart om de exempelvis menar att repressiv rätt är ett tidigare och därmed passerat stadium i den rättsliga evolution de tecknar upp, eftersom de hävdar att "the most extreme manifestations of repressive law occur in the totalitarian superstate of modern times" samt att "repressive domination is sharply highlighted in the archaic and the totalitarian states."³⁵¹ Det vill säga, ett inslag både i arkaiska samhällen och

³⁴⁷ Se exempelvis Britt-Mari Blegvad *Nonet/Selznick og Teubner: ret, teori og empiri* (1988) s 156ff, 170f, som tvivlar på explikationsvärdet av teoriernas ganska vaga utvecklingsprognoser. Teubner menar att "socio-legal evolution should not be understood as a developmental universal that necessarily unfolds to reveal higher and higher stages of law and society," *Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankeburg* (1984) s 294.

³⁴⁸ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 95.

³⁴⁹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 104.

³⁵⁰ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 96-104.

³⁵¹ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 36.

moderna totalitära, men icke desto mindre välutvecklade och högindustriella samhällstyper.

Tar man fasta på Nonet/Selznicks reservationer vad avser de evolutionära tendenserna i deras typologi, kan konstateras att såväl repressiva som autonoma och responsiva inslag förekommer i alla rättsordningar, naturligtvis i varierande grad och omfattning.³⁵² Detta är något som Nonet/Selznick själva nämner *en passant*: “we recognize that no complex legal order, or sector of it, ever forms a fully coherent system; any given legal order or legal institution is likely to have a ‘mixed’ character, incorporating aspects of all three types of law.”³⁵³ Jag är därför böjd att hålla med Håkan Hydén som har framhävt att han inte ”betraktar [...] rättsutvecklingen som en evolutionsprocess där en rättsform ersätter en annan. Snarare ser jag det som att samhällsutvecklingen efter hand ställt krav på nya och andra rättsformer för att möta samhällsutvecklingens krav. Jag är därför mer benägen att betona det samtidiga inslaget av de olika rättstyper som nämnts. De olika rättstyperna förekommer enligt mitt förmenande idag parallellt med varandra men med skilda funktioner.”³⁵⁴ Dalberg-Larsen uppmärksammar också den blandade karaktär varje rättstyp innefattar och tillbakavisar samtidigt Nonet/Selznicks ambivalenta emfas på evolution och utveckling.³⁵⁵ När Lars D. Eriksson i sin ovan nämnda argumentationsanalys “hoppas kunna visa att det verkliga är fråga om en utveckling av argumentationsmönstren och inte enbart fråga om parallella argumentationsmönster,”³⁵⁶ vill jag naturligtvis hävda det motsatta, nämligen att det verkliga är frågan om *parallella* argumentationsmönster.

Jag menar att Nonet/Selznicks teori får ett drastiskt ökat förklaringsvärde, om den inte betraktas som en beskrivning av rättens linjära ackumulativa utveckling, utan som en teori om parallella rättsliga förlopp, eller med min terminologi, som en teori om förekomsten av olika parallella rättssystem. Vad jag här skulle vilja hävda är att typologin är användbar för att ange huvuddragen i olika rättssystem och deras parallella samexistens. Det kan alltså vara fruktbart att relatera dessa olika rättsliga varianter till nivån för rättssystem, vilka då medför verkningar på rättsordningen. Det innebär således att man *inte* kan påstå att rättens nuvarande läge uppvisar responsiv eller reflexiv rätt över hela rättsfältet, utan här existerar en blandning av dessa olika rättssystematiska typologier i rättsordningen. Det

³⁵² För aspekter på rättslig evolution, se Teubner *The transformation of law in the welfare state* (1986), *Introduction to autopoietic law* (1988), *Evolution of autopoietic law* (1988), *Blind legal evolution* (1993) och *Social regulation through reflexive law* (1993) samt Dalberg-Larsen *On the evolution of law and the importance of unintended consequences* (1989), Graver *Rationality and the development of law* (1989) och Rottleuthner *Legal evolution and the limits of law* (1989).

³⁵³ Nonet/Selznick *Law and Society in Transition* (1978) s 17.

³⁵⁴ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 103.

³⁵⁵ Se Dalberg-Larsen *Lige linjer, cirkler, trekanter eller spiraler i rettens og samfundets udvikling* (1988) s 187ff.

³⁵⁶ Eriksson *Om olika argumentationsmodeller* (1979a) s 26.

innebär heller inte att socialrätten är ensamt majestät i den responsiva rätten. Däremot kan man förvisso hävda att socialrätten har de, om än inte största, så åtminstone de mest framträdande dragen av responsiv rätt (se kommande kapitel).

Som tidigare nämnts medför förklaringsmodellen och antagandet om de parallella rättssystemen att vissa rättsstatliga grundföreställningar samexisterar med ett välfärdsstatligt rättssystem i dagens rättsordning. Liksom det rättsstatliga rättssystemet en gång infogades i en redan existerande feodal-absolut rättsordning, på samma sätt uppstår ett välfärdsstatligt rättssystem i en rättsordning dominerad av rättsstatlighet. Och troligtvis infogas i det välfärdsstatliga rättssystemet en kommande rättsform som vi ännu bara ser början på, men sannolikt kännetecknad av självreglering, globalisering, reflexivitet och decentralisering. Men inte heller denna rättsform är stabil – det är troligt att en själv- och avreglering kommer att bemötas med nya former av interventionistisk lagstiftning.

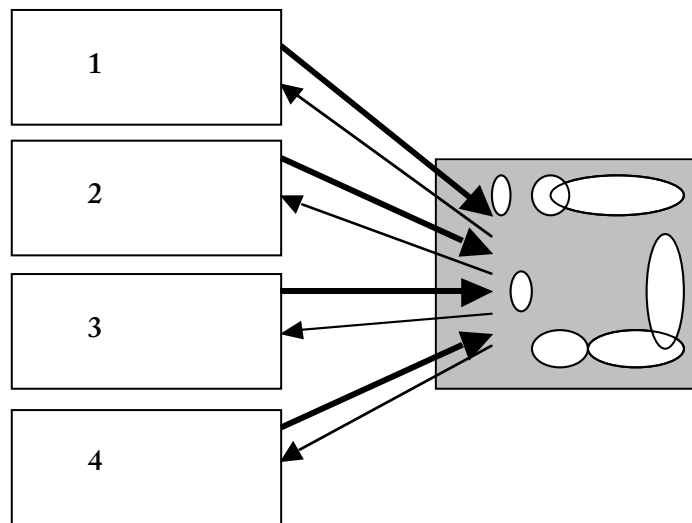
Ett centralt drag i Nonet/Selznicks teori är hur idealtypologierna kan regrediera tillbaka in i en föregående epoks tankemönster. Nonet/Selznick bygger delvis på en marxistiskt influerad rättssociologi, som baseras på dialektiken mellan bas och överbyggnad, men i deras förklaringsmodell ingår ett flertal faktorer som kan driva rättens förändringar både framåt och tillbaka. En sådan faktor är maktrelationen, vilken i deras typologi är starkt kopplad till samhällsklassernas olika intressen, vilka i sin tur kan förankras i det ekonomiska produktions sättet; en annan faktor avser rättens flexibilitet och ändamålsenlighet i relation till de uppgifter rätten har i samhället. Ett särdrag, hos Nonet/Selznick, är att rätten i sig – som ett etablerat rättssystem – i begynnelsen av sin konsolidering alltid är expansivt, framåtblickande och progressivt, medan det alltid tenderar att bli slutet, stillastående, ja till och med bakåtblickande och regressivt mot slutet av sin bana, dvs dess systematik förmår inte längre svara upp mot nya sociala förhållanden. Ett framträdande drag i dagens rättsliga förändringar, som en återspeglning av marknadens samhälleliga och diskursiva dominans, är ett återfall i tidigare tänkta tankar, närmare bestämt en ideologisk återgång till rättsstatsideologier; såväl allmänt sett, som i mer specifika förhållanden som rättighetsdiskursen (se vidare kapitel 4). Med Nonet/Selznicks terminologi skulle vi idag bevittna den autonoma rättens återkomst, i reflexiv förklädnad.

Som framhållits ovan gynnar den reflexiva rätten de marknadsekonomiska krafterna och därmed också de marknadsliberala ideologierna; i sådan grad och omfattning att det är frågan om de reflexiva inslagen kan överleva den reflexiva rättens incitament i konkurrens med en revitaliserad rättsstats- och nattväktarsstatsideologi. Som flera forskare påtalat – Thomas Wilhelmsson, Lars D Eriksson, Ulrich Preuss mfl – är det centralt att även ekonomin och marknaden underställs en reflexiv diskussion om demokratisering och decentralisering, ty risken är under marknadsliberalismen stor att behovsrationaliteten dränks av reflexivitetens medevåg. Det centrala för en rättsvetenskap under reflexiv rätt, är att vidareutveckla och stärka de, kanske fåtaliga, tendenserna till reflexiv behovsrational

rätt. En nynormativism, som tänker igenom de sociala rättigheternas status och rättssäkerhetens betydelse, är hoppas jag ett steg på vägen. Och en sådan nynormativism (låt vara osagt om den kan vara tillräckligt legalstrategisk) bör baseras på de ovan nämnda teorierna om pluralism och polycentri.

Av detta följer att en rättsvetenskap eller rättsteori som fokuserar på monocentrins enhetslogik och linjära ackumulationsframsteg står handfallen inför hur de reflexiva inslagen skall stärkas: en monocentri kan inte lösa de sociala rättigheternas predikament. Varken den autonoma eller responsiva rätten kan strategiskt stärka de reflexiva inslagen i socialrätten och i välfärdsrätten. En nämnd revitalisering av ett tidigare rättssystem (i ny kontext) kan förstärka föreställningen om autonomi och autonom rätt i Nonet/Selznicks mening; det vill säga, tendenserna och ansatserna till reflexiva inslag i den moderna rätten kan utvecklas i två riktningar. Å ena sidan ett tillbakablickande återfall i autonom (t.o.m. repressiv) rätt, å andra sidan en framåtsyftande ökande reflexivitet. För att förstärka dessa senare tendenser (samhälleliga möjligheter) kan legalstrategiska teorier utvecklas.

I enlighet med den polyvalenta tolkningsmodellen kan såväl olika samhällstypologier som motsvarande rättssystem urskiljas och preciseras. Det innebär dessutom att rättsordningens sammansättning och dess olika rörelsemönster kan upptäckas med hjälp av de lanserade förklaringsmodellerna.



En översiktlig och sammanfattande karakteristik, som i nästa kapitel kompletteras med rättighetsframväxten, är följande övergripande idealtypologi, som begränsas till europeisk rättsförändring.

1. *Repressiv rätt*. I denna feodala, absolutistiska eller förliberala samhällskontext är *rättsfältets* funktion att med repressiva medel upprätthålla ordning och stabilitet, men där rätten är underordnad makten: tidsmässigt har denna rättstyp dominans och hegemoni fram till slutet av 1700-talet, givetvis med nationella

varianser. *Rättssystemet* är uppbyggt kring hierarkiska statusrelationer (stånds- och statusindelningar) och syftar till att legitimera den starkt godtyckliga och repressiva statsmakten; den allmänna ideologin är av religiös karaktär och det rättsfilosofiska rättfärdigandet består av naturrättsliga föreställningar av olika schatteringar. *Rättsordningen* består av kasuistisk lagstiftning med grova och detaljerade rättsnormer, med stort utrymme för godtycklighet. Dagens svenska rättordning har fortfarande, kanske förvånande, vissa kvarlevor från äldre regelsystem där reminiscenser från romersk rätt (en del av den avtalsrättsliga begreppsbildningen) samsas med spår från feodal rätt (kyrkorätten, arvsrätten och regleringen av kungahuset, dvs successionsordningen).

2. *Autonom rätt*. Den autonoma rätten är betecknande för den historiska liberala rättsstatsepoken, grovt sett 1800-talet och några decennier in på 1900-talet, där *rättsfältets* funktion dels är att ange yttre strukturella förutsättningar för marknadsekonomin (nattvaktarstaten), dels att därmed ange gränserna för statligt godtycke och ingripande (intervention), dels att beslut skall vara legala; dvs staten är underkastad rätten ('rule of law'). *Rättssystemet* utvecklar utifrån dessa grundförutsättningar principer rörande individualism (rättssubjekt) och privat-autonomi; en skarp skillnad mellan offentlig rätt och en privaträtt baserad på äganderätten skapas. Rättssystemet centreras i övrigt kring sådana centrala föreställningar som förutsebarhet, kontroll och maktindelning. Rätten själv blir en stark ideologisk samhällskraft, eller som Hydén så träffande uttryckt det: "rätten är i ideologin sin egen referens."³⁵⁷ Det typiska uttrycket är rättspositivistisk teori och rättfärdigande, där legalitet skapar legitimitet. *Rättsordningen* kommer att bli starkt regelcentrerad runt en normrationell modell med subsumtionslogisk argumentation, där kravet på förutsebarhet och klart avgränsade normer drivs till formalism (begreppsjurisprudens) och oflexibel rigiditet.

3. *Responsiv rätt*. Enligt Nonet/Selznick inträder den responsiva rätten som en arvtagare till den autonoma rätten och sammanfaller under 1900-talet med välfärdsstatens uppgång och eventuella fall. *Rättsfältets* funktion är att medelst samhällelig intervention kompensera för marknadens effekter och via intervennerande lagstiftning distribuera resurser: den kännetecknas av en stark tilltro till ändamålsenlig regulativ kompetens. I detta hänseende integreras rätten med den politiska maktens strävanden. *Rättssystemets* fundament bygger på rättsprinciper om social rättvisa och fördelning och kollektiv reglering. Rättssystemet är målinriktat och bygger i stor utsträckning på samhälleliga handlingsprogram ('policies'); en utpräglad målrationell styr rättsystemets systematik. Detta får sitt genomslag i *rättsordningen* som kommer att uppvisa målinriktade, flexibla och 'öppna' normer, riktlinjer och principer; typiska inslag är ramlagar samt avvägnings- och målmedel-normer med final inriktning.

4. *Reflexiv rätt*. Om teorierna om uppkomsten av tendenser till reflexiv rätt och reglering har någon bäring, så tillhör denna modell de senaste tjugo åren till,

³⁵⁷ Hydén *Rättens samhälleliga funktioner* (1978) s 378.

vad som benämns det post-välfärdistiska (Wilhelmsson, Hydén mfl), postindustriella, postmoderna eller funktionellt differentierade samhället eller nätverks- eller IT-samhället eller liknande. *Rättsfältets* funktion kan sägas vara att premiera självreglering; dvs skapa möjligheter för självreglering genom avreglering och decentralisera rättens interveneringar. Rättsfältet bidrar därmed med att omstrukturera system så att ökade diskursiva möjligheter gynnas. *Rättssystemet* baseras i utökad utsträckning på utökat deltagande där de enskilda subsystemen kan artikulera specifika rationaliteter, och ersätta den intervenerande regleringen med interna kontrollmekanismer och indirekt reglering. Rättssystemet försöker utveckla decentraliserade mekanismer för en ökad samhällsintegration; en procedurrell rationalitet dominerar. För *rättsordningens* vidkommande medför reflexivitet och diskurs- och processrationalitet att de klassiska pliktnormerna och de välfärdsanpassade avvägnings- och målmedelnormerna inte längre kan användas inom områden kännetecknade av reflexiva regleringar, utan i rättsordningen växer det fram handläggningsnormer, konstituerande normer och procedurregler. I modellen ligger också att de skilda subsystemen måste utveckla egna och lämpliga normtyper och regleringar (autopoiesis). Det är såtillvida en modell öppen för framtida diskussion som långt ifrån är avslutad.

En konsekvens av det sagda, som skall dras ut i det följande, uppstår i kölvattnet av de parallella rättssystemens samtidighet och kanske särskilt i debatten om responsiv och reflexiv rätt. I botten av den reflexiva rätten ligger, enligt min mening, två centrala frågeställningar: vad sker med individens rättssäkerhet i reflexiva självreglerande subsystem, finns det *rättssäkerhetsgarantier* för dem? Vad sker vidare med *rättighetsproblematiken* i reflexiva rättsliga arrangemang – vad hindrar att inte också rättigheter avregleras, eller att det utvecklas en oöverskådlig mängd artspecifika rättighetsformer, vilka visserligen baseras på interna rationalitetstyper, men som kräver samverkan från andra subsystem? Det följande kapitlet (kapitel 4) viks åt rättigheter medan kapitel 5 ägnas rättssäkerheten.

Rättigheter: sociala och andra

'Taking *social* rights seriously'

Låt oss komma ihåg att det starkaste argument som reaktionärer i alla länder framför mot de mänskliga rättigheterna, och i synnerhet mot de sociala rättigheterna, inte är att de saknar en grundval utan att de inte kan förverkligas [...]. Grundproblemet i samband med de mänskliga rättigheterna idag är inte så mycket att rättfärdiga dem som att skydda dem. Det är inte ett filosofiskt utan ett politiskt problem.¹

Norberto Bobbio

4.1 Rättigheter i samhällskontext

I kapitel 1 angavs som en av föresatserna med detta arbete, att ta sociala rättigheter på allvar: 'taking *social* rights seriously.' För tydlighets skull bör tilläggas att *även* dessa rättigheter förtjänar att tas på allvar. Sociala rättigheter utgör en fundamental beståndsdel i de moderna välfärdsstaternas rättssystem, men är trots det omtvistade, vilket beror på att de, vågar jag med viss säkerhet påstå, av rättsvetenskapen ansetts som exotiska fåglar i den traditionstyngda rättighetsdjungeln. Att sociala rättigheter är problematiska som juridisk kategori är omvittnat, men det måste också här framhåvas att rättighetsbegreppet och rättighetsterminologin allmänt sett är svårfångade storheter. I det föregående kapitlet redogjordes för framväxten av olika rättssystem och deras förankring i olika samhällskontexter och där särskilt rörelsen från den liberala rättsstaten till den demokratiska väl-

¹ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 29.

färdsstaten underströks. Signifikativt i detta hänseende är att varje epoks dominerande samhällsgrupp söker befästa sina hittills uppnådda positioner och intressen på rättslig väg. Vanligtvis sker detta genom att nya rättigheter formuleras och lika vanligt är att motsvarande skyldigheter upprättas. Centralt i rättighetsdiskursen är hur bla begreppen skyldighet, rättighet och frihet används samt i vilken utsträckning de är föränderliga och står i samband med samhälleliga förändringsprocesser. I detta avsnitt ges några teoretiska nycklar till rättighetsdiskursen, som avser att öppna för förståelsen av den svenska socialrättens utveckling i andra hälften av detta kapitel. Här presenteras några av de vanligaste rättighetsteorierna; det är intresse- och viljeteorierna, korrelationsteorin samt Dworkins åsikt om rättigheter som 'trumpf.' Med hjälp av dessa teorier utvärderas så rättighetshistorien.² Syftet är att med hjälp av dessa teorier finna en grund för att jämföra olika rättigheter mot varandra och, i förekommande fall, kunna se vari skillnaderna består. I blickfånget för framställningen ligger de sociala rättigheternas status och rang.

Väsentligt blir därför att se rättigheternas historiska framväxt och deras sociala samband. Det är vanligt att man inom diskursen om mänskliga rättigheter benämner de sociala rättigheterna för andra generationens mänskliga rättigheter, medan den första generationen består av de negativa fri- och rättigheterna, det vill säga politiska medborgerliga rättigheter. I den andra generationen samsas de sociala rättigheterna även med ekonomiska och kulturella rättigheter, under samlingsnamnet ESK-rättigheter. En tredje generation utgörs av ekologiska rättigheter eller miljö rättigheter. En fjärde generations rättigheter är inom synhåll, nämligen de bioetiska rättigheterna som uppkommit i och med framväxten av biogenetisk forskning och frågorna om individens genetiska identitet.³

Ett vanligt sätt att gruppera rättigheter består i att relatera dem till statsmakten; dvs i vilket förhållande individen står till staten och hur medborgarnas intressen tryggas gentemot staten. Den indelning som ligger till grund för de ovan nämnda rättighetsgenerationerna är naturligtvis historisk, i den meningen att framväxten av dem är beroende av olika samhällstyper och historiska omständigheter som gör existensen av dem nödvändiga. Norberto Bobbio menar att mänskliga rättigheter är historiska och "uppstår under omständigheter som kännetecknas av försvaret av nya friheter mot gamla maktbefogenheter."⁴ Vidare hävdar han att rättigheter inte uppstår samtidigt, utan:

² Både litteraturen och teorierna om rättigheterna är till dags dato helt överskådliga, för användbara översikter se dock bland andra Niño *Rights* (1992) och Waldron *Theories of rights* (1985).

³ Om generationsindelningen se bla Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 12f.

⁴ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 11.

De uppstår när de måste eller kan uppstå. De uppstår på grund av den ena människans allt större makt över en annan, som är en ofrånkomlig konsekvens av det tekniska framsteget som ökar människans förmåga att härska över naturen och andra människor. Detta framsteg skapar antingen nya hot mot den individuella friheten eller också nya botemedel mot fattigdomen. Man försöker möta hoten med krav på begränsning av makten samtidigt som botemedlen kräver ingripande av just denna makt. I det första fallet handlar det om frihetsrättigheter, i det andra om sociala rättigheter eller ett positivt agerande av staten.⁵

Här framkommer bl.a. att rättigheterna är sammanbundna med en annan fråga, nämligen vad staten *bör* eller *får* göra – rättigheter har alltid politisk signifikans.⁶ Jag menar att det är centralt, att notera de 'äldre' rättigheternas fortlevnad jämsides med 'yngre' rättigheter i olika maktkonstellationer mellan individen och staten. Emellertid är det inte ovanligt, att äldre rättigheter tillerkänns större vikt och fundamental betydelse än yngre: just därför att den första generationens rättigheter i *utvecklingshänseende* upplevs som grundläggande för senare tillkomna rättigheter. Utifrån denna historiska framväxt och sociala kontingens kan lämpligen göras en grovindeling i *aktiva (politiska)*, *negativa* samt *positiva* rättigheter,⁷ vilka sedan kan relateras till olika historiska tidsepoker och skilda statstyper.

Med *aktiva* (eller *politiska*) rättigheter avses "rätten att räknas som medborgare över huvud taget och därmed ha möjlighet att delta i det politiska beslutsfattandet, antingen det sker genom aktiv politisk verksamhet eller bara med röstsedeln."⁸ Nyckelordet för denna rättighetstyp är deltagande eller *participation*, det vill säga möjligheterna att ha faktisk möjlighet att få göra sin röst hörd eller påverka den politiska processen och makten. Historiskt sett har detta skett genom att genomdriva allmänna rösträttsreformer riktade mot olika privilegier såsom adlig börd, förmögenhet, kön och rastillhörighet.

Med *negativa* rättigheter betecknas vanligen det "som man anses ha rätt att göra utan att det förhindras av staten och myndigheterna;" det ger individen en frihet från inskränkningar och förtryck, en skyddad sfär av personlig frihet, alltså de innebär inskränkningar i överhetens befogenheter.⁹ De benämns även *liberala* rättigheter, dvs de klassiska liberala fri- och rättigheterna såsom religionsfrihet, yttrandefrihet, äganderätt mm. I de negativa rättigheterna ligger föreställningen att det finns en konflikt eller ett motsatsförhållande mellan individens intressen och staten, vilket det faktiskt ofta gjorde (och gör). Rättigheterna är negativa i den meningen att staten skall *avhålla* sig från att intervensera eller ingripa i 'privatsfären' och den personliga integriteten. Det grundläggande ideologiska värdet

⁵ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 13.

⁶ Se till exempel Ingram *A political theory of rights* (1994).

⁷ Om terminologin se exempelvis Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 9ff; Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 16f; Gewirth *Mänskliga rättigheters grund och innehåll* (1990) s 74f; Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) och Nord *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001) s 37f.

⁸ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 11.

⁹ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 9.

eller nyckelordet är sålunda *frihet*. De tidiga, framförallt franska och amerikanska, deklarationerna om de mänskliga rättigheterna är illustrativa tidsdokument om de negativa rättigheternas genomslagskraft i politisk teori.

Både tids- och innehållsmässigt har de negativa rättigheterna samband med det framväxande liberala borgerskapets allt starkare positioner vilka kom att manifesteras i den liberala rättsstatsidéen, med vilken presenterades i föregående avsnitt. Preuss menar att de negativa rättigheternas samband med rättsstatsideologin är påtagligt: de följer den fria marknadens logik och den allokerande funktion marknaden har i att maximera ekonomisk effektivitet. Detta allokativa fundament förutsätter att marknaden tillåts reglera sig själv, utan statlig intervention eller andra fördelningspolitiska instrument. Rättigheternas uppgift är att skydda marknadens allokerande funktioner och blir därför negativa i relation till statsmakten.¹⁰ Man kan observera att i de negativa rättigheternas liberala förtecken finns emellertid inget som gör dem exklusiva för just förhållandet individ/stat, utan de kan lika väl gälla kollektiva intressen, exempelvis svaga minoriteters ställning i staten.¹¹ Även om den liberala rättsstatsidéen har individens frihet i centrum, är det viktigt att komma ihåg, att både denna idé och de liberala rättigheterna historiskt bar fram en särskild samhällsgrupps intressen gentemot den då rådande repressiva staten, ehuru i universalismens goda namn.¹² De negativa grundrättigheterna lämnades ingalunda i glömska när samhället utvecklades, utan de bibehåller naturligtvis sin aktualitet, vilket bland annat kom till uttryck genom ett antal deklarationer i efterkrigstiden; *Den allmänna deklarationen om mänskliga rättigheter* från 1948 och *Den internationella konventionen för medborgerliga och politiska rättigheter* från 1966. Med de *positiva* rättigheterna avses sådana företeelser som förpliktar staten till en viss prestation, ofta för att hjälpa svaga grupper i samhället till en dräglig tillvaro, men även mer omfattande socialförsäkringssystem, hälso- och sjukvård osv.¹³ Här kan urskiljas både generella välfärdsrättigheter (skola, sjukvård etcetera) och mer preciserade sociala individuella rättigheter (handikapplagstiftning mm). De positiva rättigheterna kan sägas vara typiska för social- och välfärdsstaten. Att de benämns positiva är naturligtvis genom att de ofta sätts i kontrast – eller i motsättning – till de negativa; de förpliktar staten till en positiv aktiv roll. Preuss hävdar att rättigheterna under välfärden kännetecknas av statens distributiva roll och dess mål om rättvis fördelning. Dessa 'distributiva rättigheter' ålägger det allmänna skyldigheter och plikter att uppfylla individernas behov, vilket förutsätter en starkt intervenerande stat.¹⁴ Snarare är participation eller liberal frihet är nyckelordet för välfärdsstaten och de sociala rättigheterna *social rättvisa*. De sociala (positiva) rättigheterna har under välfärdsstaten erhållit en ökad tyngd och rang, bland de

¹⁰ Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 157.

¹¹ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 10.

¹² Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 156f.

¹³ Se Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 10.

¹⁴ Se Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 163f.

klassiska rättigheterna, vilket bland annat framkommer genom *Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter* från 1976 och *Deklarationen om rätten till utveckling* från 1986. Att erkänna de sociala rättigheternas rättighetsstatus, har varit ett betydelsefullt framsteg. Bobbio anger en kronologi vad avser utvecklandet av de mänskliga rättigheterna, och över rättighetsframväxten allmänt sett, i tre faser:

Under den första hävdades frihetsrättigheterna, det vill säga de rättigheter som begränsar statsmakten och förbehåller individen eller särskilda grupper en sfär av frihet *från* staten; under den andra förfäktades politiska rättigheter som uppfattade friheten inte bara negativt, som en frånvaro av hinder, utan positivt som autonomi och medförde ett allt bredare och mer frekvent deltagande från medlemmar i den politiska makten (eller frihet *inom* staten); till slut proklamerades de sociala rättigheterna, som uttrycker framväxten av nya krav, av nya värden, som välbästand och inte bara formell jämlikhet, och de skulle kunna kallas frihet *genom* eller *medelst* staten.¹⁵

Rättigheternas successiva förändring följer förändringar i statsformerna, som förra kapitlet redogjorde för. Bobbio menar att i ”den despotiska staten har de enskilda individerna enbart skyldigheter och inga rättigheter. I den absoluta staten gör individerna anspråk på privata rättigheter inför suveränen. I rättsstaten äger individen i förhållande till staten inte bara privata utan också offentliga rättigheter. Rättsstaten är medborgarnas stat.”¹⁶

Detta är, mer eller mindre, lämpliga klassifikationsgrunder för att fortsättningsvis se rättighetshistorien i backspegeln och därför bör det påpekas att det råder olika styrkeförhållanden liksom olika blandformer dem emellan. Tvärt emot att vara distinkta och separata, samverkar de ofta och återfinns i olika rättighetskomplex. Alan Gewirth menar att effektiva och verksamma medborgerska fri- och rättigheter innehåller samtliga ovan nämnda moment: ”för det första är de passiva och negativa på så sätt att de inte får begränsas eller kränkas av staten. För det andra är de passiva och positiva på så sätt att de måste skyddas av staten såsom varande enskilda personers rättigheter. För det tredje är de aktiva på så sätt att de handlingar som utgör deras objekt fungerar i den politiska processen som hjälpmedel för att avgöra vem som skall regera i staten.”¹⁷ Det innebär att de tre typerna träffar var sitt särområde men samverkar: ”rättigheter som omfattar personlig säkerhet och som skyddas i brottsbalken, sociala och ekonomiska rättigheter som upprätthålls av välfärdsstaten och politiska och medborgerska rättigheter som skyddas i författningen[...]”¹⁸ Gewirth hävdar också att man kan skilja mellan *statiskt* och *dynamiskt* rättfärdigande av regler. De *statiska* tillämpningarna – karakteristiska för en rättsstat – syftar till att skydda medborgarnas grundläggande rättigheter och bestraffa kränkningar med hjälp av

¹⁵ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 38.

¹⁶ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 65.

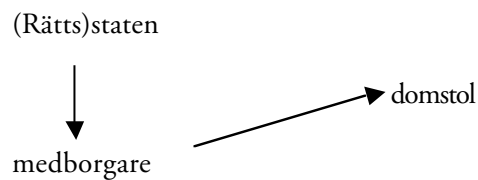
¹⁷ Gewirth *Mänskliga rättigheters grund och innehåll* (1990) s 74.

¹⁸ Gewirth *Mänskliga rättigheters grund och innehåll* (1990) s 74.

strafflagstiftning som ett minimikrav. De *dynamiska* tillämpningarna är typiska för välfärdsstaten och syftar till att tillhandahålla vittomfattande skydd för rättigheter som de enskilda medborgarna inte kan erhålla själva; exempelvis understödjande regler om föda och bostad, utbildning mm.¹⁹

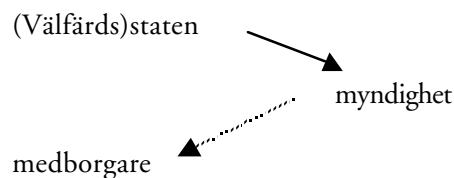
Denna skillnad mellan negativa och positiva rättigheter har förtydligats av Håkan Hydén, som påpekar att det kännetecknande för rättighetstilldelningen i den klassiska rättsstatsmodellen är att rättigheterna förmedlas *direkt* till individerna av lagstiftningen. Detta förutsätter att medborgaren som adressat för rättigheten också har möjlighet att aktualisera sin rättighet inför domstol och det antas med andra ord att medborgarna är jämbördiga i någon mening.²⁰ Hydén illustrerar denna modell enligt nedan.

Figur 4.1:



I den välfärdsstatliga rättsmodellen, hävdar Hydén däremot att de typiska välfärdsrättigheterna förmedlas *indirekt* till individerna via myndigheterna. Myndigheternas syfte är att stöda och tillvarata de svaga gruppernas eller individernas rättigheter, men myndigheterna blir samtidigt bärare av individernas rättigheter, administrerar och bestämmer därmed också det närmare innehållet i dem.²¹

Figur 4.2:



Utmärkande för den välfärdsstatliga ideologin är att myndigheterna agerar som individernas goda ställföreträdare, varför något utbyggt rättsligt skydd inte har ansetts behövligt: det är till och med så att i välfärdssystemet har individrättigheterna lyst med sin frånvaro. Rättsreglerna sträcker sig, enligt Hydén, inte ned till individerna: ”de är inte formulerade i termer av rättigheter och skyldigheter,

¹⁹ Gewirth *Mänskliga rättigheters grund och innehåll* (1990) s 70ff.

²⁰ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 64ff.

²¹ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 64.

utan de har formen av kompetensgivning. Myndigheterna ges rätten att själva bestämma verksamhetens innehåll.²² Denna lösning framstår naturligtvis som optimal i en välfärdsstat som lever upp till sina ideal och föresatser, men är direkt förödande för individen om staten agerar motpart i tvister om att få en rättighet tillgodosedd. Om välfärdsstaten byggt upp ett omfattande omfördelningssystem förmedlat via generella välfärdsrättigheter, finns inga garantier (ja, rättsäkerhetsgarantier) för att dessa rättigheter inte raseras om de ekonomiska förutsättningarna brister, då resursbrist inträder. Vem skall då tillvarata 'de svaga gruppernas' intressen och rättigheter? Ja, i och med denna fråga är vi framme vid dagens frågor rörande socialrätten, men de behandlas längre fram.

Hydén menar att det latent i välfärdsrätten ligger en potentialitet till att myndigheternas diskretionära makt ökar: "istället för att vara den svages medel mot den starke kan myndigheterna komma att fungera som den starkes värn mot förändringar i existerande maktförhållanden."²³ Även om invändningar kan riktas mot den rättsstatliga modellen – som alltså prioriterar individuella rättigheter och kan leda till formalism och byråkratisk rigiditet – kan även invändningar riktas mot välfärdsrätten:

En allvarlig invändning mot den välfärdsstatliga regleringen är således att den riskerar att vändas mot individerna själva [...]. Den välfärdsstatliga lagstiftningen är inte sig själv nog, vilket i princip gäller för rättsstatens regler, utan den kräver sin beskärda del av de offentliga resurserna. Även rättsstatens regler kräver administrativa resurser t ex i form av polis och åklagare, men ej i samma omfattning som välfärdsstatens regler som utan kontrollinstanser i stort sett är innehållslösa. Det gör att det finns gränser för hur mycket 'välfärden' kan växa i sin nuvarande form.²⁴

Men detta speglar också ett djupare rättsideologiskt problem med välfärdsrättigheternas status: det är inte individer som är bärare av rättigheter, utan de är indirekta rättigheter som alltså inte uttrycker den rättsstatliga autonomiideologin, såsom de negativa rättigheterna. I och för sig kan man påstå, att de socioekonomiska rättigheterna kräver en välfärdsstat av modernt snitt för att förverkligas i någon nämnvärd utsträckning, men å andra sidan framförs också åsikten att välfärdsstaten kräver en rättsstatlig grund; dvs att de negativa rättigheterna utgör den primära grunden på vilka de positiva rättigheterna vilar.

En av grunderna till att förverkligandet av sociala rättigheter inte anses vara genuina *rättsliga* rättigheter är att de, till skillnad från de klassiska negativa rättigheterna är osjälvständiga och alltså avhängiga *andra* system; de är inte autonoma rättigheter så som de negativa rättigheterna är. En annan nog så viktig aspekt är att de kräver ett "aktivt ingripande från staten, som inte krävs av skyddet för frihetsrättigheterna [...] Medan frihetsrättigheterna uppstår mot statens övermakt, alltså för att begränsa dess makt, kräver de sociala rättigheter-

²² Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 73.

²³ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 73.

²⁴ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 74.

na just motsatsen, det vill säga en ökad statlig makt, för att de skall kunna förverkligas i praktiken.”²⁵ Större delen av den klassiska juridiken, framförallt de centrala delarna av civilrätten, bygger på antagandet om individens autonomi och ideologin om individuella frihetsrättigheter. Själva privaträtten har ansetts vara frihetens bastion. Ytterligare ett skäl till att fränkänna sociala rättigheter likvärdig status, är det faktum, att de till skillnad från de negativa rättigheterna som förutsätter att människorna är lika, behandlar individer eller grupper olika: det vill säga, sociala rättigheter olikbehandlar individer, men naturligtvis utifrån specifika skillnader i syfte att kompensera för individens oförmåga att få samma möjligheter som övriga medborgare.²⁶ Utifrån en klassisk liberalistisk rättighetsideologi är sociala rättigheter således icke-autonoma, maktintegrerade och olikbehandlande. Samma liberal skulle kunna hävda att sociala rättigheter därför kännetecknas av rättsosäkerhet – Hydén menar att rätten under välfärdsstaten ”tvingats ge avkall på sina traditionella särdrag: pliktnormerna, normrationaliteten, rättsäkerheten.”²⁷ Att pliktnormer och normrationalitet till viss del frångås är ofrånkomligt i den välfärdsstatliga regleringsmodellen, men om det är att beklaga att rättsäkerheten sviktar beror dock på vad som avses med begreppet ’rättsäkerhet.’²⁸

Å andra sidan kan man också rent faktiskt hävda, att för större delen av världens befolkning kan de politiska och medborgerliga rättigheterna förverkligas, utnyttjas och bli meningsfulla, först sedan de primära värdena såsom tillgång till mat, bostäder, utbildning, sjukvård och arbete tillgodosetts genom sociala rättigheter.²⁹ I denna mening är sociala rättigheter förutsättningen för politiska och negativa rättigheter. Med andra ord finns ingen på förhand given prioritetsordning mellan de olika rättigheterna.

Dessa olika politiska preferenser på rättigheternas status avspeglas naturligtvis genom rättshistorien. Utan att förloras i oklarheterna kring uppkomsten av de allra första rättigheterna eller i vad mån rättighetstänkandet kan återfinnas redan hos de gamla grekerna eller sumererna osv,³⁰ kan dock konstateras att rättighetsdiskursen är av relativt sent datum. Under den repressiva staten – feodalismen och den absoluta statens tidevarv – är medborgarnas (undersåtarnas) rättigheter outvecklade och saknar, i förekommande fall, dessutom legalt skydd. Frågan är om undersåtarna ens har några rättigheter i en modern mening, snarast har undersåtarna noggrant reglerade skyldigheter och plikter gentemot överheten, vilka tvärtom, har en rad olika rättigheter, eller riktigare, privilegier.

²⁵ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 73.

²⁶ Se Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 72.

²⁷ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1989) s 72.

²⁸ Se kapitel 5 och 6.

²⁹ Gewirth *Mänskliga rättigheters grund och innehåll* (1990) s 78.

³⁰ Enligt Hart innehöll det grekiska språket och den hellenska klassiska kulturen inget begrepp för ’rättighet,’ uppgift i Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 152. Se också Lindberg (1988) s 12f och Strzelewicz’ historiska exposé i *De mänskliga rättigheternas historia. Från den amerikanska oavhängighetsförklaringen till våra dagar* (2001) kapitel 3.

Vasallerna, eller adeln, under feodalismen förmådde emellertid utverka några friheter och vissa privilegier gentemot kungamakten, och kunde på så vis hävda sina intressen mot övermakten.³¹

En generell och allmän beskrivning av olika rättigheter är att ”rättigheter sådana som kravet att inte bli angripen har beskrivits som en skyddssfär till värn för friheten. En av rättordningens viktigaste och svåraste uppgifter är att bestämma formerna för, och omfattningen av, det skyddet.”³² Det är kanske just denna begreppsbestämning som framförallt förknippas med den klassiska rättighetsdiskursen och den första generationens rättigheter – dvs negativa medborgerliga fri- och rättigheter – som växte fram med 1600- och 1700-talets rättsfilosofi. Den förhärskande legitimeringsgrunden för rättigheterna och hävdandet av existensen av naturliga rättigheter, låg inbäddade i naturrättslig teori. Åsikterna om rättigheternas innehåll och grund skiftade, ibland uppfattades de som givna av Gud, som emanerande från någon slags mänsklig natur, eller helt enkelt i samklang med moraliskt statiska eller oföränderliga naturgivna värden. De naturliga rättigheter som diskuterades av framförallt den kontraktsteoretiska naturrättsteorin är främst rätten till den egna personen och den personliga egendomen. Centralt i kontraktsteorierna är att individerna avstår, i varierande grad beroende på vilken samhällssyn respektive filosof hade, sin frihet och vissa av sina rättigheter genom ett samhällsfördrag i utbyte mot skydd. Hugo Grotius menade att människan har ett okränkbart ’suum’ (liv, frihet, kropp, rykte, ära) som rätten och staten skall skydda – individen har rätt till en personlig frihetsfär och också en rätt att avvärja angrepp. För att skydda detta avstår individerna, mer eller mindre, sin frihet.³³ Hos Thomas Hobbes kan det inte existera några rättigheter i naturtillståndet, utan fri- och rättigheter kan endast uppstå och garanteras efter det att samhället bildats, genom ett samhällsfördrag. Kännetecknande i detta är att individerna avstår all sin frihet till en suverän med oinskränkta maktbefogenheter. Hos Hobbes kan man säga, att lydnessplikten hos undersåtarna är viktigare än deras rättigheter.³⁴ Hos John Locke finns en naturgiven lika frihet och också en egendomsrätt, uttryckt genom begreppet ’property’ som bla innefattar rätten till liv, hälsa, frihet och egendom (liknande Grotius’ ’suum’). Dessa friheter är oförytterliga – dvs de kan inte helt överlåtas eller avstås ifrån – och kan inte inskränkas genom något samhällsfördrag. Till skillnad från Hobbes menar Locke att rättigheterna redan existerar i naturtillståndet och syftet med Lockes samhällssystem – eller statens och rättens uppgifter – var att skydda dessa oförytterliga rättigheter: inte bara mot andra individer, men också från staten själv.³⁵ Hos Jean-Jacques

³¹ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 14, 21.

³² Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 137.

³³ Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 26ff.

³⁴ Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 28ff.

³⁵ Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 31ff. Om skillnader i uppfattning mellan Hobbes och Locke, se även Sven-Eric Liedman *Från Platon till kommunismens fall* (1995) s 115-125.

Rousseau är det helt dominerande inslaget i hävdandet av individens ovillkorliga frihet som skall skyddas av samhällssammanslutningen (genom en allmänvilja och direkt demokrati): däremot så finns hos Rousseau ingen utvecklad teori om skydd för individernas rättigheter, utan tvärtom avstår individerna helt och fullt sina rättigheter till allmänviljans folksuveränitet.³⁶

Det är genom inflytande av Locke, Montesquieu och Rousseau som maktfördelningsläran vinner inträde och därmed också de begynnande rättsstatstankarna (se kapitel 3), där rätten syftar till att skydda den enskildes frihet från ingrepp från statsmakten. Genom rad deklarationer antagna i kölvattnet av de borgerliga revolutionerna på kontinenten och USA stadfäst en rad fri- och rättigheter där medborgarna erhåller rätt till liv, frihet, egendom, religionsfrihet, yttrandefrihet, tryckfrihet och församlingsfrihet osv. Först ut är England med *Habeas Corpus*-akten (1679) och *Bill of Rights* (1689); ett sekel senare i USA genom *Den amerikanska självständighetsförklaringen* 1776 och *The Bill of Rights* (1791) samt i Frankrike med *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) och *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* (1791). Problemet med naturrettslärorna var dock, att de inte på ett tillfredsställande sätt kunde förklara vare sig innehållet i, grunderna eller ursprunget för rättigheterna och heller inte hur nya rättigheter och plikter kunde tillskapas. De naturrettsligt influerade rättighetskatalogerna tjänade en gång som politiska medel för den uppåtsträvande borgarklassen att befästa sina vunna friheter.³⁷ Naturrettsteorierna som tidigare legitimerade den repressiva rätten användes hos de moderna kontraktsteoretikerna för att föra fram individuella fri- och rättigheter, ehuru med skiftande politisk preferens. Kanhända tjänade dessa naturrettsteorier som subversiva teorier inom ett förhärskande repressivt paradigm, där kampen skedde med maktens egna teorier. Centralt är hur som helst att notera att rättigheterna förläggs i ett *för-socialt* eller *för-statligt* tillstånd hos människan själv, dvs oberoende av staten.³⁸ Problemet är dock att kontraktsteorierna formulerades och befann sig inom ett paradigm, som i och med den nya tiden, måste överges. De rättigheter och friheter som naturretten laborerade med hade status a priori – och ansågs därmed också som oföränderliga, tidlösa och ahistoriska. En ny maktclass kräver dock att de nya intressena och positionerna kan preciseras och stärkas inom samhällets ramar, frikopplat från en fiktiv naturlig rätt – och att rättigheterna blir dynamiska och flexibla, satt i relation till den nya tidens krav.

Ett brott med de naturrettliga synsätten på rättigheternas existens och legitimation finner man i den under 1800-talet framväxande rättspositivismen. I rättspositivistisk teoribildning kommer rättigheterna att knytas till en på viljeteorin vilande rättighetsuppfattning, dvs där medborgaren kan effektuera sin viljeyttring eller viljemakt i form av en juridisk rättighet. Denna rättighetskonstruk-

³⁶ Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 35ff.

³⁷ Ett sätt att rationalisera eller rättfärdiga vissa krav, se Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 75.

³⁸ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 74.

tion kom också att omfatta staten som den entitet vilken kan utfärda rättigheter och skyldigheter. Inom rättspositivismen, särskilt den tyska ideologiska rättspositivismen, sågs rättigheten som en av statsmakten förlänad viljeyttring.³⁹ Enklare uttryckt: det kunde inte tänkas några rättigheter *utanför* staten. Även de negativa rättigheterna – som en individuell frihetssfär skild från staten – uppfattades som *beviljade* av staten.⁴⁰ Som ovan nämnts är en delförklaring till den rättspositivistiska rättighetstanken dess sammanflätning med den maktposition borgerskapet uppnått, så småningom också i statsapparaten, varför rättigheterna som en från staten emanerande viljeförklaring är symptomatisk. Det typiska draget hos den tyska rättighetsfilosofin, med vilken den svenska idéhistorien har en del gemensamt med, är ett tydligt uppifrånperspektiv på rättighetsdistributionen: staten ger vissa förmåner (av olika slag), men där medborgaren eller undersåten samtidigt beläggs med en motsvarande plikt att uppfylla vissa motprestationer. Den äldre(tyska) rättsstaten distribuerar främst plikter för medborgarna – medborgaren och individen anses inte ha en (naturlig) rättighet oberoende av statsmakten, eller den rättighet eller plikt som staten ger individen. Detta skiljer sig från den anglosaxiska rättsstatsidéen (3.5.2), vilken var mer präglad av demokratiska inslag.⁴¹ Den tyska tyngden på plikter och ansvar färgar också uppfattningen om den sociala frågans rättvisaspekter.⁴² Vad avser den senare frågan och den rättspositivistiska oförmågan att lösa de konflikter som följer på marknadens fria tyglar och på statens icke-intervention, innebär att den rättspositivistiska viljeteorin måste överges. Rättigheterna tenderar att, liksom en gång i naturrätten, uppfattas som a prioriska begrepp ur vilka härleds rättsliga konstruktioner som syftar till att skapa ett komplett rättssystem – ett rättssystem som alltmer fjärras från de sociala realiteterna och blir konserverande.⁴³ Den rättighetsidé som utvecklas under rättspositivismen blir, särskilt genom begreppsjurisprudensen, statisk och föga ändamålsenlig i övergången från autonom rätt till den responsiva rättens nya utmaningar.

Under den följande tiden kom avgörande kritik att riktas mot de rättspositivistiska viljeteorierna vilka hävdade att rättigheterna rent faktiskt kunde (eller borde) härledas ur en statsvilja samt mot föreställningen att rättigheter var faktiskt existerande storheter. Kritiken bestod huvudsakligen i att en statsvilja (lagstiftarvilja) på intet sätt kunde påvisas eller antas ha en sådan enhetsgrund som kunde ge rättigheterna en definitivt hållbar grund samt att rättigheterna inte heller har en självständig existens (varken naturrättsligt eller rättspositivistiskt). Genom inflytande av Axel Hägerströms filosofi ifrågasatte den skandinaviska

³⁹ Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 54f.

⁴⁰ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 26.

⁴¹ Lindberg *Om rättigheterna i historien* (1988) s 26ff.

⁴² Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 157. Lindberg menar dock, att den tyska fokuseringen på plikter är att se 'rättigheterna från en social sida' där, paradoxalt, staten eller det allmänna också sedermera blir belagda med vissa (ehuru starkt begränsade) sociala förpliktelser, *Om rättigheterna i historien* (1988) s 27.

⁴³ Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 277f.

rättsrealismen rättigheternas grund såsom de fram lagts inom naturrätten respektive rättspositivismen, varvid rättighetsidén påstods sakna reellt underlag eller saknar egentlig semantisk referens.⁴⁴ Den realistiska ståndpunkten hävdar att rättigheter är ”en tänkt makt, en ideell makt.”⁴⁵ Istället kom rättighetsbegreppet att uppfattas som uppkommet ur och baserat på sociala realiteter eller verkliga samhällsfunktioner: eller med andra ord, rättigheter har ingen självständig existens utanför den sociala kontexten, skulle man kanhända säga idag. Även om rättigheterna saknar en bestämd semantisk referens eller anses sakna existens i den meningen att en person inte kan *ha*, *äga* eller *inneha* en rättighet som ett objekt, uppmärksammade rättsrealismen att rättighetsbegreppet har viktiga *funktioner* i samhället. Rättsrealismen presenterade med andra ord en *funktionsell teori* om rättigheter, varvid särskilt Olivecrona framhävde att rättigheterna och rättsreglerna generellt sett har viktiga *handlingsdirigerande*, *upplysande* samt *sammanknyttande* funktioner.⁴⁶ Rättighetsbegreppet kom därmed att uppfattas som en förkortning eller förenkling av en rad omständigheter, dvs som ett framställningstekniskt hjälpmedel i den rättsliga terminologin. Ekelöf och Ross menade att rättigheten förenklat kan uppfattas som en ’kopplingscentral’ eller ’mellanled’ där rättigheten består av ett knippe rättsfakta och en mängd åtgärder eller rättsföljder.⁴⁷ Styrkan med den rättsrealistiska rättighetsuppfattningen ligger givetvis i att rättigheterna inte kan tas för givna, utan att en analys av varje rättighetsreglering eller tilldelning förutsätter ett identifierade av situationens föreliggande sociala relationer, en maktanalys eller en sociologisk blick för de reella förhållandena och de funktionella verkningar en rättighetstilldelning ger upphov till.⁴⁸ Svagheten, eller snarare den kritik som riktats mot denna uppfattning, är att realismen påstås ha fränkänt rättigheterna en värdegrund eller att de annorledes skulle ha en moraliskt värdefull funktion att spela i samhället. Kritiken är berättigad såtillvida, att rättighetsbegreppet kan komma att användas i alltför stor omfattning för att skydda eller stärka allehanda intressen, däribland rena samhällsintressen, samt att rättigheternas giltighet kommer att bli avhängiga huruvida de tänkta funktionerna (resultaten) uppnås och slutligen att rättigheternas innehåll blir blott konventionellt bestämda. En uppenbar risk är också att själva rättighetsbegreppet, som ett moraliskt värdefullt värde, förlorar i

⁴⁴ Olivecrona *Rättsordningen* (1984) s 214.

⁴⁵ För diskussioner runt den rättsrealistiska rättighetsuppfattningen hos Hägerström, se Olivecrona *Rättsordningen* (1984) s 209f.

⁴⁶ Olivecrona *Rättsordningen* (1984) s 219-233, Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 74f och Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 281.

⁴⁷ Se bland annat Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 102f, 280f; Ekelöf *Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?* (1952) s 546ff; Ross *Ret og retfærdighet* (1971) s 206ff samt Lundstedt *Obligationsbegreppet I* (Uppsala 1929) och *Det Hägerström-Lundstedtska mistaget* (1942).

⁴⁸ Se Westerhäll som menar att ”rättighetsbegreppet [koncentrationseffekt] också kan ha en döljande effekt på det reella innehållet i det aktuella regelområdet.” *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten* (1986) s 628.

styrka och attraktionsgrad om det blott uppfattas som ett tekniskt, instrumentellt och funktionellt sammanknytningsbegrepp. Kanske vittnar den relativt svaga rättighetsutvecklingen i Sverige om detta.⁴⁹

Utifrån föreställningen att rättigheterna inte är något verkligt, utan blott är sammanknyttande begreppsbildningar, kan distinktionen i negativa, positiva och politiska rättigheter trots allt bibehållas, då dessa på ett belysande sätt anger olika funktionella relationer mellan medborgaren och staten. De anger olika maktrelationer hos rättigheternas funktioner.

4.2 Teorier om rättigheter

4.2.1 Rättigheter som korrelationer?

Åsikterna om rättighetsbegreppet går alltså isär och definitionerna på friheter och rättigheter varierar efter tid och ideologisk inriktning. Efter denna ganska allmänna betraktelse över rättighetshistorien, skall en mer analytisk teori av rättighetsbegreppets olika komponenter och deras inbördes relationer nyttjas. Ett tämligen vanligt påstående är att en individ har en *rätt till*, exempelvis, arbete eller att hon har *rätt till* socialbidrag, men samtidigt kan det ifrågasättas om det föreligger en *rättighet* i egentlig mening; personen kan visserligen hävda sin rätt, men har ingen rättighet till arbete – dvs det föreligger ju ingen skyldighet för någon annan, till exempel staten eller arbetsgivaren, att tillhandahålla något för denne speciellt arbete. Å andra sidan har en person naturligtvis *rätt till* socialbidrag, men under vissa förutsättningar såsom en viss levnadsstandard, under existensminimum mm – men har hon för den skull en obetingad *rättighet*? Däremot är förståelsen för att någon har *rätt att* yttra sig så stor: man har självfallet en, ofta grundlagsfäst, *rättighet* och en yttrandefrihet. Vi har som medborgare också rätt till en god och sund närmiljö, men har vi en rättighet i egentlig mening – är det inte mer frågan om allmänt hållna 'policies'? Hur förhåller sig med andra ord olika rättigheter till varandra och vad avses med själva rättighetsterminologin?

Den amerikanske rättsteoretikern Wesley Newcomb Hohfeld presenterade en inflytelserik begreppsapparat i två artiklar i början av förra seklet.⁵⁰ Hans arbe-

⁴⁹ Strömholm pekar på risken, att "det förhållande att man uppfattar 'rättigheter' som verbala hjälpmedel, inte annat, innebär inte att man – i lagtext eller i juridisk text i allmänhet – skulle ha frihet att använda detta hjälpmedel hur som helst för att beteckna varje tänkbar rättssituation," *Rätt, rättskällor och rättslämning* (1996) s 284.

ten syftade till att ange vissa fundamentala begrepp användbara i juridisk argumentation och rättighetsteori. Poängen är att undvika såväl den naturrättsliga rättighetssynen som den rättspositivistiska teorin och 'helt enkelt' försöka klargöra vad man menar när man talar om rättigheter, oaktat deras eventuella rättfärdigande grunder. Hohfeld inriktar sig på en analys av rättighetsbegreppet och de grundkomponenter det, enligt honom, kan reduceras till: han vill nå fram till rättens och rättigheternas 'minsta gemensamma nämnare'.⁵¹ De grundelement Hohfeld menar rättigheterna består av är *right* eller krav, *privilege* eller frihet, *power* eller kompetens samt *immunity* eller immunitet. Rättigheter är ofta uppbyggda av olika kombinationer av dessa grundbegrepp och deras relationer och genom att klarlägga dem, kan olika aspekter av rättigheten förtydligas och upptäckas. I exempelvis äganderättsbegreppet kan samtliga element ingå – en markägare har ett *krav* att andra inte gör intrång, en *frihet* att själv röra sig på ägor, en *kompetens* att överlåta sin äganderätt och en *immunitet* mot att andra ändrar ägandeförhållandena.⁵²

Enligt Hohfeld erhåller grundbegreppen sin innebörd i relation till dels sina rättsliga motsatser ('opposites'), dels sina rättsliga motsvarigheter ('correlatives'); begreppen avgränsas genom motsatserna och blir rättsligt relevanta genom korrelaten kan man kanske enkelt uttrycka det.⁵³

a. Rättsliga oppositioner eller motsatser, innebär att den rättsliga positionen eller komponenten har en rättslig negation, alltså en motsatsida. Det innebär att varje enskilt begrepp har en negation, men som samma person inte samtidigt kan inneha: dvs har X ett 'krav' på z, kan X inte samtidigt ha ett 'icke-krav' på z. Man kan uttrycka det så, att de rättsliga oppositionerna framträder som två olika situationer ur samma persons synvinkel.⁵⁴ Hohfeld använder följande uppställning för att klargöra begreppens motsatsrelationer:⁵⁵

⁵⁰ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) och *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1917).

⁵¹ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 64.

⁵² Exemplet från Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 138.

⁵³ Se Lindahl *Position and Change* (1976) kapitel 1 för en redogörelse av de olika utvidgningar som Hohfelds analys genomgått genom åren. För deontiska analyser och utvidgningar av Hohfeld se Stoljar *An Analysis of Rights* (1984) och Kanger *De mänskliga rättigheterna och deras förverkligande* (1980).

⁵⁴ Cook *Introduction: Hohfeld's contribution to the science of law* (1923) s 10 not 13.

⁵⁵ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 36

Figur 4.3:

Rättsliga motsatser <i>Jural opposites</i>	}	krav	frihet	kompetens	immunitet
		<i>right</i>	<i>privilege</i>	<i>power</i>	<i>immunity</i>
		icke-krav	plikt	oförmåga	underkastelse
		<i>no-right</i>	<i>duty</i>	<i>disability</i>	<i>liability</i>

Hohfeld urskiljer alltså fyra motsatspar.

Krav – Icke-krav. Eftersom Hohfeld behandlar rättigheter, rights, i allmänhet för att täcka samtliga grundbegrepp, men här använder termen 'right in the strictest sense' föreslår han som synonym termen *claim*, alltså *krav*.⁵⁶ Detta är även det vanligaste uttryckssättet – claim-right eller kravrättighet. Att någon alltså har en kravrättighet innebär, att denne har ett berättigat krav på att något blir utfört, att X har rätt att kräva något. Motsatsen är med detta språkbruk, som härmed anammas, *icke-krav*. Det vill säga: X har ett krav att etc respektive X har ett *icke-krav* etc. Någon språkligt hanterlig synonym till *icke-krav* är svår att finna,⁵⁷ men vanligtvis brukar man i allmänhet säga, att 'Du har ingen rätt att göra så,' 'Du har inget krav på att,' 'Du kan inte kräva att...' eller liknande.

Frihet – Plikt. Att ha en frihet innebär att inneha ett exklusivt privilegium att utföra något, utan att det hindras på något sätt. På svenska används i regel *frihet* som motsvarighet.⁵⁸ Alltså: om X har en *frihet* att exempelvis yttra sig, så består motsatsen i att X har en icke-frihet till detta, dvs han saknar friheten att yttra sig; med andra ord, har han en *plikt* att hålla tyst. En plikt är alltså att sakna en frihet: plikten är alltså en ofrihet.

Kompetens – Oförmåga. Kompetens innebär en förmåga att ensidigt uppställa eller ändra en rättslig relation.⁵⁹ En individ har med andra ord *kompetens* eller förmågan att uppställa eller ändra ett rättsligt förhållande, exempelvis genom att sluta ett avtal eller upprätta ett testamente. Har man inte denna kompetens blir

⁵⁶ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 38. Detta är även den term som används av översättarna till Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988).

⁵⁷ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 39. Kritik har riktats mot Hohfelds 'no-right' pga att det inte tycks representera någonting mer än en negation och en önskan hos Hohfeld att ha en symmetri i sitt schema, se Stojlar *An Analysis of Rights* (1984) s 55f.

⁵⁸ Hohfeld använder för termen '*privilege*' även synonymerna *liberty* och *freedom*, alltså frihet, se Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 42 resp s 47. Se även Williams *The concept of legal liberty* (1992).

⁵⁹ Se översättarnas not 1 s136 till Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988). "To have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved," Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 51. Hohfeld föreslår som synonym *ability*, det vill säga *förmåga*, s 51.

motsatsen naturligen då, enligt Hohfeld, en *disability*, alltså en *oförmåga* (eller *inkompetens*) att ändra den rättsliga relationen.⁶⁰ Man kan tänka sig att någon på grund av omyndighet eller obestånd inte har förmågan eller den rättsliga kompetensen att ändra ett rättsligt förhållande, här ingående av vissa avtal respektive avbetalningsköp.

Immunitet – Underkastelse. Immunitet innebär, att individens position är *skyddad* mot rättsliga förändringar som inte härrör från honom själv, den kan inte påverkas av anspråk från någon annan. Motsatsen är naturligtvis att man inte är immun mot rättsliga förändringar eller anspråk, dvs man är av olika skäl tvungen att underställa eller *underkasta* sig en sådan förändring.⁶¹

b. Nu är det emellertid så, enligt Hohfeld, att en rättighet knyts till minst två bestämda personer eller rättssubjekt: "varje typ av rättighet är en sida av en rättslig relation mellan åtminstone två personer."⁶² Detta innebär att man måste se de olika grundbegreppen från deras motsvarighet sett ur båda parternas synvinkel.⁶³ Hohfeld kallar dessa andra positioner för *korrelat*. De olika grundbegreppen kan alltså enbart förstås till fullo om man samtidigt relaterar dem till deras korrelat.

Korrelat eller motsvarigheter innebär, att om X har en rättslig position (säg 'krav') mot Y, har Y en till denna *motsvarande* och anknytande position som kan specificeras på olika sätt – i det här fallet har Y alltså *inte* den *motsatta* positionen till X's krav, dvs 'icke-krav.' Ses korrelaten ur denna två-ställiga relation, som alltså involverar *två* personer kan grundbegreppen ytterligare klargöras. De olika parterna har inbördes skilda rättsliga ställningar som kan karakteriseras olika och enligt Hohfeld existerar fyra korrelationspar:

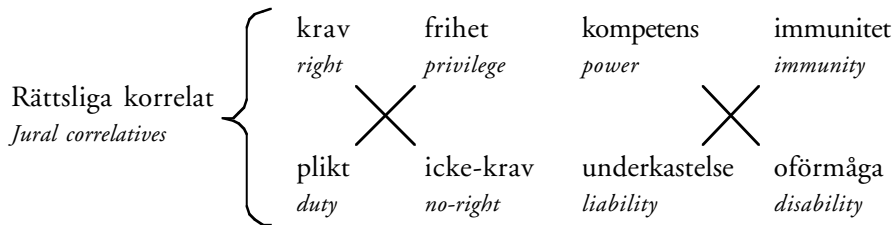
⁶⁰ Kanger väljer att översätta 'power' med den i mitt tycke bättre termen *befogenhet*, se *De mänskliga rättigheterna och deras förverkligande* (1980) s 60ff, vilket även bättre motsvarar den synonym Hohfeld själv föreslår, nämligen *ability*, *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 51.

⁶¹ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 60. *Underkastelse* i enlighet med översättningarna till Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 137 not 1.

⁶² Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 136.

⁶³ "Correlatives in Hohfeld's scheme merely describe the situation viewed first from the point of view of one person and then that from the other. Each concept must therefore, as a matter of logic, have a correlative," Cook *Introduction: Hohfeld's contribution to the science of law* (1923) s 10.

Figur 4.4:



Krav – Plikt. En kravrättighet, innebär att om X har ett *krav* på att Y skall betala honom 100 kronor, innebär det att Y har en *plikt* att betala 100 kronor till X. Med andra ord betyder det att X's *krav* på Y, motsvaras eller är liktydigt med påståendet att Y har en *plikt* mot X.⁶⁴ Om man noterar att plikten är negationen till frihet, kan man också säga att Y i denna situation inte har någon frihet att göra som han behagar med X's krav, utan han har en plikt (ofrihet, om man så vill) att uppfylla X's krav.

Frihet – Icke-krav. Korrelatet till frihet är, enligt Hohfeld, icke-krav. Det betyder, för det första, att en frihet är motsatsen till plikt: korrelatet kan då sägas vara frånvaron av en plikt, eller icke-krav: dvs har X en frihet att yttra sig, följer för Y ingen plikt. Det betyder att Y inte har ett krav på att X inte skall yttra sig – eller om man nu försöker ta bort negationerna: Y saknar en plikt, att tysta ned X. Eller: Y saknar en rätt (claim), att tysta ned X. Vilket betyder att X har en frihet att yttra sig.⁶⁵

Förenklat: om jag har en frihet att ge dig 100 kronor (dvs, jag gör det av egen fri vilja – liksom jag naturligtvis har en frihet att *inte* ge dig 100 kronor), så kan du givetvis inte kräva att jag skall ge dig 100 kronor. Det skulle i så fall innebära att ditt krav, medför en plikt för mig att ge dig 100 kronor, min frihet skulle då inte längre vara en frihet utan en ofrihet (= plikt) – här uppenbarar sig alltså korrelationen krav-plikt, som ovan nämndes. Men du kan heller inte kräva, att jag skall *avstå* från att ge dig 100 kronor, eftersom också det skulle inkräkta på min frihet (dvs skapa ofrihet [=plikt]). Med andra ord, så betyder korrelatet 'icke-krav,' att du inte kan kräva att jag *avstår* från min frihet – dvs du kan inte kräva att jag *inte* ger dig 100 kronor.⁶⁶ En annan sak är givetvis om du vägrar att ta emot min hundralapp eller omedelbart slänger den: men, nota bene, det inverkar eller hindrar inte min frihet. Nära frihetens begrepp (som ett positivt aktivt handlande) ligger det benefika ovillkorade gåvoinstitutet, eller på samhällsplanet välgörenheten ('charity'). Å andra sidan kan friheten lika väl alstra godtycke och skönsmässighet.

⁶⁴ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 38.

⁶⁵ Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 39.

⁶⁶ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 136.

Kompetens – Underkastelse. En kompetens eller befogenhet består i förmågan att ändra en rättsliga relation mellan två parter; jag har exempelvis *kompetensen* att sluta ett avtal eller upprätta ett testamente. Motsatsen består i en *oförmåga* (eller inkompetens) för den andra parten, att uppställa eller ändra denna rättsliga relation. Korrelatet till kompetensen är därmed att andra parten måste *underkasta* sig min kompetens eller befogenhet, att acceptera att få sin rättsliga situation ändrad genom den som utövar sin kompetens.⁶⁷ Den andra parten har väl inget val, även om han inte är tvingad därtill. Jag som examinator har exempelvis en kompetens att poängsätta och därmed godkänna respektive underkänna en tentamen, vilket den examinerade studenten (tack och lov) saknar: studenten måste underkasta sig min (i bästa fall rimliga och rättvisa) bedömning.

Immunitet – Oförmåga. En immunitet innebär att ens position är skyddad från rättslig förändring, dvs denna position förändras inte av någon annan och det innebär inte heller att man således är underkastad dennes beslut (immunitet är ju motsatsen till underkastelse). Det betyder att du saknar kompetens, dvs du har en oförmåga, att ändra min position eller rättsliga status. Med andra ord; ”om X har en kompetens, är Y underkastad att kunna få sin rättsliga position ändrad genom att åläggas plikter eller tilldelas rättigheter. Om X inte har en sådan kompetens, åtnjuter Y en immunitet.”⁶⁸ Immunitet är således korrelerad till en inkompetens eller oförmåga att ändra någons position.⁶⁹ Man kan tillägga, att en immunitet i regel kan sägas vara en frihet eller ett krav som erhållit extra starkt skydd, i allmänhet grundlagsskydd eller motsvarande. Exempelvis får dödsstraff inte förekomma (RF 2:4§), liksom att varje medborgare är skyddad mot kroppsstraff (RF 2:5§) och kroppsligt ingrepp (RF 2:6§).

Den begreppsarsenal Hohfeld nyttjar framstår måhända som onödigt svårtillgänglig och väl teknisk, men har emellertid vissa förtjänster som skall redovisas nedan (se 4.2.4, 4.5.3 och 4.7). Schemat förtydligar nämligen de olika positioner en individ kan inta, och hur rättighetspositionen historiskt är föränderlig och dynamisk satt i relation till olika samhällsomvandlingar.

4.2.2 Rättighet som intresse eller vilja?

Även om Hohfeld avsevärt har preciserat rättighetsterminologin, kvarstår dock en del oklarheter. Man kan exempelvis fråga när en rättighet blir effektiv, dvs när ett krav får status som rättighet: enligt Hohfeld är en krav(rättighet) reali-

⁶⁷ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 137f. *Liability* har även en synonym i *bound* och *obliged*, se Hohfeld *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 59.

⁶⁸ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 138.

⁶⁹ Enligt Hohfeld: “similarly, a power is one’s affirmative ‘control’ over a given legal relation as against another; whereas an immunity is one’s freedom from the legal power or ‘control’ of another as regards some legal relation,” *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913) s 60.

serbar först i samma ögonblick som en motsvarande plikt uppstår – och enligt Hohfeld måste de födas i samma ögonblick: de är tvillingar. Men är det verkligen så? Det har invänts, att Hohfelds korrelationsteori möter vissa svårigheter: för det första genom den omständigheten att en rättighet (krav) enligt Hohfeld kan sägas existera enbart om det finns en motsvarande plikt. Plikten *föregår* med andra ord rättigheten och rättsordningen skulle därför vara statiskt bunden till de plikter som rätten skapar. Det finns med andra ord ett tidsmässigt vakuum i korrelationen, vilket skapar anomalier i Hohfelds teori, ty att hävda att rätten enbart distribuerar plikter, utan motsvarande rättigheter är motsägelsefullt (och främmande för ett modernt demokratiskt samhälle; detta skulle kunna förbindas med den formella tyska rättsstatsidéen som distribuerar plikter och ansvar). För det andra kan invändas att rätten skapar nya plikter för att skydda *redan befintliga* rättigheter och i detta senare fall är rätten dynamisk, därigenom att plikter kontinuerligt skapas i efterhand för att ge skydd åt framväxten av olika rättigheter:⁷⁰ problemet är emellertid av naturrättslig karaktär, nämligen att rättigheter har en oberoende existens. Som påpekades ovan verkar rättighetskaraktären vara avhängig av rättighetsinnehavarens sociala position, styrka, intresse och perspektiv: dvs korrelativen löser inte per automatik den politiska frågan, utan här hamnar rättigheterna i en analys av parternas situation. Och här finns två huvudperspektiv.⁷¹ Den så kallade *intresseteorin* utgår visserligen från en korrelation (à la Hohfeld), men ser rättigheten i grunden som ett intresse vilket skyddas genom att andra åläggs (motsvarande eller korrelerande) plikter.⁷² Det betyder att innehavaren, enligt Simmonds, av rättigheten också är den avsedde förmånshavaren till en plikt och det betyder också att ”ändamålet med plikten [...] måste vara att gagna rättighetens innehavare.”⁷³ Problemet med intresseteorin är att det bland annat kan vara svårt att avgränsa kretsen av förmånshavare till en plikt (tredje mans plikter): dvs plikten korrelerar inte alltid med rättighetshavarens intresse.⁷⁴ För att försöka undgå detta problem hävdar den sk *viljeteorin* att den part som har en rättighet är den vars *vilja* är avgörande – det innebär att det är rättighetsinnehavarens vilja som avgör om åtaganden skall bestå eller ej.⁷⁵ Det vill säga, att det är rättighetsinnehavaren som kan efterge en plikt, eller med hohfeldska termer: ”det grundläggande momentet hos en rättighet består i en

⁷⁰ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 139.

⁷¹ För en värdefull diskussion om huruvida kravet föregår plikten eller tvärtom i korrelationsförhållandet, se Syse *Rättigheter och förpliktelser – rights and obligations* (1997) som menar att det rent faktiskt och för individen mycket väl kan framstå som att krav och plikter (rättigheter och skyldigheter) inte är tidsmässigt korrelerande, men att det i en logisk mening så dock är fallet, s 11ff.

⁷² Intresseteorin kan föras åter på Rudolph von Jhering, som menade att rättigheten uttryckte ett rättsligen skyddat intresse, se Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 74.

⁷³ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 141.

⁷⁴ Se vidare Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 141.

⁷⁵ Viljeteorin synes gå tillbaka på Bernhard Windscheid, se Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (1989) s 74.

kompetens att avstå från någon annans pliktuppfyllelse.”⁷⁶ Det centrala är alltså kompetensen att efterge plikter eller avstå från anspråk: av detta skäl finns denna kompetens i civilrätten, men inte i straffrätten – civilrätten, men inte straffrätten, tilldelar alltså rättigheter⁷⁷ (privat- och civilrätten bygger i stor utsträckning på korrelationsparet krav/plikt, eller översatt till annan terminologi: prestation/motprestation). Problemet med och invändningen mot viljeteorin är att den tillmäter sådan vikt vid just individens vilje- och valmöjlighet att avstå från genomdrivandet av en plikt, att exempelvis barn enligt viljeteorin inte kan anses vara rättighetsinnehavare eller ha rättigheter. Detta gäller rimligtvis inte bara barn, utan torde även innefatta andra beslutsinkapabla individer, såsom gravt handikappade, personer med förståndshinder eller omyndigförklarade personer mm. Men att därur dra slutsatsen att dessa inte har rättigheter, framstår som orimligt. Neil MacCormick har därför hävdad att korrelationsteorin som både intresse- och viljeteorin förutsätter, är felaktig och hävdar istället att plikter tillkommit för att *skydda* rättigheter: ”rättighetens existens utgör ett skäl som rättfärdigar åläggandet av en plikt.”⁷⁸ MacCormick hävdar att det inte behöver finnas någon korrelation mellan krav och plikt och påstår därmed att en rättighet kan skyddas inte bara av plikter, utan likafullt av friheter, kompetenser eller immuniteter: en rättighet utgör, enligt MacCormick, ett skäl till att föreskriva en plikt. MacCormick representerar en variant av intresseteorin om rättigheter, som alltså hävdar att en rättighet uttrycker ett intresse, som skyddas genom att andra åläggs bli plikter. En rättighet uttrycker med andra ord ett viktigt socialt intresse, som förtjänar skydd. Detta medför att barn⁷⁹ och andra beslutsinkapabla individer således har rättigheter (eller bör tilldelas rättigheter) eftersom de har intressen, eller att det finns ett intresse av att tilldela dem skydd.⁸⁰

Sammantaget innebär det sagda att dessa båda rättighetsteorier kan föras upp på ett samhällsplan. Viljeteorin baseras som synes på föreställningen om rättighetshavaren som en aktiv, autonom, oberoende och självbestämmande agent: ”on this view, the duties correlative to rights are mainly negative in character: they are duties to refrain from obstructing action or interfering with choice, rather than duties to provide positive assistance. This understanding is related in turn to more general considerations of political morality – in particular to principles of *laissez-faire* and minimalist theories of the state.”⁸¹ Viljeteorin ansluter

⁷⁶ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 143.

⁷⁷ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 142.

⁷⁸ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 139. Det skall här noteras att MacCormick inte tillgriper naturrättsliga förklaringar för existensen av befintliga rättigheter, utan de uppfattas som mänskliga artefakter eller konventioner.

⁷⁹ Om barns rättigheter, se Wellman *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals* (1997) samt Sund *Rättigheters funktioner och generella skyddsobjekt, särskilt barn* (1994) och särskilt dess relation till intresseteorin, s 171ff, 185ff.

⁸⁰ Framställningen av MacCormicks rättighetssyn från Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 140, 142f.

⁸¹ Waldron *Introduction* (1985) s 11.

således till den rättsstatliga modellen med negativa rättigheter, såsom Hydén framhävde ovan. Å andra sidan har intresseteorin befunnits vara lämplig för att förklara särskilt socio-ekonomiska rättigheter och de områden där individer eller grupper som behöver samhälleligt stöd eller assistans i olika omfattning berörs.⁸² Intresseteorin förmår därmed ge ett tillfredsställande svar på de intressen som välfärdsstaten finner skyddsvärda – det skall dock påpekas att inte *alla* intressen tilldelas rättighetsskydd, utan enbart de som av olika skäl ur ett samhälleligt perspektiv befunnits vara skyddsvärda

Det finns emellertid också här, som Hydén ovan påtalade, en inbyggd grogrund för konflikt mellan den svage individens intresse kontra det samhälleliga statsintresset – eller med andra ord olikheten mellan ett rättighetsbaserat intresse och ett målbaserat sådant.⁸³ Just frågan om individens intresse kontra det samhälleliga intresset, har det senaste kvartsseklets rättsvetenskapliga debatt lyft fram i ljuset och det finns därför anledning att beakta detta eventuella motsatsförhållande.

4.2.3 Rättigheter som 'trumpf'?

I kapitel 2 stiftades bekantskap med den amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkins uppdelning i rättsregler (rules) och rättsprinciper (principles). Dworkin hävdar att principer, i hans mening, alla kan sägas skydda individens rättigheter eller återföras på individuella rättigheter. Själva kärnan i Dworkins rättighetstes är att mot varje rättighet svarar en princip: rättsprinciper uttrycker rättigheter. Detta innebär att rättigheter, liksom principer, också de har olika vikt och, a fortiori, kan vägas mot varandra. Centralt i Dworkins rättighetsteori eller syn på rättigheter, är att dessa individuella rättigheter inte kan inskränkas eller kränkas av samhälleliga hänsynstaganden av politisk art. Mot principer (och individuella rättigheter) ställer således Dworkin 'policies' eller 'samhälleliga handlingsprogram'.⁸⁴ Med 'policy' eller 'policies' förstår Dworkin sådan lagstiftning som syftar till kollektiva mål om ett samhällelig bättre liv i någon mening. Enligt Dworkin utpekar principles individuella rättigheter, medan policies utpekar kollektiva målsättningar.⁸⁵ Detta bör ses i ljuset av att principer "is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality," medan policies "sets out a goal to be reached, generally improvement in some economic, political, or social feature

⁸² Waldron *Introduction* (1985) s11f. Det är också i denna intresseteoretiska mening man kan hävda att djur har rättigheter (det vill säga det finns ett intresse av att rättsligt skydda djur), en uppfattning den viljeteoretiska inriktningen inte kan omfatta. För vidare läsning i denna fråga, som härmed lämnas, se exempelvis Regan *Djurens rättigheter: en filosofisk argumentation* (1999).

⁸³ Waldron *Introduction* (1985) s 13.

⁸⁴ Jag använder här den översättning som brukas av översättarna till Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) se sid 111 not 1. Fortsättningsvis används dock termerna 'policy' och 'policies.'

⁸⁵ Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 90.

of the community.”⁸⁶ Dworkin menar att ”en princip definierar och skyddar en individuell rättighet, medan däremot ett samhälleligt handlingsprogram uppställer ett kollektivt mål.”⁸⁷ Dessa kollektiva mål, oavsett om de sker i utilitarismens eller den moderna välfärdsstatens namn, kan inte tillåtas inkräkta på den individuella friheten eller rättigheten. Dworkin hävdar, att gentemot ’policies’ utgör rättigheter ’trumpf:’ ”rättigheter är individuella anspråk vilka fungerar som ’trumfkort’ med företräde framför kollektiva mål.”⁸⁸ Med andra ord får en mindre ökning av den allmänna välfärden inte ske på bekostnad av en inskränkning av individuella rättigheter. Dworkins tes är ”att en rättighet är ett politiskt trumfkort som till rangen går före överväganden om den allmänna välfärden, när det gäller att inverka på politiska beslut.”⁸⁹

Dworkins åsikt förefaller plausibel i största allmänhet, men blir genast mindre självklar om man också betänker att ”rättigheter har olika vikt, och den kraft som en rättighet har när det gäller att övertrumfa välfärdshänsyn beror på hur viktig rättigheten är. Men varje rättighet måste ha någon kraft att kullkasta hänsynstaganden till välfärden, annars är den inte en genuin rättighet.”⁹⁰ Vad avser klassiska friheter och liberala rättigheter är Dworkins teori måhända helt rimlig, där just det centrala momentet är *frihet från* staten eller samhälleliga välfärdsprogram. Men hur ställer sig teorin i förhållande till välfärdsstatens positiva och sociala rättigheter, som inte sällan uttrycker samhälleliga välfärdsprogram eller ’policies’? Kan dessa också de sägas vila i och på en princip? Och vidare, kan också de karakteriseras som ’trumfkort’? Och i sådana fall – i relation till vad?

För det första måste konstateras, att de klassiska negativa rättigheter och principer som Dworkin i första hand tänker på, också de naturligtvis är led eller medel i att uppnå ett fungerande samhälle – eller med andra ord, samhälleliga välfärdsprogram. Yttrandefriheten har naturligtvis som syfte att öka eller trygga demokrati och på samma sätt är det med de flesta liberala friheter. Mot detta invänder Dworkin att individen inte har en allmän (oinskränkt) rätt till frihet, utan rätt till vissa speciella friheter.⁹¹

Varför är då rättigheter som stöder ’policies’ dubiösa? Ja, enligt Dworkin skulle de kunna förstås som osjälvständiga *medel* vilka syftar till förverkligandet av ’policies’ och utgör i denna mening således inte trumf; därmed får de stå tillbaka för andra, mer klassiska, rättigheter vid en konflikt.

Mycken kritik har riktats mot att Dworkin inte förmår prestera någon hållbar grund för att särskilja klassiska rättigheter från socio-ekonomiska rättigheter just i förhållande till ’policies’ (välfärdsprogram). Det verkar som om klassiska

⁸⁶ Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) s 22.

⁸⁷ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 111.

⁸⁸ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 112.

⁸⁹ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 153.

⁹⁰ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 154.

⁹¹ Simmonds *Juridiska principfrågor* (1988) s 154f.

rättigheter och principer inte *per se* behöver utgöra trumf mot icke-välfärdsorienterade samhällsprogram: ”it does not explain the trumping force of rights against non-welfarist social goals.”⁹² Tvärt emot att utgöra en grundläggande skillnad finns det en likhet mellan båda rättighetstyperna: vilken man väljer är blott en smakfråga.⁹³ Robert Alexy har hävdats att Dworkins teori om ’trumfkort’ är för grov, och att enbart väldefinierade och definitiva *regler* (’rules’) kan utgöra trumf gentemot ’policies’,⁹⁴ vilket gör att skillnaden mellan negativa och positiva rättigheter i trumfhänseende minskar än mer i betydelse – frågan blir då snarast hur välformulerade och preciserade rättigheterna är. Annorlunda uttryckt och utifrån Alexys reflektion, kan påstås, att ju mer preciserad en rättighet är utformad, desto större vikt åtnjuter den gentemot ’policies.’ Åter igen bör då framhåvas, att här behöver inte med nödvändighet sociala rättigheter utranteras och slutsatsen är att också sociala rättigheter kan utgöra ’trumf’ mot policies.

4.2.4 Rättigheternas dialektik

En generalisering utifrån de anförda rättighetsteorierna är att viljeteorierna är särskilt ägnade till de relationer där en rättighetsinnehavare kan göra gällande sin vilja som ett krav gentemot en annan person; dvs viljeteorierna förklarar bäst de negativa, individuella rättigheterna – eller riktigare rättighet som *frihet*. Intresseteorierna däremot är avhängiga vilka intressen som i ett samhälle anses vara i behov av särskilt skydd i form av rättigheter, det väsentliga är således inte att någon enskild individ kan genomdriva sin vilja, utan istället kan olika individer, grupper och medborgare anses ha särskilda beaktansvärda intressen – dvs rättigheterna blir i viss mån indirekta – och det är då en förklaringsteori som ofta förklarar socio-ekonomiska rättigheter.⁹⁵ Vad avser de sociala rättigheterna leder i allmänhet viljeteorin till en snävare syn på rättighetsbegreppets omfattning i detta avseende, medan intresseteorin har en tendens att uppfatta rättighetsbegreppet betydligt mer vidsträckt avseende sociala rättigheter. Å andra sidan har viljeteorin ett betydligt mer generöst begreppsomfång vad gäller de negativa rättigheterna, medan en motsvarande snäv syn på dessa rättigheter inte med nödvändighet hävdas av intresseteorins förespråkare – snarare uppfattar de senare inga nödvändiga motsättningar härvidlag.

Hohfelds terminologi kanske upplevs som främmande för den dagsaktuella juridiken, men kan icke desto mindre vara behjälplig att belysa rättigheternas relation till samhällseliga förändringar. Appliceras det hohfeldska schemat på rättigheternas historiska och samhällseliga framväxt, framträder olika karakteristika

⁹² Waldron *Introduction* (1985) s 17.

⁹³ Se vidare Regan *Glosses on Dworkin: rights, principles, and policies* (1984).

⁹⁴ Alexy *Individual Rights and Collective Goods* (1992) s 166.

⁹⁵ Waldron *Introduction* (1985) s 11f.

vad avser de skilda rättighetstyperna och en intressant aspekt med Hohfelds rättighetsteori är den 'dialektik' som kan uttolkas i korrelationsschemat. I den förliberala halvfeodala samhällsstrukturen på 1600- och 1700-talen, kännetecknas relationen medborgare/stat av ett lydnessförhållande där medborgaren har ytterst få rättigheter, men desto fler skyldigheter. Dessa skyldigheter, kan man i enlighet Hohfeld se som plikter som staten ålägger medborgarna/undersåtarna – exempelvis skatter, värnplikt mm – i utbyte, i bästa fall, mot någon form av samhällsskydd. Ofta är statsmaktens krav orättfärdiga, men icke desto mindre krav. Samtidigt kan man säga, att en sådan nyss beskriven privilegiestat också har en stor hohfeldsk frihet att agera som den behagar – minns att frihet, av Hohfeld benämns 'privilege' (men också liberty eller freedom) –, vilket i praktiken innebär stort utrymme för godtycke och helt diskretionär maktutövning. Medborgarna har, som korrelerat i denna föga avundsvärda situation, inga krav på statsmakten (dvs icke-krav) att upphöra med dess orättvisa maktutövning (eller åtminstone ingen makt bakom sina krav). Under den omvandling som beskrevs i förra avsnittet sker samhällsförändringar, som innebär att medborgarna och i synnerhet den framväxande borgarklassen alltmer stärker sin sociala position och kan glida från 'icke-krav' till att ställa vissa krav på statsmakten. Samtidigt innebär den medborgerliga glidningen från 'icke-krav' till 'krav' att statsmaktens korrelationsposition undergår en förskjutning, nämligen från frihet/'privilege' till en 'plikt' att uppfylla medborgarnas krav, dvs statsmakten förpliktigas. Denna situation är emellertid inte statisk, utan borgarklassens forna krav att staten skall acceptera en privatsfär, förvänds snart nog till att rättigheterna skall skydda deras *friheter*.⁹⁶ Den rättsordning som nu växer fram (den borgerliga rättsstaten) garanterar i lagstiftning dessa friheter och reglerar de krav som reses på att staten har en plikt i att inte ingripa i marknaden, privatsfären mm. Med tiden kommer dessa borgarklassens friheter att uppfattas som 'privilegier,' mot vilka en framväxande arbetarklass tidigare inte haft förmågan att bjuda motstånd, de har inga verkningfulla krav mot borgerskapets friheter. Men liksom borgerskapet en gång stärkte sin sociala position och därmed förmådde att gå från icke-krav till krav, så gör också arbetarklassen det, de ställer krav och framförallt kommer det att innebära krav på en aktiv stat (och inte en passiv nattvaktarstat) som inte enbart omgärdar den negativa liberala frihetssfären, utan aktiverar sina skyldigheter (plikter) gentemot nya utsatta grupper i samhället. Om det statliga pliktbegreppet under rättsstatsepoken tjänade som ett skydd för de liberala friheterna, blir dess pliktbegrepp under välfärdsstaten mer omfattande och aktivt. Nå, vilken är då den maktposition som välfärdsstaten tillskansat sig? Ja, som framgått i föregående avsnitt innebär statens intervenering och rättsordningens flexibla karaktär

⁹⁶ För en applicering av frihetsbegreppet enligt de hohfeldska kategorierna på Hobbes och Locke, se Martin *A system of rights* (1993) s 32-36; på Locke se Ingram *A political theory of rights* (1994) s 48-53; på Hobbes se Shapiro *The Evolution of Rights in Liberal Theory* (1986) s 41-61 och Waldron *Introduction* (1985) s 6; på Grotius och Mill, se Wellman *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and moral* (1997) s 188-192.

(ramlagar, mål-medelnormer mm), att dess frihet (att styra och utfylla lagstiftning) ökat i väsentlig grad och det finns anledning att begränsa även den välfärdsstatliga normgivningen genom nya plikter och uppmärksamma de krav som vissa grupper och individer har svårt att framföra. Välfärdsstatens frihet har i många fall inneburit en för stor diskretionär makt, ett stort godtycke åt förvaltningen och, hävdar somliga, en omhändertagande paternalism.

De negativa liberala rättigheterna skulle, såsom de är historiskt givna, i den hohfeldska analysen kunna sägas vara dominerade av *friheter*, i det att de tryggar individens frihet från statligt ingripande och godtycke: att de är negativa framkommer, då statens position bygger på en negation, nämligen *icke-krav* vis-à-vis medborgaren. Föreningsfriheten, till exempel, innebär att medborgaren har en frihet att sluta sig samman i föreningar, men han har också friheten att låta bli: staten har således ett motsvarande krav att inte hindra medborgaren att gå med i en förening, liksom staten inte heller kan kräva att medborgaren skall gå med i föreningen. Staten kan således inte kräva (*icke-krav*) något alls av medborgaren: denne har sin frihet.

De aktiva och politiska rättigheterna, som ovan nämndes, som bland annat innefattar rösträtt och medborgarskap kan i det hohfeldska schemat uppfattas som kompetenser, dvs kompetensnormer som tilldelat individerna vissa positioner som dessa kan välja att utnyttja eller inte. Med andra ord, kan medborgarskap och myndighet uppfattas som kompetenser att aktualisera eller alstra vissa friheter eller krav.

Ser man däremot på de sociala rättigheterna, som ovan nämnts baseras på att det allmänna (staten) har att positivt bidra till att trygga individernas tillvaro, är de att karakterisera som skyldigheter eller, med Hohfeld, plikter för det allmänna. Medborgaren skulle då också, teoretiskt sett, inneha en motsvarande kravrättighet till sociala tjänster, men här måste skiljas mellan allmänna välfärdsprogram och mer selektiv individuell särreglering. Kännetecknande är dock att preciserade och individualiserade krav inte har uppställts, så att medborgaren kan utkräva en rättighet: det har bland annat saknats såväl överprövningsmöjligheter som sanktionsmedel. Då detta varit fallet, kan ifrågasättas om de sociala rättigheterna i denna mening är äkta kravrättigheter, det skulle tvärtom vara möjligt att karakterisera statens allmänna skyldighet som en *frihet*, att realisera dem beroende på ekonomiskt och politiskt klimat. Om de uppfattas som friheter, så har individerna heller *inget krav* på staten. Frågan vilken rättighetstyp det gäller (frihet eller krav) växlar tydligtvis med vilket perspektiv och vems position som intas i grundfrågan, dvs staten eller individen. Konstateras bör dock att sociala rättigheter idealtypiskt kan vara *kravrättigheter*, eller att de åtminstone inte kan fränkännas denna karakteristik – och på detta sätt har de en viss likhet med privat- och civilrättens rättighetsdistribution. Svaret på frågan är högst problematisk – men ingalunda exklusivt för de sociala rättigheternas status, och det finns anledning att återkomma till frågan nedan.

Inplacerat på en tidsaxel införlivas rättigheterna successivt i rättssystem och rättsordning; från att ha varit ett allmänt rop på frihet (powers/liberties) mot statlig repression, blir de specificerade krav (claim-rights). Med andra ord kan man hävda att de intressen som blir dominerande vid en given tidpunkt, initialt betraktas som 'friheter' för den aktuella gruppen eller individerna, med andra ord frihet *från* olika former av maktinblandning (statlig intervention). Vid en betraktelse av rättsfältet är rättigheter ofta att förstå som krav på att vissa 'friheter' skall bli erkända: 'friheter' är kanhända att se som moraliska påtryckningsmedel på statsmakten att respektera vissa intressen som friheterna ger uttryck för och förkroppsligar. Inledningsvis skyddas vissa intressen genom sociala konventioner och principer – dessa är de facto skyddade, men ännu icke de jure garanterade. Det handlar alltså om vissa samhälleliga *krav* som vid en viss tidpunkt blir tillräckligt *erkända* för att förvandlas till *rättigheter* inom den rättsliga normativa ordningen.⁹⁷ När den rättsliga systematiken etableras, omvandlas och förrättsligas dessa samhälleliga friheter (eller sociala principer) till juridiska rättsprinciper av mer fast innebörd, de kanske i ett andra steg blir att se som 'kompetenser' för att sedermera bli specificerade 'krav' med en korrelation till plikter. Därpå följer en kompetens- eller befogenhetstilldelning. Sist och i ytterst sällsynta fall blir både friheter och kravrättigheter tilldelade en grundlagsställning som immuniteter.

Som framgår är rättigheterna ständigt under omvandling och har växt fram ur specifika historiska samhällsförhållanden – alla rättigheter är i någon mening därmed uttryck för politiska och socialt grundande faktiska förhållanden; de är inte naturgivna eller exklusiva maktuttryck för individers autonoma viljeförklaringar. Trots denna sociala och historiska varians ställs vissa kriterier på hur en rättighet skall vara konstruerad för att åtnjuta rättslig legitimitet och skydd. Av en rättighet brukar i rättsvetenskapliga sammanhang i allmänhet krävas att den bör vara *konkret* såtillvida att klara rekvisit skall föreligga för rättsföljdens inträde; den skall vara bestämd i *lag*; den skall vara *utkrävbar*; den skall kunna *överprövas*; det skall finnas *statlig tillsyn* och det bör finnas *adekvata tvångsmedel* för rättighetens förverkligande.⁹⁸ Denna 'traditionella' rättighetskonstruktion har naturligtvis syftat till att garantera individen en hög grad av rättsäkerhet och förutsebarhet. Problemet med denna konstruktion är att den är starkt individcentrerad och förutsätter individer som förmår aktualisera 'sin' rättighet, något som Hydén ovan menade kännetecknade den rättsstatliga modellen. Men vilka krav eller kriterier kan då ställas – och har ställts – på välfärdsrättigheter som inte har (haft) samma förutsebarhetsideologi och heller inte aktualiseras av resursstarka individer?

⁹⁷ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 80f. Bobbio anför en viktigt skillnad i att erkänna en *säkerställd* (aktuell) rättighet, och att erkänna *kravet* på en ännu icke säkerställd (potentiell) rättighet, s 82.

⁹⁸ Se bla Strömholm *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning* (1996) s 284 och Eriksson *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 249.

4.3 Hur skall *sociala* rättigheter karakteriseras?

4.3.1 Kriterier på en rättighetslag

Sociala rättigheter underställs i allmänhet samma krav som traditionella fri- och rättigheter, men det är ingalunda ovanligt att ytterligare kriterier uppställs just för välfärdsrättigheter. Till viss del är de därför exklusiva beroende på det allmännas aktiva positiva roll i den välfärdsstatliga modellen Hydén skissade upp. Kraven på dessa rättigheters innebörd har preciserats i mer konkret hänseende och bla Håkan Stoor har angivit vissa kriterier⁹⁾ som skall uppfyllas för att räknas som en rättighet:

1. Är förmånen formulerad som en individuell rättighet, eller är det frågan om en generell reglering?
2. Är förutsättningarna (kriterierna) för att erhålla förmånen angivna i lag?
3. Är förmånens innehåll angivet i lag?
4. Är förmånen beroende av budgetanslag?
5. Föreligger överklagningsrätt?

Som framgår av Stoor's enumeration – som återkommer längre ned (4.5.2) – passar de in på de flesta (grund)lagstadgade fri- och rättigheter. Det särskilt utmärkande bland dessa kriterier är dock den fjärde punkten, nämligen hurvida förmånen är beroende av budgetanslag, vilket undantagslöst träffar just sociala eller positiva rättigheter. Detta kriterium saknar i allmänhet relevans vid bedömningen av negativa rättigheter – i och för sig skulle man hypotetiskt kunna tänka sig en situation där rösträtten skulle underkastas ekonomiska budgetöverväganden, dvs tryckandet av röstsedlar och öppethållande av vallokaler; alltså alla kostnader som är förknippade med genomförandet av demokratiska val till riksdag mm. Men budgetanslaget blir ett exklusivt kriterium just för sociala rättigheter – och det finns anledning att ifrågasätta lämpligheten av ett sådant exkluderande kriterium. Icke desto mindre är Stoor's komponenter viktiga som länkar i en analyskedja, för att kunna avgöra var och hur en rättighetslagstiftning eventuellt brister. Anna Hollander menar att även andra aspekter i att fastställa rät-

⁹⁾ Stoor's enumeration finns i Hollander *Rättighetslag* (1995) s 35. För liknande kriterier se Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 70f samt Westerhäll *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten* (1986) s 629, *Nytt perspektiv på frågan om patienträttigheter* (1996-97) s 427f och *Rättigheter som grund för social trygghet* (1996) s 31 samt Bramstäng *Sociala rättigheters utkrävbarhet och frågan om sanktionsmöjligheter* (1990) s 46.

tigheternas innebörd bör beaktas och utvidgar Stoors rekvisit med några ytterligare komponenter:¹⁰⁰

6. Finns i lagen angivet former för statlig tillsyn och kontroll?
7. Finns i lagen angivna sanktionsmöjligheter gentemot myndigheter för utkrävande av individuella rättigheter?

Även här kan konstateras en viss generalitet vad avser samtliga fri- och rättigheter och till punkt 6 saknas anledning att foga kritiska anmärkningar eftersom den inte strider mot den generella rättighetsdefinitionen, medan punkt 7 rent allmänt sett är problematiskt, vilket jag nedan får anledning att återkomma till. Allmänt kan dock sägas, att ju mer exakt lagens förutsättningar anges – dvs ju fler kriterier den uppfyller av Stoors/Hollanders rekvisit – desto starkare kan rättigheten sägas vara och desto mindre möjligheter finns det att kringgå eller kringskära dess faktiska syften och effekter. Å andra sidan blir emellertid kedjan av kriterier inte starkare än dess svagaste länk, nämligen det faktiska budgetanslaget. Därmed finns det anledning att ifrågasätta punkt 4 – rent faktiskt den kommunala budgetens sammansättning och prioritet – som ett kriterium på en rättighet. I detta fall torde rättighetsdefinitionen vara helt beroende av samhällsekonomisk konjunktur, något som den moderna rättighetsdiskussionen i övrigt fjärrat sig från.

Både Stoor, Hollander och Westerhäll menar att de ovannämnda kriterierna bör ingå i *definitionen* på de sociala rättigheterna. Jag anser det vara problematiskt, bla av det skälet att om ett eller flera av kriterierna inte uppfylls, har man slutledningsvis inte en fullgången 'äkta' rättighet, *trots* att skyddet för ett rättighetsreglerat intresse kvarstår. Istället för att uppfatta dem som kriterier i *definitionen* av en rättighet, torde istället mycket vara vunnet om kriterierna används som *indikationer* på i vilken mån givna rättigheter implementeras, tillämpas eller används av berörda parter. Med andra ord kan kriterierna indikera styrkan eller svagheten i ett rättighetsskydd¹⁰¹ och använda på detta vis, kan det lättare upptäckas var och hur rättssäkerhetsbrister uppstår och därmed i vilka delar en rättighetslagstiftning behöver stärkas, kompletteras eller på annat sätt ges extra resurser och kunskap.

4.3.2 Skyldighets- och rättighetslagstiftning

De kriterier i rättighetsdefinitionen som diskuterades ovan har aktualitet i dagsläget där det allmänna har ålagts visst samhälleligt ansvar genom lagstiftning, ty

¹⁰⁰ Hollander *Rättighetslag* (1995) s 35.

¹⁰¹ Jfr Tuori *Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården* (1993) s 7, som menar att man kan tala om rättigheter av varierande styrkegrad.

det berör själva gränserna för hur långt ett ansvar kan sträcka sig och hur mycket rättighetsreglering som å andra sidan kan krävas. De sociala rättigheterna kan karaktäriseras på olika sätt bl.a. beroende på hur många av de ovan nämnda kriterierna som uppfylls. Kan man tänka sig en lagstiftning som enbart lägger visst ansvar på ena parten, utan att därmed motparten får möjlighet att göra detta ansvar gällande? Med andra ord, kan man tänka sig att någon X har en skyldighet eller plikt gentemot Y, utan att någon Y har ett motsvarande krav på X? Om ja, vilka medel har Y att utverka något från X? I förevarande fall skall särskilt uppmärksammas hur sociallagstiftningen varit en skyldighetslagstiftning utan en korrelerande rättighetslagstiftning eller, för att vara strikt; kravrättighetslagstiftning.

Det är befogat att något närmare granska differentieringen inom området för de sociala rättigheterna själva, och den successiva utveckling som också ägt rum i relation till välfärdsstatens framväxt. Westerhäll har kunnat urskilja, vad särskilt avser de sociala rättigheternas karaktär, tre rättighetstyper.¹⁰² Den första kan benämnas *egentlig* eller *legal rättighet*, vilken är utformad som ett individuellt krav vilket det allmänna skall uppfylla. Det skall vidare i rättighetstermen finnas möjligheter till överklagande. Den enskildes rättsäkerhet tillgodoses genom kravet på överprövning genom domstolsprövning, varvid förutsebarheten ökar för den enskilde och det finns möjligheter att i efterhand kontrollera att rättigheten uppfyllts. Den andra rättighetstypen kan kallas *kvasi-* eller *servicerättigheter* varvid Westerhäll förstår en begränsad rätt att ställa krav på vård- eller omsorgsgivaren i mån av befintliga resurser. En kvasirättighet utmynnar i vissa serviceåtgärder, men rättigheten är sällan uttryckt som en kravrättighet, utan stadgar ofta vissa skyldigheter för det allmänna. Denna modell saknar utrymme för domstolsprövning, enligt Westerhäll, utan olika anmärkningsinstitut (t.ex. socialstyrelsen) och ombudsmannainstitut (t.ex. handikappombudsmannen) tjänar som styrmedel. Det tredje sättet att karakterisera sociala rättigheter är de *målorienterade rättigheterna*, som innehåller vissa målrelaterade åtgärder men som ålägger ansvaret för genomförandet av dessa på omsorgsgivaren och att finna de medel som är nödvändiga härtill. Ofta saknas såväl klagomöjligheter som rättsliga sanktioner för individen, menar Westerhäll.

Ur individens synpunkt varierar naturligtvis rättssäkerhetsgarantierna beroende på vilken regleringsmodell som väljs. Enligt Westerhälls mening ger de egentliga rättigheterna ett större rättsskydd än kvasirättigheterna, vilka i sin tur har ett högre rättsskydd än de målorienterade rättigheterna.¹⁰³ Man kan alltså tänka sig en successiv utveckling bort från de allmänna målorienterade rättigheterna till en situation med ett ökat inslag av egentliga rättigheter: den andra sidan av ett förstärkt rättighetskydd, som inte försumrats och som varit något av kontroversen i rättighetsdebatten, är att en motsvarande skyldighet inträder för det all-

¹⁰² Westerhäll *Patienträttigheter* (1994) s 87ff.

¹⁰³ Westerhäll *Patienträttigheter* (1994) s 90, 98.

männa – och därmed en kostnadsökning. Frågan blir i slutändan en politisk prioritering av hur de olika behoven skall regleras, en reglering som kan komma att ske utifrån resurssituation.

Allmänt sett kan en skyldighetslag(stiftning) sägas innebära, att myndigheten har vissa skyldigheter gentemot befolkningen: dessa skyldigheter är i allmänhet inte tillräckligt preciserade som en individuellt utformad rättighet för den enskilde, så att den kan utkrävas. Ofta saknas också överprövningsmöjligheter av myndighetens beslut.¹⁰⁴

Det som påkallat uppmärksamheten från erfarenheter på det socialrättsliga och förvaltningsrättsliga området är att de lagstiftningsvägar som tidigare valts inte varit tillräckligt effektiva för att genomdriva reformer av önskvärt slag. Lagstiftningen har inte sällan varit av kvasikaraktär – det vill säga, det allmänna (kommunerna) har haft en *skyldighet (plikt)* att, exempelvis, inrätta bostäder, men det har saknats en motsvarande individuell och preciserad *rättighet (krav)* för den behövande, för att nu begagna Hohfelds terminologi. I praktiken har detta inneburit att den sökande saknat möjligheter att ens, så att säga, processa sig till sin rätt. För det allmänna (kommunen eller myndigheten) har denna således *kravlösa plikt* tenderat att uppfattas som en *frihet* för kommunen att, beroende på resurser eller politisk vilja, välja att infria rättigheten eller ej. Man kan möjligen gå ännu ett steg längre och framkasta hypotesen att i realiteten har det allmänna, i Hohfelds mening, en *kompetens* att ändra och reglera rättsliga relationer, till vilka individen har att *underkasta sig*.

Ser man alltså på den andra sidan av korrelationen utifrån omsorgsgivarens perspektiv (staten, kommunen, landstinget) så kan det konstateras att en utökning, medelst skärpning eller precisering, av kravrättighetsdelen innebär ett motsvarande minskat utrymme för kommunens frihet eller kompetens. Eller med andra ord, en mindre möjlighet till diskretionär rättstillämpning och ett minskat resurshänsynstagande – men samtidigt en ökad risk för att behovsprövningen blir oflexibel och stelbent. En annan risk med olika regleringar avseende sociala rättigheter är tendensen att de ställs mot varandra. Westerhäll anför att:

Som ett skäl till att införa en rättighetslagstiftning inom hälso- och sjukvårdens område kan anföras att de omsorgsberättigade [enligt HSL], som endast har omsorgen som en social service, kommer att lägprioriteras i förhållande till de omsorgsberättigade [enligt LSS], som har omsorgen som en social rättighet.¹⁰⁵

Kvasirättigheter kan spelas ut mot legala rättigheter inom samma rättsområde. Detta betyder att ett val eller avvägning måste träffas mellan angelägenheten i individens omsorgsbehov och omsorgsgivarens ansvar och ekonomi. Här kan man finna åtminstone två argument *mot* respektive *för* en egentlig rättighetsreglering. *Mot* en sådan kan anföras att det under givna ekonomiska ramar (knappa re-

¹⁰⁴ Kähl *Socialarbetarkåren* (1995) s 52 och Westerhäll *Patienträttigheter* (1994).

¹⁰⁵ Westerhäll *Patienträttigheter* (1994) s 95.

surser etcetera) inte finns en realistisk möjlighet att förverkliga dem, utan att en kvasirättighet bör föredras; dessutom kan den valda modellen strida mot den kommunala självstyrelsen. För införandet kan anföras ”den rakt motsatta ståndpunkten, nämligen att en egentlig rättighetslagstiftning, vars primära syfte ju är att tillgodose svagas ställning i samhället, är absolut nödvändig i rådande ekonomiska krissituation, men att en viss selektion måste göras i syfte att urskilja de skyddsvärda svaga grupperna.”¹⁰⁶

Westerhäll menar, att då det inte finns ett effektivt rättighetsskydd för den enskilde och i de fall då det är kommunen som bestämmer innehållet och den närmare innebörden av sociala omvårdnadsbehov, det finns skäl att ifrågasätta om den nuvarande staten fortfarande kan betraktas som en egentlig välfärdsstat. I synnerhet blir detta påtagligt då kommunerna:

Gör gällande att det på grund av principen om kommunalt självstyre är de som avgör vilket innehåll den norm skall ha som innehåller riktlinjerna för vad som är skälig levnadsnivå i kommunen. Man motsätter sig följaktligen en riksnorm. Det innebär att en kommun kan hänvisa till bristande resurser för att inte betala ut något bistånd eller för att betala ut ett bistånd som är lägre än dagens. En sådan tolkning medför att ett socialt bistånd inte uppfyller kriterierna för att utgöra en legal rättighet. Staten kan inte längre betraktas som en välfärdsstat, i vart fall ej i detta avseende, utan snarare som en servicestat, som tillhandahåller bistånd i mån av prioriteringar och ekonomiska val.¹⁰⁷

Denna skillnad, som Westerhäll påtalar, mellan en *välfärdsstat* som tilldelar rättighetsinnehavarna sina rättigheter och en *servicestat* som uppfattar de sociala rättigheterna som förmåner, är väsentlig att notera. Westerhäll efterlyser en grundrättighetsdebatt som utökas till att omfatta de sociala rättigheterna och någon form av grundlagsskydd för den sociala tryggheten.¹⁰⁸

4.3.3 En teoretisk bedömning av sociala rättigheter

Det finns alltså viktiga förbindelser mellan skilda rättighetstyper och möjligheter till jämförelser dem emellan uppstår också. Innan en uppsummering av de sociala rättigheternas status gentemot andra klassiska rättigheter företas, skall vissa invändningar som riktats mot just sociala rättigheter beaktas. Ofta påstås det, både i juridisk och politisk debatt, att sociala rättigheter inte är några ’riktiga’ eller ’äkta’ rättigheter och argumenten brukar framföras på flera olika grunder, vilka jag skall försöka bemöta. I anslutning till Ludvig Beckman kan man urskilja

¹⁰⁶ Westerhäll *Patienträttigheter* (1994) s 102.

¹⁰⁷ Westerhäll *Rättigheter som grund för social trygghet* (1996) s 32.

¹⁰⁸ Westerhäll *Rättigheter som grund för social trygghet* (1996) s 32ff. Se Nords redogörelse för den svenska debatten i frågan huruvida sociala rättigheter bör eller inte bör ges konstitutiv status, *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001).

olika mot sociala rättigheter riktade invändningar: till de tre första invändningarna han anför, har jag dessutom beaktat ytterligare några.

a. *Giltighetsargumentet*.¹⁰⁹ Ett argument som riktas mot sociala rättigheter är att de inte är rättigheter i 'egentlig' mening, varvid själva giltigheten för dem ifrågasätts. Argumentet bygger på föreställningen att positiva rättigheter är rättigheter *till* något, medan 'egentliga,' det vill säga negativa liberala, rättigheter är rättigheter *från* något. Sätillvida säger kritiken inget nytt. Men eftersom sociala rättigheter är kostsamma och krävande, måste staten finansiera dem med skattemedel. Denna finansieringsbas leder därmed till "ständiga, aktiva, statliga ingripanden i befolkningens liv"¹¹⁰ och de förutsätter därmed "statligt tvång:"¹¹¹ därmed skulle de skilja sig så pass väsentligt från rättigheternas själva idé och syfte, att sociala rättigheter inte är 'egentliga' rättigheter, utan på sin höjd icke förpliktigande förmåner. Sociala rättigheter är alltså, enligt denna åsikt, inte fristående (autonoma) såsom politiska och medborgerliga fri- och rättigheter, utan de är *beroende* av ekonomiska resurser och avser också att *distribuera* ett allmänt välfärdsutbud, som beror på statlig intervention: Nergelius menar därför att de sociala rättigheterna "inte bör ha samma konstitutionella status [som de negativa rättigheterna. HG]; en sådan åtgärd är meningslös, eftersom de sociala rättigheternas förverkligande oavsett deras konstitutionella reglering i slutändan är avhängig statens ekonomiska resurser."¹¹² Beckman invänder att argumentet –

¹⁰⁹ Beckman *Barnkonventionen och den svenska grundlagen* (2001) s 21ff.

¹¹⁰ Norberg *Fullständiga rättigheter. Ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna* (1999) s 19.

¹¹¹ Nordin *Rättighetsliberalism* (2000) s 170. Jag vill här exemplifiera, med ett citat av Nordin *Ekonomi, teknik och sambälle* (1992) s 43f, hur en långt driven nyliberal syn på rättighetsdiskursen kan ges uttryck:

Om med 'sociala rättigheter' menas (vilket det oftast gör) att varje medborgare har en rätt att på andras bekostnad erhålla sådana varor och tjänster som krävs för sjukvård, utbildning och barnpassning, så är det uppenbarligen inte fråga om några naturliga rättigheter. De förutsätter nämligen bl a en statlig tvångsapparat. Tvärt om, sådana sociala 'rättigheter' strider klart mot antislavpostulatet. För att finansiera den 'fria' tillgången på sjukhus, skolor och daghem krävs bl a skattekonfiskation av privat egendom. Och eftersom egendom representerar någons arbete, så innebär välfärd i statlig regi alltid att någon tvingas att arbeta för andra. Och detta är förstas rätt och slätt ett legaliserat slaveri som inte borde få förekomma i civiliserade samhällen.

All tvångsmässig omfördelning, genom skatter eller genom utdelandet av privilegier, strider mot kravet på personlig frihet. En människa får inte degraderas till blott ett medel för andras intressen. Och ett medel blir hon då det är den nakna makten – statens eller andras – och inte hennes fria vilja som styr hennes göranden och låtanden. Detta går inte att komma ifrån, alldeles oavsett hur lönsam eller behjärtansvärd en sådan omfördelning än verkar vara.

Det ovanstående har uppenbarligen inte hindrat Nordin att söka statliga forskningsmedel från FRN (!) vilket han, cyniskt, uttrycker i sitt tack till skattebetalarna, s 11.

¹¹² Nergelius *Konstitutionellt rättighetskydd* (1996) s 53.

distinktionen rätt *till* respektive rätt *från* – delvis är retoriskt eller språkligt, eftersom rätt *från* (en negativ rättighet *från* att, exempelvis, torteras) förutsätter en positiv rätt *till* något (en positiv rätt *till* vår kropp). För det andra är inte enbart sociala rättigheter positiva – rätt *till* – utan också politiska liberala rättigheter är positiva: exempelvis rätten *till* domstolsprövning och rätten *till* att ta del av allmänna handlingar.¹¹³ För det tredje är påståendet att enbart sociala positiva rättigheter är kostsamma tveksamt enligt Beckman; tvärtom avsätter staten stora resurser – rättsliga, polisiära etcetera – åt att bevaka och upprätthålla de negativa rättigheterna.¹¹⁴ Om argumentet skall äga någon generell bärkraft, torde slutsatsen vara, att *alla* de rättigheter som *de facto* är kostsamma bör fränkännas rättighetsstatus. Antagligen kommer därmed en stor del av de klassiska negativa rättigheterna att sakna konstitutionell rättighetsstatus.

b. *Förenlighetsargumentet*.¹¹⁵ Detta argument hävdar att det finns en grundläggande konflikt mellan negativa liberala rättigheter och sociala välfärdsrättigheter, och att de senare *hotar* de förra. Sociala rättigheter skulle enligt denna syn, inte vara förenliga med klassiska rättigheter. Konsekvenserna av att förverkliga sociala rättigheter kommer alltid i konflikt med de negativa rättigheterna, enligt denna syn. Carl Rudbeck menar att ett främjande av sociala positiva rättigheter till och med innebär en *kränkning* av de negativa, eftersom det förutsätter att någon annan åläggs en plikt (vilket är motsatsen till liberalismens själva frihetsbegrepp).¹¹⁶ Jag menar att detta möjligtvis är ett ekonomiskt motargument – det vill säga de positiva rättigheterna stjälar resurser från de negativa och hindrar därmed de senares skydd, men detta strider mot det grundantagande som samma debattörer anför, nämligen att enbart positiva rättigheter är kostsamma. Det innebär samtidigt naturligtvis ett bejakande av att också negativa rättigheter kostar. Beckman menar att det inte finns någon begreppslig motsättning mellan rättighetstyperna: varför skulle rätten till sjukvård, strida mot rätt till yttrandefrihet? Dessutom kan mycket väl rättigheters olika vikt uttryckas inom ramen för konstitutionellt skydd. Bakom denna uppfattning ligger, menar Beckman, den ideologiska föreställningen att det inte kan förekomma konflikter mellan negativa rättigheter; detta är en ohållbar föreställning, eftersom också dessa rättigheter ofta är i konflikt med varandra, såsom yttrandefriheten kontra personlig integritet etcetera.¹¹⁷

¹¹³ Exemplet från Beckman *Barnkonventionen och den svenska grundlagen* (2001) s 22.

¹¹⁴ Om *resursargumentets* ohållbarhet, se också Nord *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001) s 56f.

¹¹⁵ Beckman *Barnkonventionen och den svenska grundlagen* (2001) s 24ff.

¹¹⁶ Den som åläggs denna plikt, blir då staten med dess 'överdimensionerade offentliga sektor' som måste 'konfiskera' medel – via skattesystemet – till att finansiera välfärdsrättigheterna, s 29. Utifrån en liberal ståndpunkt, menar Rudbeck, att det i den liberala rättsfilosofin endast finns negativa rättigheter, *Den fula ankungen eller den oälskade liberalismen* (1997) s 29.

¹¹⁷ Beckman *Barnkonventionen och den svenska grundlagen* (2001) s 24f.

c. *Lämplighetsargumentet*.¹¹⁸ En tredje invändning benämner Beckman för lämplighetsargumentet, med vilket ifrågasätts lämpligheten i att ge sociala rättigheter konstitutionellt skydd, eftersom de bla är politisk kontroversiella. En konstitution bör, menar kritikerna, endast skydda och ge uttryck åt de gemensamma grundläggande principerna och värdena i samhället. Beckman ifrågasätter om ens de negativa rättigheterna alltid bygger på full konsensus och ställer sig också frågande till om sådan full konsensus kan uppnås, tvärtom torde alla rättigheter i någon mening vara kontroversiella för någon.¹¹⁹ Till detta vill jag foga, att denna konsensuella syn har påtagliga likheter med monocentriska åsikter att staten skall återspegla en monokulturell och homogen rättsuppfattning. Ett ytterligare motargument är naturligtvis att dagens rättigheter är historiskt betingade och att de sedermera erhållit konstitutionell status (genom politisk kamp, bland annat) just på grund av att de *då* gav uttryck för kontroversiella åsikter – alltså, kan man hävda att rättigheter *bör* vara samhälleligt pådrivande och progressiva, det vill säga kontroversiella, och inte blott vara kodifieringar av förhärskande värderingar. Detta torde inte minst framgå av konventionerna om kvinnors och barns rättigheter, vilka fortsätter att uppröra.

d. *Korrelationsargumentet*. En annan invändning är att man visserligen kan hävda sin rätt till ett visst, kanske specificerat, välfärdsutbud, men att detta *inte* är en *rättighet* i *egentlig* mening, eftersom en rättighet endast kan uppkomma om det finns en klart *korrelerande plikt*, vilket ofta har saknats vad avser sociala rättigheter, delvis beroende på att de varit allmänna rättigheter och inte specificerade och individuella. När Hohfeld diskuterar rättigheter, är det centrala momentet i teorin tesen om korrelat – detta har, som nämnts, även kritiserats. Alla rättigheter har ett korrelat, särskilt intressant är relationen kravrättighet och dess korrelat plikt. För Hohfeld föreligger en strikt korrelation häremellan och tas denna *hohfeldska utgångspunkt* vill jag mena, att man kan dra slutsatsen att inget talar emot att sociala rättigheter skulle utgöra genuina eller äkta rättigheter, i de fall man applicerar schemat i vertikalledet och särskilt då stat/medborgare.¹²⁰ De liberala rättigheterna kan ju snarast karakteriseras som *friheter*, där alltså statsmakten har ett icke-krav på hur medborgaren skall agera. I vertikalledet är det paradoxalt nog enbart sociala rättigheter, som både uppfyller krav-rättigheten och plikt delen. En preliminär analys av sociala rättigheter ger bland annat anledning till följande reflektion: det finns inget i de sociala rättigheternas *logiska* (eller om man så vill *analytiska*) struktur – i hohfeldsk mening – som särskiljer dem från andra rättighetstyper. De skillnader som finns är beroende av samhällelig situation – eller med andra ord, avhängiga politisk vilja. Snarast verkar analysen ge för handen att sociala rättigheter är *genuina* 'krav-

¹¹⁸ Beckman *Barnkonventionen och den svenska grundlagen* (2001) s 26ff.

¹¹⁹ Om 'obehövighetsargumentet,' se Nord *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001) s 56f.

¹²⁰ För denna vertikala iakttagelse, se Landelius *Själobestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten* (1996) s 33f.

rättigheter' i Hohfelds mening, eftersom de utgör krav (från individen) med tillhörande plikt (för det allmänna). De är alltså mer i samklang med den uppfattning man annars tillskriver traditionella politiska och negativa rättigheter. En odiskutabel korrelation föreligger således här.¹²¹

e. *Reciprocitetsargumentet*. Ibland framförs åsikten att en äkta rättighet baseras på begreppsparet *prestation – motprestation*, det vill säga för att ha rätt till något, måste personen i fråga även (mot)prestera något. Det vill säga innebär en rättslig relation, exempelvis ett köp mellan två parter att det baseras på ömsesidiga åtaganden: om jag har ett krav att du skall betala mig 100 kronor, har du en plikt att betala mig denna summa, men detta grundar sig på det förhållandet att jag har en plikt att tillhandhålla dig varan som du köpt av mig, du har alltså ett krav på mig att varan utlämnas till dig. Rättsliga relationer kännetecknas således av en rättighetsreciprocitet eller rättighetstransaktion.

Denna typ av resonemang har blivit allt vanligare i den allmänna debatten, kanske särskilt beträffande socialbidrag och rätten till arbetslöshetsunderstöd. Innebörden i invändningen är att den behovsökande enbart bör vara berättigad till nämnda understödsformer (alltså: statens prestation) under förutsättning att han själv *gör något*, dvs motpresterar något: vilket särskilt saknas när det gäller välfärdsrättigheter. Här föreligger en egendomlighet, nämligen att detta reciprocitetskrav på prestation/motprestation enbart förekommer när *sociala* rättigheter diskuteras. Det vore anmärkningsvärt och i högsta grad uppseendeväckande om rätten till religionsfrihet, yttrandefriheten eller rösträtten på ett liknande sätt vore villkorade med ett motprestationskrav! Ett sådant, låt säga, *villkorat samhälle* vore inte långt från den rena godtycklighetens kant: det vore absurt att kräva reciprocitet i förhållande till klassiska rättigheter, exempelvis yttrandefrihet och religionsfrihet.¹²² Men varför förekommer det just i frågan om *sociala* rättigheter? Ja, det finns en ideologiskt färgad tendens att betrakta just sociala rättigheter som *förmåner*: ja, själva begreppet 'förmån' är i högsta grad ideologiskt, exempelvis benämns inte yttrandefriheten eller rätten att inte utsättas för tortyr som en förmån, för vilken man skall tacka och buga. Ingela Kåhl har menat att det kan bli "vanskligt att tala om rättigheter inom socialtjänsten när rättigheter (förmåner) tenderar att bli politiska redskap för en fördelning av allt knappare resurser. Att ställa *kravet arbete* som motprestation till socialtjänstsökande är en del i uppfattningen om rättigheten som förmån. Arbete som

¹²¹ Se dock Sandu/Kuokkanen *On social rights* (1990), som deontiskt menar att sociala rättigheter också kan ses som en hohfeldsk frihet, nämligen i den meningen att individen har en frihet att inte hindras i att få sina *materiella möjligheter* (material opportunity) till att handla tillgodosedda, s 93. En intressant parallell torde här gå att dra till Sens teori om frihet som 'förmåga' (capability), *Utveckling som frihet* (2002).

¹²² Däremot finns det naturligtvis vissa begränsningar eller villkor avseende alla rättighetstyper, men jag menar att begränsningar inte kan jämföras med kravet på motprestation. Å andra sidan kan man väl i och för sig anse att alla rättigheter är disciplinerande, lojalitetsskapande och legitimitetsberoende, men då är det inte ett särtecken för just sociala rättigheter.

motprestation upprätthåller social skiktning [...].”¹²³ Genom att olika krav på motprestation införs, individualiseras ett strukturellt problem och individen får bära ansvaret för att erhålla en till förmån transformerad rättighet. Enligt Kåhl så upprätthåller ”denna individualisering [...] myten om asocialitet och lättja hos medborgarna utanför arbetsmarknaden.”¹²⁴ Det vill säga, i förmånstänkandet ligger en stark moralisk dimension, i att den givna förmånen baseras på givarens frivillighet och välgörenhetskänsla, varför en viss social motprestation i form av en tacksamhetsskuld krävs av mottagaren. Det är bland annat denna syn som kännetecknade den socialkonservativa (bismarckska) socialpolitiken under 1800-talet.

f. *Sanktionsargumentet.* Ofta framförs att en *sanktion* måste till för att göra en rättighet verksamt: det vill säga saknas reella möjligheter till att genomföra – förverkliga eller realisera – ifrågavarande rättighet, är det ingen rättighet värd namnet. Detta pragmatiska argument, är även det ofta ett exklusivt argument avseende sociala rättigheter. Om jag har en rätt till exempelvis religionsfrihet och om staten, eller en annan person, hindrar mig att utnyttja den, är det väl uppenbart att det inte gör att jag inte har den (eller det intresset)¹²⁵ – snarare finns det väl desto större skäl till starka rättigheten, eventuellt grundlagsfästa den.

Vad som emellertid gör saken besvärlig är att sanktioner för uppfyllande av rättighetens plikt del i allmänhet saknats vad avser offentliga myndigheter: dvs sanktioner riktade mot det allmänna för att garantera plikt-korrelationen har saknats – att detta har såväl historiska som sociala förklaringar, skall nedan förklaras. Men när det gäller påståendet att en rättighet *med nödvändighet måste* ha en sanktion kopplad till sig, skall dock framhållas att det inte är essentiellt för en rättighets logiska eller analytiska struktur. Enbart för att *genomdriva* den. Robert Alexy menar att själva implementeringen av eller möjligheten att ’genomföra’ en rättighet *inte* kan utgöra ett nödvändig beståndsdel i definitionen av rättighetsbegreppet, utan måste hållas avskilt från detta: ”the existence of a right is a substantive reason for its enforceability”¹²⁶ och inte – märk väl – tvärtom. I det fall en preciserad plikt del med tillhörande sanktion för det allmänna saknas kan rättigheten åtminstone betecknas som en kvasirättighet, en rättighet som på grund av olika skäl ännu är ofullgånge, men som inte behöver fränkännas rättighetsstatus – eller fränkännas det intresse som kan ligga bakom regleringen. Med andra ord kan implementeringssvårigheter knappast innebära, att ett skyddsvärt intresse upphör att existera eller att det inte kan formuleras i rättighetstermer. Frågan om vilka rättigheter som kan, skall eller bör genomdrivas är – åter igen – snarast utslag av politiska ställningstaganden, val och prioriteringar.

¹²³ Kåhl *Socialarbetarkåren* (1995) s 57.

¹²⁴ Kåhl *Socialarbetarkåren* (1995) s 57.

¹²⁵ Jfr Nords jämförelse med folkrätten, *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001) s 54.

¹²⁶ Alexy *Individual Rights and Collective Goods* (1992) s 166. Jfr också Algotsson *Medborgarrätten och regeringsformen* (1987) s 16f.

Sammanfattningsvis framstår de ovanstående invändningarna (a-f) mot sociala rättigheter inte som särskilt övertygande eller teoretiskt välgrundade. Om dessutom Hohfelds begreppsanalys läggs som en tolkningsram över sociala rättigheter är det inget som talar emot att även de, under förutsättning att de är tillräckligt preciserade, kan ges status som aktiva krav-rättigheter. Inte heller synes Dworkins teori som principer som trumf i förhållande till policier (välfärdsprogram) med nödvändighet utesluta de sociala rättigheterna, vilka även de kan ges status som trumf. Att de sociala rättigheterna verkligen har en välmotiverad grundval (jämför kapitlets inledande citat av Bobbio) hoppas jag har framgått av det ovanstående, att de däremot skulle vara svårgenomförbara (åter Bobbio) utgör dock ingen väsentlig del i rättighetsdefinitionen och heller inget stöd för att deras legala ställning, utifrån denna synvinkel, skulle behöva ifrågasättas. Med utgång i det förgående resonemanget skall utrönas om det, trots de ideologiska föreställningar eller motargument som ovan anförts, också är möjligt att rekonstruera och vidareutveckla det sociala rättighetsbegreppet i en annan riktning än den nuvarande svagt utvecklade och ideologiskt hämmade uppfattningen.

Lars D Eriksson har efterlyst ett nytt teoretiskt fundament för att utarbeta en teori som syftar till att ge de sociala rättigheterna status som genuina rättigheter; ja, att återskapa rättighetsbegreppet såsom ett äkta rättighetsbegrepp.¹²⁷ Eriksson noterar, att den moderna socialpolitikens rättssystem förvisso har verkat socialiserande och uppbyggande, men har samtidigt varit en socialt nedbrytande mekanism där sociala relationer utsatts för ett omfattande förrättsligande, ”individ-individrelationen har ersatts av relationen individ-myndighet, individ-socialarbetare.”¹²⁸ Orsakerna till förrättsligandet ligger dels i regelsystemets höga målnivå vilket rent faktiskt resulterat i en maktdelegering till förvaltningen, med en omfattande byråkratisering och rutinisering som följd. Både förrättsligandet, byråkratiseringen och maktdelegeringen missgynnar lätt utsatta och resurssvaga individer. En bidragande orsak är också att ”traditionellt har rättsordningen varit individcentrerad och rättighetscentrerad, medan den moderna rättsordningen – och framförallt den offentliga rätten – är alltmer systemorienterad. Individen håller på att försvinna som rättssubjekt,” menar Eriksson.¹²⁹ Att individerna inte har erhållit fullgott rättsskydd eller rättssäkerhet ens under välfärdsstatens hägn, beror till avgörande del på den ideologiska inställning som vidlåter det sociala rättighetsbegreppet, menar Eriksson, ty ”sociala rättigheter uppfattas fortfarande såsom förmåner, vilket i praktiken betyder att staten (eller kommunerna) i princip fritt får disponera över dessa och anknyta villkor till dem. Den ideologiska utgångspunkten för förmånstänkandet är, att då staten överlåter något av värde, dvs en förmån, till enskilde, så får den därmed även rätt att a)

¹²⁷ Eriksson *Sociala rättigheter som en ny form av egendom* (1992c) s 281 samt *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 261.

¹²⁸ Eriksson *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 240f.

¹²⁹ Eriksson *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 248.

övervaka, b) undersöka, c) reglera, d) straffa och e) uppställa villkor.”¹³⁰ Eriksson skisserar flera sätt att hämma detta förmånstänkande, denna nedbrytande socialisering och detta förrättsligande; det krävs på ett strukturellt plan att socialrätten återbördas till sina sociala sammanhang, till *lebenswelt*, där nya självförvaltande sociala nätverk tillåts uppstå. En sådan decentralisering och demokratisering – en socialrättslig reflexivitet – är inte detsamma som en långt driven privatisering, utan bör ligga nära de reflexiva diskursmöjligheter, som finns antydda i anslutning till Teubners teorier. Ett annat sätt att komma tillrätta med de nämnda problemen, är att utveckla offensiva rättssäkerhetsgarantier (en fråga som emellertid får anstå till kapitel 6), men också att rekonstruera det sociala rättighetsbegreppet så att ”det borde vara möjligt att formulera rättigheterna såsom äkta rättigheter med ett specifikt rättsligt innehåll.”¹³¹ Eriksson tänker sig, liksom Westerhäll tidigare, för det första att de sociala rättigheterna bör få ett lika starkt konstitutionellt skydd som de klassiska rättigheterna åtnjutit och de bör också knytas starkare till rätten till självbestämmande och personlig frihet.¹³² I mer konkret hänseende hävdar Eriksson att sociala rättigheter skall beviljas om kriterierna är uppfyllda; att tillfogade villkor inte får strida mot grundrättigheter eller mänskliga rättigheter i övrigt; att rättigheterna inte får åtföljas av oskälig kontroll, övervakning eller ingrepp i privatlivet; återkallande av förmåner givna genom rättigheterna bör ske rättsligt, varvid besvärsmöjligheter måste finnas; återkallande skall endast kunna ske i extrema fall och de normala sanktionerna borde vara skadestånd och straff och inte förlust av förmånen i sig. De sociala rättigheterna skulle enligt Eriksson ses som en ny form av egendom jämförbar med egendomsbegreppets status och som skulle kunna erhålla samma starka konstitutionella skydd som detta traditionellt åtnjutit. Poängen är alltså att delvis modellera de sociala rättigheternas status efter de liberala fri- och rättigheterna, för att på så sätt förhöja deras status inom rättssystemet.

4.3.4 Rättighetsmoral eller ansvarsetik?

Hitintills har möjligheterna att på olika grunder jämföra sociala rättigheter med andra rättighetstyper undersökts och också huruvida de kan jämföras med dem, varvid den etablerade rättsvetenskapliga rättighetsterminologin och rättighetsideologin brukats. Det finns dock en fara med att jämföra sociala rättigheter med negativa liberala rättigheter och det är att också de kommer att individualiseras. Men det finns också en annan risk som består i åsikten att allt och allting etiketteras rättigheter – att alla krav och behov skall få rättighetsstatus, med konsekvensen att rättighetsbegreppet urvattnas och förtunnas. Det finns anledning att

¹³⁰ Eriksson *Sociala rättigheter som en ny form av egendom* (1992c) s 280.

¹³¹ Eriksson *Socialrätten – i kris eller utveckling?* (1992b) s 261.

¹³² Eriksson *Sociala rättigheter som en ny form av egendom* (1992c) s 283.

allmänt sett ifrågasätta den rättighetsmoral som vuxit fram under senare hälften av 1900-talet menar Lars D Eriksson som i artikeln *Ansvarsetik eller rättighetsmoral? Ett diskussionsinlägg om välfärdsstatens kris* har problematiserat och belyst denna 'rättighetsmoral.' Ja, det är paradoxalt nog samme Eriksson som i avsnittet ovan starkt framhävde de sociala rättigheterna. Han hävdar att välfärdsrättigheterna inte kan övervinna liberalismens frihetskrav genom kravet på social rättvisa, eftersom välfärdsstaten utgör en fortsättning på liberalismen och inte ett kvalitativt brott med densamma. Tvärtom har välfärdsrättigheterna kommit att baseras på en redan existerande liberal rättighetsmoral till skillnad från en ansvarsetisk grund, som Eriksson förespråkar. Välfärdsrättigheterna utgör alltså inte ett avsteg från de grundläggande liberala uppfattningarna, dels pga att de liksom traditionella rättigheter fungerar *vertikalt*, för det andra att också välfärdsrättigheterna är *individuella*. Trots att välfärdsrättigheterna förutsätter en intervernerande stat, har "de inte desto mindre lämnat de sociala och ekonomiska strukturer intakta som i sista hand genererar social orättvisa."¹³³ Iakttagelsen förefaller plausibel, men Erikssons konklusioner kan uppfattas som tämligen provocerande.

Eriksson hävdar de sociala rättigheterna är gränslösa eftersom det inte finns några gränser för hur mycket de kan omfatta. Detta innebär "att då nya individuella behov uppstår eller då vi blir medvetna om vilka våra behov egentligen är, kan vi alltid formulera våra krav på att de skall tillfredsställas såsom rättigheter: vi har rätt att göra anspråk på att staten tillfredsställer våra behov."¹³⁴ Denna rättighetsmoral och detta rättighetscentrerade system leder, enligt Eriksson, till ett förfall för det moraliska ansvaret bland medborgarna. Han framhäver ett antal särdrag för välfärdsrättigheterna. För det första ålägger de sociala rättigheterna inte "medborgarna och de enskilda individerna några som helst sociala skyldigheter eller förpliktelser i deras inbördes relationer" och för det andra tvingar systemet "den enskilde att koncentrera hela sin uppmärksamhet på att just hans eller hennes rättigheter beaktas och respekteras," vilket på sikt leder till "att alla former av social solidaritet och gemenskap tunnas ut och försvagas"¹³⁵ Vidare så kräver inte rättighetslogiken att "vi bör tänka på kommande generationer, dvs rättigheterna ålägger oss inte några som helst förpliktelser inför framtiden."¹³⁶ För det fjärde innebär det att då vi som "enskilda individer har rättigheter utan motsvarande skyldigheter resulterar [det] lätt i passivitet i förhållande till staten och det politiska systemet"¹³⁷ och vilket avslutningsvis, menar Eriksson, bidrar till att de sociala frågorna avpolitiserar.

Eriksson anser till och med att "rättigheterna inte [är] 'sociala' i ordets egentliga bemärkelse, dvs de är inte gemenskapsskapande utan de är i stället individualistiska. Men de är *antisociala* i ännu en bemärkelse: de ger de sociala myndighe-

¹³³ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 5.

¹³⁴ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 5f.

¹³⁵ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 6.

¹³⁶ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 6.

¹³⁷ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 6.

terna stor makt och vida prövningsmarginaler och de har på det sättet fått både auktoritära och disciplinerande funktioner.”¹³⁸

Eriksson förespråkar en ansvarsetik som syftar till att övervinna rättighetsmoralen: “Medan liberalismen söker svaret på alla moraliska, politiska och rättsliga problem utifrån en rättighetsetik, tror jag att vi som vill övervinna liberalismen måste söka svaret i en ansvarsetik. Det är en ansvarsetik som innebär att vi inte har ansvar och skyldigheter enbart i förhållande till oss själva och vårt välbefinnande utan också i förhållande till våra närmaste, till det samhälle vi lever i och den natur som omger oss, ett ansvar som i sista hand utsträcker sig till kommande generationer och hela mänskligheten.”¹³⁹ Det betyder att “ansvarsetiken knyter individer och grupper närmare varandra; rättighetsetiken fjärrar såväl individer som grupper från varandra.”¹⁴⁰ Eriksson menar att det som krävs är att det på såväl mikronivå som samhällsnivå byggs upp olika välfärdsnätverk – och kanske tiden efter välfärdsstaten är de fragila nätverkens tid? Eriksson tangerar å ena sidan rådande privatiseringstankar rörande välfärden, men å andra sidan, vilket förmodligen är Erikssons avsikt, syftar det till ett utvecklande av reflexiva närdemokratiska institutioner med ett erövrande av en mellanmänsklig etisk hållning.

När Lars D Eriksson alltså påstår att välfärdsstaten blott är en förlängning av liberalismen och rättsstatsideologin har han i viss utsträckning rätt och beroende på detta får det givetvis konsekvenser för vad man anser att de sociala rättigheternas status *bör* och *kan* vara. Förvisso kan man hävda att alla rättighetstyper är vertikala (stat/medborgare) och att de kan ställas mot en horisontell uppfattning baserad på ansvarsetik. Jag vill emellertid hävda att flertalet av de konsekvenser som Eriksson målar upp inte är *resultat* av välfärdsrättigheterna själva, utan *orsakas* av att de individualistiska liberala rättigheterna utgör den ideologiskt verksamma måttstocken på välfärdsrättigheternas effekt och legitimitet; de liberala rättigheterna har med andra ord koloniserat synen på välfärdsrättigheterna. Det autonoma rättighetsidealet har kommit att bli ideologiskt dominerande i rättighetsdiskursen, på bekostnad av en responsiv, och möjligtvis reflexiv, rättighetsdiskurs. De distributiva rättigheterna har således kommit att underkastas samma ’logik’ som styr de allokativa rättigheterna; eller med andra ord, de sociala rättigheterna har blivit alltmer beroende av marknadskrafterna.¹⁴¹ Vad skall då göras för att bryta denna trend? Eriksson har givit ett svar ovan, nämligen nödvändigheten av att återuppbygga den svunna ansvarsetiken medborgarna emellan. Ulrich Preuss menar att flera alternativ står till buds. För det första kan man naturligtvis avskaffa de sociala rättigheter som stör marknadens alloke-

¹³⁸ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 7.

¹³⁹ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 10.

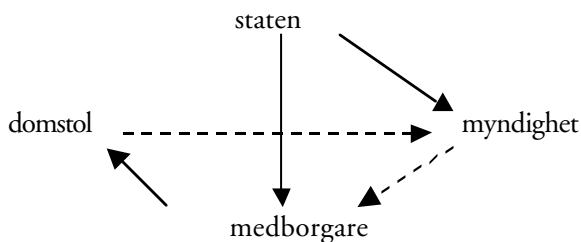
¹⁴⁰ Eriksson *Ansvarsetik eller rättighetsmoral?* (1995) s 11.

¹⁴¹ Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 169, “the transformation of the need for security into a right to income exposes distributive rights to the same dynamic of growth which applies to market income itself.”

rande mekanismer – en politiskt omöjlig utväg, enligt Preuss.¹⁴² För det andra kan de individuella rättigheterna ersättas med procedurrella rättigheter, där de senare skulle ge grupper och organisationer rätt till inflytande över *hur* fördelningen av välfärdssystemet skall ske – faran är givetvis att de mest välorganiserade och starka organisationerna vinner på bekostnad av de svagare. Den tredje vägen är att inte tillerkänna vissa rättigheter (socio-ekonomiska) obetingad status, om deras genomförande skulle innebära negativa konsekvenser för konstitutionen – faran är emellertid att rättighetens legala status skiljs från dess legitimationsbas, med risk för en devaluering av rättigheter allmänt sett. En fjärde väg, som Preuss är avvaktande mot, är den reflexiva rättens eventuella diskursiva möjligheter att tillskapa självreglering inom rättighets- och resurstilldelning utifrån ett ansvarstänkande. Den senare modellen förutsätter som tidigare nämnts att asymmetriska maktförhållanden avskaffas och att berörda parter på ett direkt-demokratiskt sätt kan delta i processen.

Hydén har, slående likt den senare reflexiva förhoppningen, utarbetat ett förslag – eller kanske påvisat en tendens, realitet eller utopi – till en kombination av de rättsstatliga och välfärdsstatliga rättssystemen, benämnd som en *rättsstatlig välfärdsmodell*. Syftet är att undvika de negativa konsekvenserna i båda systemen, men samtidigt bibehålla de positiva inslagen – att låta modellerna kompensera varandras brister. I rättighetshänseende förefaller tanken intressant och, kanske, nödvändig. Fördelen med rättstaten är att rättigheterna läggs direkt på de enskilda medborgarna (något som saknas i det välfärdsstatliga systemet); fördelen med välfärdsstaten är att den uppmärksammar faktiska sociala ojämlikheter och kompenserar dessa där de svagares intressen (något som saknas i den rättsstatliga modellen).¹⁴³ Kombinationen av de två modellerna, blir då följande illustration.

Figur 4.5:



På detta sätt menar Hydén att man kan bibehålla vissa fördelar med systemen vad avser rättighetsfördelningen:

¹⁴² Preuss *The Concept of Rights and the Welfare State* (1986) s 17f.

¹⁴³ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 76.

Denna integrerade modell, den rättsstatliga välfärdsmodellen, har den *fördelen* att rättigheterna förmedlas parallellt till medborgarna och myndigheterna, dvs myndigheterna bibehåller sin i välfärdsstaten givna funktion av bevakare och förmedlare av rättigheter till medborgarna. Samtidigt ges rättigheterna även direkt till individerna som kan påkalla och aktivera rättigheterna inför myndigheterna. Om dessa då inte skulle följa de rättsligt definierade medborgarintressena fullt ut, kan medborgaren påkalla rättslig prövning inför domstol. Denna överprövning borde ha formen av förvaltningsbesvär med rätt för domstolen att sätta sig i den beslutande myndighetens ställe. På det sättet skulle det finnas vissa *rättsliga garantier* inbyggda i systemet.¹⁴⁴

Denna modell är blott delvis utbyggd inom välfärdsrättsstaten och dess områden. Men det är långtifrån säkert att modellen löser alla problem och Hydén nämner som en nackdel ”att den rättsliga prövningen får karaktären av säkerhetsventil. Det är enbart de individer som klagat som får rätt. Det finns inga garantier eller ens avsikter att den individuella prövningen ska inverka på den administrativa.”¹⁴⁵ Återigen måste här betonas, att även om det inom vissa områden existerar ansatser till en rättsstatlig välfärdsmodell, så är det härmed ”inte sagt att rättsstatens regleringsmodeller har ersatts av välfärdsstatens. De lever sida vid sida.”¹⁴⁶ Detta förhållande blir alltså relevant för teorin om rättens polyvalens satt i relation till socialrätten, eftersom socialrätten är vare sig ett homogent eller koherent område.

4.4 Polyvalens och rättigheter

En rättssystematisk analys och idealtypisk renodling ger för handen, att rättens polyvalens ger ett gott förklaringsvärde även åt de skilda rättighetstyperna och rättighetstypologin kan infogas i den polyvalenta modell som specificerades i slutet av föregående kapitel. Även nedanstående indelning är kontingent och idealtypisk, men kommer senare att preciseras avseende den svenska socialrättens särdrag.

1. *Repressivt rättighetstänkande.* I den förliberala samhällskontexten lyser rättigheterna med sin frånvaro: det är en repressiv statsbildning med ett rättssystem baserat på privilegier och hierarkiska statusrelationer. Det är svårt att i denna period, fram till och med 1600- och 1700-talen, egentligen se att medborgarna, eller rättare undersåtarna, har några egentliga rättigheter alls: med Hohfeld kan emellertid påstås, att dåtidens härskande styrande adelsklass har privilegier, dvs friheter, vilka dessutom kan kräva vissa prestationer av undersåtarna. Men undersåtarna har inga krav utan åläggs plikter och skyldigheter – det är en

¹⁴⁴ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 76f.

¹⁴⁵ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 77.

¹⁴⁶ Hydén *Rättssociologi som rättsvetenskap* (1998) s 63.

plikt-moral och ett plikt-samhälle som på inte sätt kännetecknas av jämlika förhållanden. I den repressiva rätten härskar överklassens privilegier över underklassens plikter. Plikt-begreppet dominerar således samhällsbilden.

2. *Autonomt rättighetstänkande.* Den autonoma rätten och dess kännetecken är betecknande för den liberala rättsstatsideologin, där den framväxande medel- och borgarklassens intressen och ökade maktställning givits rättsligt skydd. Detta är epoken då såväl aktiva-politiska som negativa liberala rättigheter växer fram och ur individens synvinkel baseras de negativa fri- och rättigheterna i stor utsträckning på att denne autonomt, utan statlig inblandning i övrigt, förmår aktivera sina rättigheter. Rättssystemet skyddar och värnar medborgarnas friheter i Hohfelds mening, medan staten kan sägas åläggas en plikt att inte intervensera i privatafären och friheterna. I rättsteoretiskt hänseende dominerar viljeteorin som grund för rättighetstänkandet, dvs kraften eller förmågan att autonomt göra sin rättighetsvilja gällande är grunden för den rättsliga rättighetsrelationen individer emellan. I denna marknadsepokens tidevarv är rättighetstänkandet allokativt färgat.

3. *Responsivt rättighetstänkande.* Tidigare har nämnts hur den responsiva rätten delvis sammanfaller med välfärdsstaten, där den intervenerande lagstiftningen distribuerar resurser och fördelar välfärd. Med Preuss terminologi kan man tala om distributiva rättigheter, dvs sociala och positiva rättigheter, där det allmänna har att tillvarata och representera de utsatta och svaga individerna. Individerna är, med Hydén, endast indirekt bärare av sina egna rättigheter. I efterdyningarna av den liberala rättsstatens problem med en oreglerad marknad och uppkomsten av 'den sociala frågan,' ökar trycket på staten att bli aktiv. I rättighetshänseende innebär det att den allt starkare arbetarrörelsen mfl tillskansat sig större makt i relation till det forna borgerskapet, de har förmågan att ställa krav gentemot dessa. Staten får därmed nya skyldigheter eller plikter att uppfylla gentemot medborgarnas krav på social omvårdnad – staten lämnar därmed sin forna *passiva* plikt att inte intervensera, till en *aktiv* plikt som omfattar just intervention. Rättigheterna skall svara mot vissa skyddsvärda intressen (jfr intresseteorin kontra den äldre viljeteorin) och vara responsiv. Problemet med de målinriktade, flexibla och 'öppna' normer (såsom ramlagar samt avvägnings- och målmedel-normer) som ett sådant intervenerande och planerande rättssystem kräver, har också inneburit att förvaltningens maktbefogenheter ökat, eller med andra ord har statens aktionsradie vidgats vilket samtidigt inneburit att det allmänna givits en stor (hohfeldsk) *frihet* i att definiera, utfylla och bestämma formerna för ramlagstiftningen. De allmänna välfärdsrättigheterna har inte sällan haft karaktären av kvasirättigheter (Westerhäll), med begränsade kravmöjligheter för den enskilde. Denna kvasirättighet parat med förvaltningens frihet har inneburit att den enskilde haft svårt att få gehör för sin situation och sina behov. Under senare år har dock, på flera områden, de sociala rättigheterna skärpts i riktning mot kravutformning och motsvarande pliktutformning för det allmänna.

4. *Reflexivt rättighetstänkande?* Var står då rättighetsdiskursen i dag? Ja, i nästkommande avsnitt ställs frågan i vad mån den senare tidens rättighetsbildning, kännetecknat av ett ökat närdemokratiskt och diskursivt deltagande från berörda grupper, fått genomslag. Inom delvis självreglerande samhällsområden torde rättighetsdiskursen innebära att förekommande problem eller hinder definieras av individerna och grupperna själva. Utifrån givna eller förstärkta rättigheter handlar det om att dels undvika svagheter med den välfärdsstatliga överregleringen, dels undvika att regleringen hamnar i traditionell rättsstatlig formell subsumtionslogik, dels att utveckla mekanismer för en ökad samhällsintegration med nya former av reglering. Om socialrätten och rättighetsdiskussionen avspeglar rättens förändring i övrigt torde den också uppvisa ett större inslag av konstituerande normer och procedurregler. Detta blir, som sagt, temat för den kommande framställningen.

Sammanfattningsvis bör det noteras, att i en logisk – eller åtminstone analytisk – mening finns det ingen egentlig motsättning mellan olika rättighetstyper, utan de reglerar olika delar av samhällslivet avhängigt rättsfältets specifika normerande funktioner i dessa delar. Vad som finns är skillnader, differenser och olikheter – det är inget ekonomiskt nollsummespel mellan givna storheter och definitioner av rättigheter. Däremot måste naturligtvis rättigheterna avvägas eller viktas mot varandra beroende på det bakomliggande intresse som är centralt för regleringsområdet ifråga. Detta klarnar ytterligare om man betänker att de skilda rättighetstyperna stöds och emanerar ur sina respektive moraliska förutsättningar och ideologier nedlagda i respektive rättssystem. Frågan om vilka rättigheter som är viktigast – och mest centrala i en demokratisk välfärdsstat – kan inte besvaras i sig, det finns i begreppen inget givet svar, utan svaren måste sökas i vilka intressen som anses skyddsvärda. Medan liberalismen ser ett klart försteg för friheten som kärnan i det klassiska negativa rättighetsbegreppet och därmed sätter den privata autonomi främst (jfr viljeteorin), fokuserar förespråkarna för välfärdsrättigheter på att det allmänna har vissa plikter gentemot medborgarna och sätter därför identifikationen av intressen (jfr intresseteorin) i första rummet. Därmed inte sagt (nota bene!) att de senare fränkänner vikten av negativa rättigheter, vilket de förra anser om sociala rättigheter. Konklusionen torde alltså vara den, att det inte (längre) är – eller borde vara – möjligt att betrakta sociala rättigheter som allmänna till intet förpliktigande programförklaringar, portalparagrafer utan realiserbart innehåll eller mer lösligt hållna 'policies.' Tvärtom kan och måste man dra slutsatsen att också de är möjliga att formulera som genuina kravrättigheter i Hohfelds mening och att de liksom andra rättigheter utgör 'trumpf,' under förutsättningen dock att de är preciserade till sin karaktär. Med detta i åtanke – om de ovanstående slutsatserna med andra ord accepteras eller annorledes framstår som övervägande rimliga – är benägenheten att särbehandla sociala rättigheter på analytisk grund inte hållbar. Det blir alltså nödvändigt att "taking social rights seriously."

4.5 Socialrätt och socialpolitik

I det följande tecknas konturerna av den svenska socialpolitiken och socialrätten tämligen generellt och med svepande penseldrag. Siktet är inställt på att relatera socialrätten till samhällsomvandlingen och särskilt den rättstypologi som utvecklades i kapitel 3 samt till rättighetsdiskursen ovan. Målet är att nå fram till en karakteristik av dagslägets motstridiga tendenser och förlopp. Att socialrättens omvandling beskrivs i allmänna ordalag innebär att den moderna socialpolitikens alla olika stödåtgärder (socialförsäkringssystemet, sjukvårdsersättning, havandeskapspenning, pensionsförsäkring, arbetsskadeförsäkringar, barnbidrag, tvångsvård av missbrukare och barn mm) inte kan granskas; de är alla olika starka och olika utvecklade i rättighetshänseende. Vad som tecknas är en generell bild av rättighetsutvecklingen där omsorgslagen (1985) och LSS (1993) utgör moderna hållpunkter.

4.5.1 Socialrätten i omvandling

Den svenska socialrättens utveckling är förbunden med den samhälleliga socialpolitiken i övrigt. Denna historia är intressant därför att den ger relief åt dels den omvandling socialrätten genomgått, dels åt det faktum att historien inte bara är något förgånget utan att det förflutnas tankegångar, särskilt rättighetstänkandet, tenderar att återkomma – de är inte något passé, utan fortlever parallellt, såsom hävdades i teorin om rättens polyvalens.

Tanken att samhället har att svara för ett visst mått av omsorg om de fattigaste är naturligtvis av gammalt datum, men det ansvar som samhället påtog sig (om det över huvud taget förekom) var en självpåtagen moralisk plikt, som inte (kunde) formuleras i rättighetstermer. Under senmedeltiden låg ombesörjandet av fattiga och sjuka inom slakten, varvid någon samhällelig hjälp inte fanns att tillgå. Genom kyrkans ökande inflytande och de religiösa samfundens kom hjälpverksamheten senare att bedrivas främst som en religiös välgörenhet på grundval av en kristlig barmhärtighet. Denna välgörenhet och det allmosegivande det förutsatte, uppfattades dock mer som en god gärning för givaren än en hjälp för den behövande – mottagarens välfärd stod i bakgrunden. Denna välgörenhet uppmuntrade såväl allmosegivandet som ett omfattande tiggeri,¹⁴⁷ men någon rätt till samhällets hjälp kunde fortfarande inte hävdas av den enskilde och någon offentligt organiserad fattigvård förekom heller inte. Det är först i och med reformationen på 1500-talet som fattigvården blir en angelägenhet för det allmänna, där socknarna och städerna genom den första hospitalsförordningen anno 1571 får att

¹⁴⁷ Jfr Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 8, som menade att en parasitism utvecklades. Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 56.

handha fattigvården, men inte heller här föreligger någon rätt till hjälp.¹⁴⁸ Rättighetsbegreppet är helt outvecklat och frånvarande, medan däremot en form av moraliskt eller socialt influerad plikt känsla för det allmänna synes föreligga. 1624 utfärdades en ny hospitalsförordning, benämnd Sveriges första allmänna fattigvårdsförordning, vilken emellertid inte kom till någon större eller mer omfattande praktisk användning.¹⁴⁹ Hilding Eek menar att den socialpolitik som sträcker sig fram till 1800-talet främst kännetecknas av fattigvård åt arbetsoförmögna samt arbetsplikt för arbetsdugliga. Under 1500-talet kunde 'lösdrivare' tvingas till krigstjänst, något som förekom ända till 1800-talets början. Under 1600- och 1700-talen utfärdades en rad tjänstehjons- och legostadgor (1664, 1686, 1723) där arbetsdugliga tvingades ta tjänst som hjon.¹⁵⁰ Innebörden var att var och en under tvång skulle ha anställning; det var alltså en tvångsreglering där arbetsoföra personer tvångsanställdes, i annat fall kunde de dömas enligt lösdriveriförordningar till tvångsarbete. Därvid kom den omedelbara sociala omsorgen (skyldighet att vårda den sjuka mm) att ligga på husbondens ansvar, men samtidigt hade husbonden ett starkt patriarkaliskt makt över hjonet. Den sista legostadgan från år 1833 upphävdes först 1926 medan lösdriverilagen kom att gälla ända till 1965.¹⁵¹

Först under 1700-talet, genom vissa förnyade hospitalsförordningar 1763 och 1766, kom *principen* om kommunernas/socknarnas ansvar för de fattiga att fastslås: enligt nämnda förordningar skulle anstaltsvård beredas "dårar, borttagne eller med obotelige och smittosamma sjukdomar behäftade", samt barn, som föräldrarna ej kunde försörja."¹⁵² De ekonomiska möjligheterna för socknarna var ringa, de hjälpbehövandes situation eländig och den fattigvård som gavs var fortfarande otillräcklig och framledes föga hoppingsivande.

Stig Jägerskiöld har i en översikt av socialrättens utveckling noterat den skiftande rättighetstilldelningen i Sverige och ser två huvudmotsättningar i rättighetsdiskursen: den ena uppfattningen vilar, som redan nämnts, på den kristliga välgörenhetstanken vilken ledde till få sociala eller rättsliga reformer; den andra uppfattningen är den sekulariserade upplysningstanken som från 1700-talets mitt avsätter spår i en mer humanistisk lagstiftning.¹⁵³ Den senare upplysta socialpolitiska tanken bryter den religiöst motiverade allmosementaliteten och utvecklar en samhällelig välgörenhet inriktad på *nyttan* för människorna och samhället. Med denna socialpolitik, som betonar samhällets allmänna omvårdnad om medborgarna men också statens nytta, följer emellertid en syn på att den behövande individen skall tvingas till arbete vartill repressiva tvångsmedel knyts, som nämnts ovan. Här finns den tankemässiga grogrunden till att en prestation bör följas av en mot-

¹⁴⁸ Eek *Socialrätt* (1954) s 18 och Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 56.

¹⁴⁹ Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 18.

¹⁵⁰ Eek *Socialrätt* (1954) s 17.

¹⁵¹ Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 10f.

¹⁵² Eek *Socialrätt* (1954) s 19.

¹⁵³ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 250f.

prestation. Jägerskiöld lyfter fram att i slutet av 1700-talet erkändes i såväl fransk, engelsk och dansk rätt den fattiges 'rätt till' hjälp från samhället, givet vissa villkor.¹⁵⁴ Grundsatsen var att "staten, samhället, konungen ägde en plikt att vårda undersåtarnas materiella väl."¹⁵⁵

I *Hospitalsförordningen* av år 1763 menar Jägerskiöld att den tidigare av hävd opreciserade skyldigheten för församlingarna att sörja för de fattiga, blev lagreglerad på så sätt att församlingarna förpliktigades därtill. Denna tankegång förstärktes under den närmaste perioden och i en stadga *Om en allmän fattigvårds-inrättning uti Stockholms stad* anno 1807, uttrycks i 1§ de fattiges rätt till hjälp och att de också är *berättigade* till hjälp. Under det följande decenniet tillsätts en kommitté vilken 1821 avlämnar ett betänkande i fattigvårdsfrågan, vari ges uttryck åt att det allmänna har *skyldigheter* gentemot nödlidande och att fattigvården har en *plikt* att hjälpa den nödstälde.¹⁵⁶ Jägerskiöld menar att den liberala hållning kommittén uppvisade bar stark påverkan från upplysningstidens (särskilt Montesquieus, Rousseaus och Voltaires) principiella ståndpunkt, att samhället har vissa *skyldigheter* gentemot fattiga medborgare.

Denna rättsfilosofiska uppbackning kring samhällets skyldigheter är, menar Jägerskiöld, oerhört stark i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet och i samma anda motsvaras skyldigheterna av en rättighet för den enskilde:

I författning efter författning säges – i vårt land liksom i [...] – att staten äger plikt att understödja de fattiga, vilka äga rättsanspråk på understöd, ehuru förutsättningarna för dessa rättsanspråk skifta. När utvecklingen [...] åter vänt sig och en annan grundåskådning om förhållandet mellan samhälle och individ, mellan stat och vårdbehov, utbildats i teorin och accepterats i praktiken, då är det just mot denna rättsliga konstruktion av fattigvården som en 'rättighet', man vänder sig – för att, när utvecklingen i vår tid ånyo kommit in i ett nytt skede, då ånyo proklamera 'rätten' till fattigvård.¹⁵⁷

Men redan under 1800-talets första hälft försvagas denna upplysta hållning. I praktiken sattes de välmenande intentionerna på undantag, bla på grund av de ökade kostnaderna för omsorgen, men främst, menar Jägerskiöld, på grund av det förändrade politiska samhällsklimat som uppstår under denna period och de ekonomiska teorier som hävdade de fria marknadskrafternas lösning på samhällsproblemen. Det är naturligtvis den liberala ideologin om *laissez-faire* som utgör det filosofiska rättfärdigandet för att staten *inte* skall bära ansvaret för medborgarnas situationen. Också i Sverige får åsikten att statens understödsverksamhet radikalt borde minska, spridning och starkt gehör. Följden är en restriktiv socialpolitik där den tidigare nämnda rättighetskaraktären hos fattigvårdslagstiftning-

¹⁵⁴ I Frankrike i 1791 års författning, i England genom Speenhamland Act 1795 och i Danmark genom författningar 1792, 1799 och 1803, se Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 253ff.

¹⁵⁵ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 255.

¹⁵⁶ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 258f.

¹⁵⁷ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 260.

en frågas. På grund av den samhälleliga förändring som skedde kom förslaget från 1821 inte att antas av riksdagen.

1839 avges ett betänkande angående fattigvårdsfrågan varmed rättighetstänkandet inte längre erkänns, utan tvärtom måste "den fattiges eventuella verksamhet var gottgjord genom den lön eller den ersättning, som han åtnjutit för sitt arbete, utan att samhället eller någon av dess medlemmar är honom något vidare skyldig."¹⁵⁸ Därmed bortföll samhällets ansvar för fattigvården. Man vände sig vidare mot fattigvårdens rättighetskaraktär av, menar Jägerskiöld, psykologiska skäl där fattigvården måste vara en "tvungen försträckning, för avhjälpande av ett för handen varande oavvisligt behov" och "därför måste fattigvården ha rätt att kräva understödet åter, disponera över den fattiges arbetskraft och tillgångar samt äga husbondemakt över hjonet."¹⁵⁹ I förslaget § 20 stadgas att "ingen äger rättsanspråk på fattigvård, utan det stöd, som lämnas, är en nödhjälp av kristelig omvårdnad för den lidande" varvid särskilt gällde att understödet "må således icke pockande utfordras, och icke heller klandrande utlåtelse över dess beskaffenhet äga rum."¹⁶⁰ Man kan tro att detta uttrycker svunna och föråldrade tankegångar, men en nyliberal representant som Johan Norberg kan 160 år senare uttrycka följande:

Menar vi verkligen att alla människor har rätt att få mat och dryck av andra människor, dvs att andra skall tvingas förse dem med detta utan att de är skyldiga till någon motprestation? [...] Om du faktiskt har en *rättighet* att förse med välfärd från andras slit och ansträngningar, så har du inte ens skyldighet att känna någon som helst tacksamhet mot dem som försörjer dig.¹⁶¹

Den föregående upplysta fattigvårdsideologin svängde således åter till ett allmose-tänkande där den fattige fränkändes juridisk rätt till underhåll. 1839 års betänkande ledde till ett förslag 1847 som inte godtogs, men det centrala är att de negativa fattigvårdstankarna fått ideologisk dominans. Den såväl konservativa som liberala ideologin, som låg bakom det negativa ställningstagandet, var dels den omtalade utarmningen av kommunernas ekonomi pga fattigvården, men dels ett politiskt grundantagande, att det var just *fattigvården (och i förekommande fall dess rättighetskaraktär) som ledde till ökad fattigdom.*¹⁶² Genom en restriktiv och repressiv socialpolitik skulle man främja att den nödställdes tog ett personligt ansvar för en självständig försörjning.

I mitten av 1800-talet resulterade två fattigvårdsförordningar från 1847 och 1853 i en allmän reglering av fattigvårdens organisation där kommunerna visserligen hade en formell skyldighet att bistå den enskilde, men någon 'rätt' till hjälp

¹⁵⁸ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 265.

¹⁵⁹ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 266.

¹⁶⁰ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 266 (Min kursivering, HG).

¹⁶¹ Norberg *Fullständiga rättigheter. Ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna* (1999) s 57f.

¹⁶² Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 270.

var inte aktuell – snarast skulle fattigvård fortfarande utges av barmhärtighet. Den enskilde gavs möjlighet att överklaga vissa beslut, men praktiskt sett var denna möjlighet ytterst begränsad.¹⁶³

1869 hemställde riksdagen om en ny fattigvårdsförordning, vilken resulterade i 1871 års restriktiva fattigvårdsförordning (FvF), varigenom de fattigas ställning avsevärt försämrades, därigenom att besvärsrätten avskaffades och det ansågs ”ligga i understödets natur, att det inte skulle kunna utkrävas som en rättighet.”¹⁶⁴ Detta gjorde naturligtvis de fattigas ställning mycket mera osäker än tidigare. Orsakerna till denna försämring kan bland annat sökas i kommunernas kraftigt ökande ekonomiska åligganden i och med en tilltagande fattigdom och befolkningsökning. En tredjedel av befolkningen var beroende av fattigvården samtidigt som folkmängden fördubblades under hundraårsperioden 1750 till 1850 från 1,8 miljoner till 3,5 miljoner invånare. Kommunernas åligganden mjukades väsentligt upp genom 1871 års fattigvårdsförordning, varvid ”det ökade hjälpbehovet [alltså] möttes med en inskränkning av de fattigas möjligheter att få hjälp.”¹⁶⁵

Obligatorisk fattigvård kunde utgå till den som pga ålder, kropps- eller sinnesjukdom var oförmögen att arbeta samt till föräldralöst barn under 15 år, all annan fattigvård var frivillig för socknen. Såväl rättighets- som skyldighetskonstruktionen var borttagen och istället borde ”enligt ’sakens natur’ all hjälp hava ’sin egentliga grund i frivillighet, medlidande och kristlig kärlek’.”¹⁶⁶ Den obligatoriska fattigvården, som ter sig ganska vid, bemöttes dock med att besvärsrätten kraftigt beskars till blott laglighetsprövning och att kommunen fick regressrätt samt skärpta villkor för sk hemortsrätt. FvF av år 1871 innebar vidare att den som åtnjutit understöd blev återbetalningsskyldig för *all* fattigvård han erhölet. Vidare stärktes den sk husbondemakten vilken innebar en rätt för fattigvårdsmyndigheten att förfoga över arbetsförtjänst, egendom mm. Laglighetsprövningen innebar här dock ”icke en klagan över att en rättighet blivit honom förvägrad, utan med en anmälan om att nämnda myndighet måtte tillse, att fattigvårdssamhället fullgör de skyldigheter, som blivit det av staten och i dess intresse ålagda.”¹⁶⁷ Jägerskiöld menar att den (välbekanta) teorin här utformas, att det rättsligt sett inte är medborgaren som är den i förhållande till kommunen berättigade, utan staten. Jägerskiöld noterar, att visserligen har en ”rättighetskonstruktion bevarats, men den har gjorts ofarlig.”¹⁶⁸ Med FvF hade man, enligt Jägerskiöld, ”skapat en

¹⁶³ Se Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985). För diskussioner, med något annorlunda tonfall, runt förordningarna 1847 respektive 1871, se Berggren/Nilsson *Liberal socialpolitik 1853-1884: två studier* (1965) och Oredsson *Samhällelig eller enskild fattigvård?* (1971).

¹⁶⁴ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 58 och Eek *Socialrätt* (1954) s 20.

¹⁶⁵ Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 10f.

¹⁶⁶ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 269.

¹⁶⁷ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 273.

¹⁶⁸ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 273.

sociallagstiftning som tydligen svarade mot de härskande gruppernas allmänna inställning i frågan.”¹⁶⁹

En ideologiskt bidragande orsak till denna tillbakagång för fattigvården, var den ekonomiska liberalismens ideologi om marknads- och näringsfrihet samt att statsingripanden i den ekonomiska sfären var av ondo. Den sociala utslagning som förekom sågs inte primärt som ett utslag av en oreglerad marknad och konkurrens, utan det personliga ansvaret för den egna situationen framhölls och blev en stark ideologi i socialpolitiska sammanhang. Fattigdom sågs därmed som en individuell moralisk defekt eller kvalitet, och inte som ett resultat av ekonomiska eller sociala faktorer. Det allmänna hade att lämna marknaden fri, och nattvaktarstaten bidrog därmed till att ytterligare förvärra den sociala utslagningen genom att undandra sig ett samhällsansvar.

Under slutet av 1800-talet kom med industriarbetarklassens allt starkare ställning, de sociala konsekvenserna att bli alltmer brännande och viss reformerande lagstiftning i form av intervenerande och planerande normer infördes, bla skyddslagstiftning på arbetsrättens område. Därmed uppkommer en begynnande samhällelig socialpolitik, men denna socialkonservativa sociallagstiftning, med klara förebilder i den tyska bismarckska socialpolitiken, betingades av ’arbetarfrågan’ – den sk sociala frågan – och var ett, med Lars D Erikssons terminologi, systemrationellt sätt att rädda de rådande samhällsförhållandena undan hotet om social omvälvning. Det var på grund av ett starkt egen- eller statsintresse som dessa lagar genomfördes, där visserligen vissa humanitära inslag förekom.¹⁷⁰

Två huvudsakligen motsatta ståndpunkter kan förmärkas i den allmänna debatten vad rör det allmännas åliggande gentemot de behövande.¹⁷¹ Å ena sidan hävdas att samhället inte har några skyldigheter att ekonomiskt bistå svaga och utsatta grupper, utan denne var istället hänvisad till barmhärtighetsåtgärder, som gav moraliskt stöd (läs: uppfostrande åtgärder) åt den behövande. Någon rättighet var det givetvis inte frågan om, ej heller rörande den fattigvård som fanns tillhanda. Å andra sidan växte en humanistisk åsikt fram, att det allmänna har en skyldighet ”att svara för vård och understöd åt de fattiga. Samhällets skyldigheter och individens rättigheter har ansetts böra regleras.”¹⁷² FvF ersattes med 1918 års fattigvårdslag (FvL) som innebar en grundligt reviderad syn på fattigvårdsfrågan. Under den halvsekelånga period som ligger mellan dessa två regleringar sker en hel del samhälleliga förändringar och framförallt en ny syn på relationen mellan medborgarna och staten, som nämnts i föregående kapitel. Under perioden sker en väsentlig utbyggnad av socialförsäkringar, sjukkassor, pensionskassor och arbetslöshetskassor som avsevärt ekonomiskt avlastar det kommunala och allmänna ansvaret.

¹⁶⁹ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 274.

¹⁷⁰ Eek *Socialrätt* (1954) s 15 och Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 13.

¹⁷¹ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 59f.

¹⁷² Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 60.

Av intresse i detta sammanhang är främst 1918 års *fattigvårds*lag där de hjälpsökandes ställning åter förbättrades, bland annat återinfördes rätten att överklaga fattigvårdsstyrelsens beslut. I denna fattigvårdslag gavs en 'rätt till' hjälp för den enskilde, ehuru ej i rättighetstermer. Vidare angavs i propositionen att det skulle föreligga:

En rätt för den enskilde att vid uppkommande behov erhålla understöd eller försörjning av det allmänna, varav särskilt också följer, att han bör äga inför någon av statens myndigheter få sitt yrkande härom prövat.¹⁷³

Ett väsentligt framsteg har här gjorts, åtminstone principiellt, i att erkänna 'rätten till' sociala förmåner för den enskilde.

I 1918 års fattigvårdslag betonades det samhälleliga ansvaret och den enskildes krav på trygghet och i förarbetena fastslogs programmatiskt att "den fattigvård som staten tillförsäkrar dem bland sina medlemmar, vilka äro i behov därav, också bör av dessa kunna utkrävas såsom en dem tillkommande rätt."¹⁷⁴ Denna rätt definieras som "en rätt för den enskilde att vid uppkommande behov erhålla understöd eller försörjning av det allmänna."¹⁷⁵ Viktigt i sammanhanget är att besvärshöjningen återinfördes, även om återbetalningsskyldighet, arbetsplikt och hemsändning kvarstod.

Jägerskiöld pekar på två ståndpunkter som kännetecknat den socialrättsliga utvecklingen; å ena sidan är individen hänvisad till själv och frivillig välgörenhet, där statens allmänna skyldigheter och den enskildes rättighet tillbakavisas; å andra sidan den åsikten att det allmänna har en skyldighet att svara för de nödställda och behövande, låt vara osagt om det förelåg en korrelerande rättighet för den enskilde. Jägerskiöld menar att upplysningstänkandets inflytande på socialpolitiken under 1700-talet innebar att fattigvården kom att ses som en *plikt* för staten, som givet vissa förutsättningar också kunde utkrävas av den enskilde genom ehuru begränsad besvärshöjning, dvs den enskilde hade en viss rätt. I 1800-talets första hälft (1839/1847) sågs fattigvården inte som en rättighet för den enskilde, men detta innebar i sig ingen principiell begränsning av statens allmänna skyldighet att i vissa nödlägen utge bistånd. Med förklaringen att fattigvård inte är någon rättighet ville man, enligt Jägerskiöld, "uttrycka ett omdöme om relationen mellan stat och individ. Det är av medkänsla, icke av plikt, man lämnar fattigvård. Ehuru den skall utgå under vissa förutsättningar, måste den begäras med ödmjukhet."¹⁷⁶ 1869 kvarstod visserligen rättighetstanken, men beskars så kraftigt att det är befogat att ifrågasätta dess karaktär av egentlig rättighet. 1918 förklarades uttryckligen fattigvården så vara en rättighet.

¹⁷³ Prop 1918:135 s 485, återgivet i Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 59.

¹⁷⁴ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 330 med hänvisning till Fattigvårdsstyrelsen betänkningskommitténs betänkande II: I (1915) s 18.

¹⁷⁵ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 331.

¹⁷⁶ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 335.

Mot slutet av 1800-talet var den sociala frågan och arbetarfrågan akut, bland annat växte fackföreningsrörelsen och blev en viktig maktfaktor i samhällslivet, som i början av 1900-talet kunde kräva väsentliga socialpolitiska reformer, bl a att arbetstiden begränsades till åtta timmar (1919), därjämte en arbetarskyddslag (1912) och en invaliditets- och ålderdomsförsäkring (1913). Liksom en gång i tiden den framväxande borgarklassen krävde och genomdrev rösträttsreformer, så lyckas också nu arbetarklassen (i allians med liberalt sinnade partier) driva på den kravet om en rösträttsreform, som utmynnade i den allmänna rösträtten i seklets början. Det är under 1900-talets första decennier som en statlig socialpolitik finner formen, och där också staten påtager sig en väsentlig intervenerande roll och funktion. Den liberala laissez faire-ideologin tappar alltmer mark, till förmån för en reglerad arbetsmarknad och ekonomi i socialdemokratisk tappning. 1924 tillkom barnvårdslagen, alkoholistlagen 1913, sinnesjuklagen 1929 osv.¹⁷⁷

Den fortsatta socialpolitiken fram till Socialhjälpslagens ikraftträdande år 1956 kännetecknas av en utbyggnad av andra hjälpåtgärder vid sidan om den aktuella FvL. I betänkandet inför Socialhjälpslagen, SOU 1950:11 *Utredning och förslag angående lag om socialhjälp*, betonas att socialhjälp skall för varje medborgare vara en *rättighet*, varmed också underströks att hjälp ”kan utformas såsom en skyldighet för samhället och en rättighet för mottagaren.”¹⁷⁸ Vidare begränsades återbetalningsskyldigheten. Den principiella rätten utvidgades genom *1956 års socialhjäpplag*, varigenom det allmännas skyldighet och den enskildes rätt påtalades i lagens förarbeten varvid ”den obligatoriska socialhjälp skulle för varje medborgare i ett faktiskt nödläge vara en rättighet.”¹⁷⁹ Den enskilde gavs rätt att överklaga socialnämndens beslut.

Fråga uppkommer vilken verkan ett allmänt uttryck som ’rätt till’ kan tänkas medföra. Eek menar att en dylikt hållen ’rätt till’ åtminstone måste förutsätta att det finns möjlighet att få den beslutade instansens beslut omprövat. Det vill säga, huruvida en ’rätt till’ kan sägas vara en ’rättighet’ beror på de rättsmedel som ställs till den behovsökandes förfogande, ”att i en författning eller dess förarbeten utsäges, att förmånen utgör en ’rätt,’ är i och för sig utan betydelse, om rättsliga garantier av nu nämnd art [talerätt, bestämda förutsättningar mm. HG] saknas.”¹⁸⁰ Enligt Sundberg så innebär en ’rätt till,’ om det inte medges *reella* överklagningsmöjligheter, endast att den enskilde kan påkalla ”att KB tillhöll fattigvårdssamhälle att fullgöra sin skyldighet att handha fattigvården så, att de behövande kom i åtnjutande av det underhåll och den vård som, omständigheterna påkallade. Den enskildes anspråk är endast härlett, sekundärt, en reflexverkan därav, att han enligt rättsordningen kan påkalla överordnad myndighets

¹⁷⁷ Se i övrigt Höjer *Den svenska socialpolitiken* (1969) s 17ff samt Eek *Socialrätt* (1954) s 22f.

¹⁷⁸ SOU 1950:11 *Utredning och förslag angående lag om socialhjälp* s 29ff, s 80ff.

¹⁷⁹ SOU 1950:11 *Utredning och förslag angående lag om socialhjälp* s 29ff och s 80ff, återgivet i Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 59.

¹⁸⁰ Eek *Socialrätt* (1954) s 78.

bistånd till framtvingande av underordnads görande och låtande. Berättigade och förpliktigade äro de förvaltningsrättsliga subjekten och deras organ – men icke den enskilde.”¹⁸¹ Under 1950-talet är synen på den enskildes rättigheter trots allt inte helt självklar vilket Sundberg här exponerar; å andra sidan kan invändas att Sundbergs framförda uppfattning träffar alla rättighetstyper, eftersom de alla i grunden är sekundära reflexer, då de alla kan överklagas; eller med andra ord, rättigheterna skulle sålunda utgöra handlingsanvisningar eller direktiv till domstolar och myndigheter.

Under de påföljande decennierna efter 1956 års socialhjälpslag skedde en hel del reformer inom det socialpolitiska området varvid en rad olika socialrättsliga stödåtgärder och lagstiftningar genomfördes. Redan 1945 infördes emellertid *lag om undervisning och vård av vissa utvecklingsstörda*, som särskilt reglerade de funktionshindrade sociala ställning och i viss mån deras rättsställning. Lagen avsåg att försöka nå de sk ’bildbara sinnesslöa’ och ge viss undervisning, dvs en skolplikt förelåg för dem fram till 21 års ålder. Undantagna var de på sinnesjukhus eller andra specialanstalter intagna. Landstingen hade huvudansvaret för verksamheten.¹⁸² Eftersom lagen dock hade en begränsad målgrupp ändrades den 1954 genom *lag om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna*, där landstingen fick ansvaret för samtliga utvecklingsstörda med undantag liksom tidigare. Personkretsen kom därmed att utvidgas väsentligt och omfattade även de som till följd av ’brister i det centrala nervsystemet hämmats i sina intellektuella helhetsfunktioner.’¹⁸³ Detta innebar att viss tvångsvård kunde följa. Rättssäkerheten förbättrades genom att Medicinalstyrelsen tillsammans med skolöverstyrelsen hade tillsynen. Lagen kom emellertid att ändras redan 1967 genom *lag angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda*, eftersom det fortfarande fanns funktionshindrade som inte omfattades av lagen och dessutom hade ett antal speciallagar tillkommit som reglerade anstaltsvården. Syftet var att samordna de olika omsorgerna under en övergripande lag och få ett flexibelt och rättssäkert system. Personkretsen utvidgades nu också till de ’störningar som berodde på kroppsliga sjukdomar eller miljöpåverkan.’¹⁸⁴ De tvångsåtgärder som ansågs nödvändiga preciserades väsentligt och detaljerat i lagen. En allmän skolplikt infördes även för blinda och döva utvecklingsstörda. Ärenden rörande omsorgsfrågor överklagades nu till skolöverstyrelsen eller socialstyrelsen. Enligt Gunnarsson/Hollander var omsorgerna inte tvingande, utan baserades på rekommendationer till landstingen. 1985 ersattes i sin tur 1967 års lag med *lag om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda mfl*, den sk Omsorgslagen (OL). OL var resultatet av en översyn över dittillsvarande lagstiftning och de samhällsreformer som skett sedan 1967,

¹⁸¹ Sundberg *Allmän förvaltningsrätt* (1955) s 54f.

¹⁸² Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 14f. Framställningen av omsorgslagarna baseras i allt väsentligt på Gunnarsson/Hollander (1990). Se även Lewin *Funktionshinder och medborgarskap* (1998) s 44ff.

¹⁸³ Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 15f.

¹⁸⁴ Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 17.

bla hade utbildnings- och arbetsmarknadsområdet utvecklats liksom förändringar inom psykiatri och handikappreformen. Synsättet, som kom att speglas i OL, var ”att människor med utvecklingsstörning skulle leva under så normala förhållanden som möjligt ute i samhället bland andra människor.”¹⁸⁵ Lagen skulle fortsättningsvis inte vara en särreglering utan ett komplement för att betona det sk miljörelaterade handikappbegreppet (se nedan 4.5.2), varvid *normalisering*, *integrering*, *integritet* och *självbestämmande* var centrala värden och principer. En utökad besvärsmått till länsrätt infördes, efter mönster från socialtjänstlagen 1980. OL kom att omfatta tre sk personkretsar: den första avser de som drabbats av intellektuell funktionsnedsättning som pga miljö utgör handikapp; de andra två kretsarna avsåg dels de som pga våld eller sjukdom fått hjärnskador dels personer med barndomspsykos.¹⁸⁶ Vad avser rättighetskonstruktionen i OL medgav den rätt till överprövning till länsrätt, att får en prövning av rätten till särskild omsorg. OL reglerade en rad insatser som skyldigheter för landstingskommunerna, såsom att tillhandahålla rådgivning och kontaktperson, personlig assistent, godman och förvaltare, korttidsvistelse och gruppboende.¹⁸⁷ Särskilt kom rätten till särskilt boende i gruppboende att för landstingen att framstå som betungande, och i förarbetena kom man att lägga viss vikt vid att ”prövningen skall ta hänsyn till landstingets resurser,”¹⁸⁸ något som landstingen fann vara ett argument i en rad fall där resursbrist åberopades för att inte kunna bevilja insatser enligt OL (se vidare nedan 4.6). Gunnarsson/Hollander menar att OL i förhållande till tidigare lagar på området gavs en starkare rättighetsställning, främst genom besvärsmåttet och i ”värdeangivelserna om utvecklingsstördas inflytande.”¹⁸⁹ Omsorg skulle inte ses som ett omhändertagande enligt äldre samhällsmodell utan vara uttryck för en rättighet.¹⁹⁰ OL kunde också karakteriseras som en tämligen tydligt angiven rättighetslag eftersom omsorgerna var formulerade som individuella rättigheter där förutsättningarna var angivna i lagen.¹⁹¹ Men inte heller OL anno 1985 kom att bestå särskilt länge. OL uppvisade brister i en rad avseenden, bla ett dåligt rättskydd och en svagt rättssäkerhet. Dessutom uppvisade praxis ett tilltagande lag- och domstolstrots, där resursbrist åberopades alltmer frekvent. Tiden var återigen mogen för en ny lagstiftning.

¹⁸⁵ Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 19.

¹⁸⁶ Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 29.

¹⁸⁷ Se Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) kapitel 4.

¹⁸⁸ Prop 1984/85:176 *Särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda* s 78.

¹⁸⁹ Gunnarsson/Hollander *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (1990) s 119.

¹⁹⁰ Prop 1984/85:176 *Särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda* s 50f.

¹⁹¹ Om socialtjänstlagens rättighetskonstruktion, se bla Holmberg *Rätten till bistånd* (1985), Landelius *Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten* (1996), Hollander *Rättighetslag* (1995) och Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000).

4.5.2 Handikapplagen: en rättighetslag?

Årsskiftet 1993/94 kom att markera en ny era i den välfärdsstatliga lagstiftningen, därigenom att vissa sociala rättigheter ytterligare förstärktes genom preciserad lagstiftning med motsvarande tvingande bestämmelser för kommuner och landsting att tillhandahålla insatser av olika slag. I ett ekonomiskt läge som kännetecknades av statsfinansiella svårigheter genomdrevs trots allt reformer på den sociala omsorgssidan avseende svaga grupperns ställning i samhället – i synnerhet gällande funktionshindrades rättigheter. Dåvarande socialministern Bengt Westerberg (fp) hävdade antagligen med rätta och förväntansfullt, att:

Det här är den kanske största handikappreform som någonsin genomförts i Sverige.

Den 1 januari 1994 trädde *lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade* (LSS) ikraft – den sk Handikapplagen. Lagen ersätter den äldre lagstiftningen på området, ovan nämnda Omsorgslagen (OL), samtidigt som den både preciserar och utvidgar det tidigare rättighetsområdet.¹⁹²

Det är av vikt att känna till att definitionen av handikapp ansluter till den sk miljörelaterade handikappsynen, som innebär att 'handikapp' inte är någon egenskap hos individen, utan utgör ett förhållande mellan individens funktionsnedsättning och omgivningen. Det är relationen till ett omgivande samhälles oförmåga att hantera den funktionshindrades levnadsvillkor som medför att funktionshindret har definierats som ett handikapp. Ett handikapp har, historiskt sett, uppfattats som en, ofta nog stigmatiserande, egenskap hos individen. Enligt WHO:s vedertagna definition är ett "funktionshinder den begränsning eller det hinder som gör att en människa till följd av en skada inte kan utföra en aktivitet på det sätt eller inom de gränser som kan anses normalt. Funktionshinder är i sig självt inget handikapp, men kan bli det om den miljö eller den situation som den funktionshindrade befinner sig i är sådan att tillvaron försvåras. Handikapp är en beteckning för de konsekvenser som följer av ett funktionshinder. Det är alltid något relativt och uppstår först i samspelet mellan en individ och den omgivande miljön."¹⁹³ LSS syftar till att med hjälp av olika insatser i möjligaste mån undanröja de hinder som står mellan den funktionshindrade och dennes möjligheter till full delaktighet i samhällslivet och jämlikhet i levnadsvillkor, så att den enskilde får möjlighet att leva som andra. För att uppnå detta mål framförs en rad åtgärder, bla en ytterligare precisering av insatserna i form av *rättigheter*, utökade möjligheter till delaktighet, ett tydliggörande av kommunernas ansvar och *skyl-*

¹⁹² För en gedigen genomgång av grundtankarna bakom LSS, se Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (1998)

¹⁹³ Prop 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade* s 52f.

digheter samt ett utvidgande av *personkretsen* jämte en viss utvidgning av *insatsmöjligheterna*.

Syftet med denna framställning av LSS är inte att i detalj redovisa de olika insatser som lagen medger och inte heller de skilda bedömningar som ligger till grund för att diagnostisera de olika funktionshindrens sociala eller medicinska karaktär.¹⁹⁴ Syftet är inte heller att se hur den individuella behovsprövningen sker i praxis och rättstillämpning.¹⁹⁵ Målet med framställningen är att på ett allmänt plan belysa de principiella avvägningar och motsättningar som kommer till uttryck i valet av att lagfästa rättigheter för den enskilde och skyldigheter för det allmänna. Det är således den mer generella och övergripande rättighetsteoretiska problematiken, i förhållande till den svenska lagstiftningen, som tilldrar sig huvudintresset här.¹⁹⁶

De värden och centrala målsättningar som genomsyrar tanken bakom LSS uttrycks i 5-6§§:

5§ Verksamhet enligt denna lag skall främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet för de personer som anges i 1 §. Målet skall vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra.

6§ Verksamheten enligt denna lag skall bedrivas i samarbete med andra berörda samhällsorgan och myndigheter. Verksamheten skall vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet. Den enskilde skall i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges.

För verksamheten enligt denna lag skall det finnas den personal som behövs för att ett gott stöd och en god service och omvårdnad skall kunna ges.

De centrala nyckelorden är således *jämlikhet*, *delaktighet*, *självbestämmande*, *integritet*, *inflytande* och *medbestämmande*. Orden kan måhända tyckas allmänna och vaga, men avser ändock att markera en humanistisk och etisk grundsyn, i motsats till den omhändertagandets vårdfilosofi som sedan länge var rådande inom fattig- och socialvården (4.5.1). Det handlar ytterst om att funktionshindrade har en rätt till att delta på lika villkor i samhällslivet som alla andra.¹⁹⁷

Förutsättningarna för att erhålla insatser enligt LSS anges i lagens 1§; de olika former av funktionshinder anges till tre sk personkretsar:

¹⁹⁴ Se Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000).

¹⁹⁵ Se Hollander *Rättighetslag* (1995) och *Verkställighet av länsrättens domar och beslut enligt LSS åren 1994 och 1995* (1997).

¹⁹⁶ Frågan om de sociala rättigheternas ställning enligt EG-rätten lämnas utanför denna framställning. För diskussionen om de funktionshindrades ställning och de sociala rättigheternas skydd på den internationella arenan, se Drzewicki/Krause (red.) *Social rights as human rights. A European challenge* (1994), Degener/Koster-Dreese (red.) *Human rights and disabled persons. Essays and relevant human rights instruments* (1995), Betten/Mac Devitt (red.) *The protection of fundamental social rights in the European Union* (1996) och Twine *Citizenship and social right. The interdependence of self and society* (1994).

¹⁹⁷ SOU 1991:46 *Handikapp Välfärd Rättvisa* s 121-136. Se också SOU 1992:52 *Ett samhälle för alla*.

1§ Denna lag innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer

1. med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd,
2. med betydande och bestående begåvningsmässigt funktions-hinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, eller
3. med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.

I förhållande till den äldre omsorgslagen utvidgas LSS genom den tredje personkretsen,¹⁹⁸ som alltså innefattar andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder. Denna utvidgning av personkretsen har naturligtvis inneburit en omfattande ansvarsutvidgning för kommunerna som har att planera och utbygga det sociala skyddsnetet. Lagen reglerar en rad preciserade insatser:

9§ Insatserna för särskilt stöd och service är

1. rådgivning och annat personligt stöd som ställer krav på särskild kunskap om problem och livsbetingelser för människor med stora och varaktiga funktionshinder,
2. biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäligen kostnader för sådan assistans, till den del behovet av stöd inte täcks av beviljade assistanstimmar enligt lagen (1993:389) om assistansersättning,
3. ledsagarservice,
4. biträde av kontaktperson,
5. avlösarservice i hemmet,
6. korttidsvistelse utanför det egna hemmet,
7. korttidsstillsyn för skolgång över 12 år utanför det egna hemmet i anslutning till skoldagen samt under lov,
8. boende i familjehem eller bostad med särskild service för barn eller ungdomar som behöver bo utanför föräldrahemmet,
9. bostad med särskild service för vuxna eller annan särskilt anpassad bostad för vuxna,
10. daglig verksamhet för personer i yrkesverksam ålder som saknar förvärvsarbete och inte utbildar sig. Lag (1997:723).

LSS är en sk *pluslag* vilket enligt 4§ stadgas så att 'lagen innebär ingen inskränkning i de rättigheter den enskilde kan ha enligt annan lag.' LSS utgör alltså ett komplement till annan lagstiftning, främst SoL, såtillvida att insatser enligt lagen skall beviljas, om dessa inte faktiskt tillgodoses på annat sätt. Enligt lagens förarbeten skall emellertid en framställan om stöd eller service i första hand prövas enligt LSS, eftersom 'detta i allmänhet får antas var till fördel för den enskilde' och först i andra hand prövas man framställan enligt SoL.¹⁹⁹ Det är således viktigt att den enskilde erhåller rätt insatsform, eftersom SoL har ett svagare rättighetskydd än LSS (enligt ovan). Det är möjligt att om en person inte bedöms upp-

¹⁹⁸ Om motiven härtill, se SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 139-148; Prop 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade* s 51-58, 167ff. Om svårigheterna i att inte definiera personkretsarna för snävt så att personer med verkligt vårdbehov inte faller utanför dem, se Åström som konstaterar att LSS varit mindre lyckad i att i att fånga upp de funktionshindrade som faller mellan personkretsarna, *Funktionshindrade mellan SoL och LSS* (1998) s 172f. Se också Hollander *Rättighetslag* (1995) kapitel 3.

¹⁹⁹ Prop 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade* s 170f.

fylla de kriterier som ställs i LSS, så kan stöd enligt SoL utgå, men med ett sämre rättighetsskydd som följd.

LSS har, till skillnad från tidigare lagstiftning på området, givits tydligare uttryck som en sk rättighetslag. I förevarande fall innebär det att såväl förutsättningarna som insatserna är individuellt preciserade och ger därmed upphov till en rättighet för den enskilde att erhålla insatser enligt LSS 9§. I lagtexten uttrycks LSS:s rättighetskaraktär på följande sätt:

Rätten till insatser

7§ Personer som anges i 1§ har rätt till insatser i form av särskilt stöd och särskild service enligt 9§ första stycket 1--9, om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt. Personer som anges i 1 § 1 och 2 har, under samma förutsättningar, även rätt till insatser enligt 9§ första stycket 10.

Den enskilde skall genom insatserna tillförsäkras goda levnadsvillkor. Insatserna skall vara varaktiga och samordnade. De skall anpassas till mottagarens individuella behov samt utformas så att de är lätt tillgängliga för de personer som behöver dem och stärker deras förmåga att leva ett självständigt liv.

8§ Insatser enligt denna lag skall ges den enskilde endast om han begär det. Om den enskilde är under 15 år eller uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan kan vårdnadshavare, god man, förmyndare eller förvaltare begära insatser för honom.

Den enskilde skall enligt 7§2st tillförsäkras goda levnadsvillkor, insatserna skall ha beständighet och vara samordnade.²⁰⁰ Enligt LSS 14§ skall kommunen upprätta handlingsplaner för samordning. Insatserna skall också anpassas till de individuella behoven så att ett självständigt liv stärks.

Den till rättigheterna motsvarande skyldigheten återfinns i en rad punkter, men uttrycks redan i lagens 2-3§§:

2§ Varje landsting skall, om inte något annat avtalats enligt 17§, svara för insatser enligt 9§ första stycket 1.

Varje kommun skall, om inte något annat avtalats enligt 17§, svara för insatser enligt 9§ första stycket 2--10.

3§ Vad som föreskrivs för landsting i denna lag gäller också kommuner som inte ingår i något landsting.

²⁰⁰ För en genomgång av bedömningen av 'goda levnadsvillkor' enligt LSS 7§ och övrig fastställelse av den enskildes 'behov,' se Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000).

I 14-15§§ preciseras de skyldigheter som åligger huvudman nen:

Särskilda uppgifter för kommunen

14 § Kommunen skall verka för att insatser som skall tas upp i planer som avses i 10§ samordnas.

15 § Till kommunens uppgifter hör att

1. fortlöpande följa upp vilka som omfattas av lagen och vilka deras behov av stöd och service är,
2. verka för att personer som anges i 1§ får sina behov tillgodosedda,
3. informera om mål och medel för verksamheten enligt denna lag,
4. medverka till att personer som anges i 1§ får tillgång till arbete eller studier,
5. verka för att det allmänna fritids- och kulturutbudet blir tillgängligt för personer som anges i 1§,
6. anmäla till överförmyndaren dels när en person som omfattas av 1§ kan antas behöva förmyndare, förvaltare eller god man, dels när ett förmyndarskap, förvaltarskap eller godmanskap bör kunna upphöra, samt
7. samverka med organisationer som företräder människor med omfattande funktionshinder.

Sammantaget är det alltså inte så, att den enskilde blott har en principiell rätt till begärd insats av karaktären sk generell välfärdsrättighet, lösligt hållen till en kommunal frihet att tillhandahålla omsorg eller insats; utan det är här frågan om en med andra rättigheter jämförbar 'äkta' legal rättighet (7-8§§) korrelerad till en motsvarande *skyldighet* för det allmänna att tillhandahålla insatser enligt lagen (2-3§§ jämte 14-15§§). Holmberg anför att en rättighet i socialförvaltningsrättsliga sammanhang kan definieras som *"en juridisk term, som i samlad form anger alla de rättsliga möjligheter som utgör förutsättning för att den enskilde i en behovssituation skall kunna hävda en så trygg och förmånlig position som möjligt vid sin anhållan om någon av samhället utlovad social förmån."*²⁰¹ Otvivelaktigt är det så, att lagens själva utformning, därför inte torde ge upphov till tveksamheter avseende dess tillämplighet.

I förarbetena betonades starkt lagens rättighetskaraktär med hänvisning till att syftet bakom såväl OL som LSS har varit att skapa levnadsförhållanden som är jämlika med andra människors villkor, genom att stärka den enskildes rättsliga position. Med bakgrund i den kritik som tidigare riktades mot det allmännas ansvar och den enskildes svårigheter med att få sig tillerkända såväl behov som reglerade omsorger, ansåg Kommittén för 1989 års handikapputredning (SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*) att den enskildes situation bäst kunde förbättras genom en individualiserad rättighet. Man påpekade att lagstiftningen inte ensamt kunde undanröja alla bristfälligheter inom området och dittillsvarande lagstiftning (SoL och OL), men att lagstiftningen dels kan styra resurser till eftersatta områden, dels betona en viljeriktning för att förbättra förhållandena för eftersatta.²⁰² I det senare fallet är syftet uppenbarligen att försöka åstadkomma en *attitydförändring* rörande de funktionshindrades ställning i samhället och

²⁰¹ Holmberg *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (1985) s 69.

²⁰² SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 463.

utsatta situation, genom att betona den miljörelaterade handikappsynen. I den allmänna normeringsprocess som alltmer gått från regelstyrning till målstyrning, fann kommittén anledning att reflektera över avvägningen mellan de samtidigt kraven på regelstyrning av verksamheten och den flexibilitet som också krävs på lokal nivå med hänsyn till lokala förhållanden. I valet mellan den interna styrningen och den externa, betonades särskilt den senare regelutformningen: *”för att stärka medborgarens ställning i relation till den offentliga förvaltningen bör de externa reglerna så klart som möjligt uttrycka medborgarnas rättigheter.”*²⁰³ För att trygga den enskildes situation i relation till såväl bristfällig samordning mellan olika instanser som återopad resursbrist och bristande kontinuitet i stödåtgärder, förespråkade kommittén att enskilda med svåra funktionsnedsättningar tillförsäkras *rättigheter till grundläggande stödinsatser*. En sådan rättighet borde, enligt kommitténs åsikt, komma till uttryck i en precis lagtext i vilken förmånen och förutsättningarna anges tydligt. Beslutet skall vidare kunna omprövas vilket behövs för en likformig regelutlämning.

Är då LSS att karakterisera som en rättighetslag? Den allmänna uppfattningen som hålls av såväl förespråkare till lagstiftningen som dess motståndare, tycks bekräfta dess rättighetskaraktär. Lagen använder åtminstone semantiska uttryck för att dels markera *’rätt till’* vissa insatser och dels markeras vid upprepade tillfällen kommunens och landstingets skyldigheter semantiskt med formuleringar som *’skall svara för,’ ’skall verka för’* och att *’till uppgifter hör att.’* Utifrån de ’rekvisit’ som Stoor och Hollander angett (4.3.1) för att bedöma en lagstiftnings rättighetskaraktär kan följande omständigheter anges punkt för punkt:

1. Är förmånen formulerad som en individuell rättighet, eller är det frågan om en generell reglering? LSS är en individuell rättighet 7§
2. Är förutsättningarna (kriterierna) för att erhålla förmånen angivna i lag? Ja, enligt LSS 1§
3. Är förmånens innehåll angivet i lag? Insatserna är Preciserade i LSS 9§
4. Är förmånen beroende av budgetanslag? Ja, i praktiken krävs resurstilldelning.
5. Föreligger överklagningsrätt? Ja, LSS 27§. Beslut kan överklagas till länsrätten, med prövningstillstånd för överprövning till kammarrätten.

²⁰³ SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 464.

6. Finns i lagen angivet former för statlig tillsyn och kontroll?
Ja, socialstyrelsen och länsstyrelsen, LSS 25-26§§ jämte JO, JK och HO.
7. Finns i lagen angivna sanktionsmöjligheter gentemot myndigheter för utkrävande av individuella rättigheter?
Ja, enligt LSS 28a-d§§ kan sanktionsavgift åläggas kommun eller landsting. Om detta se nedan (4.6).

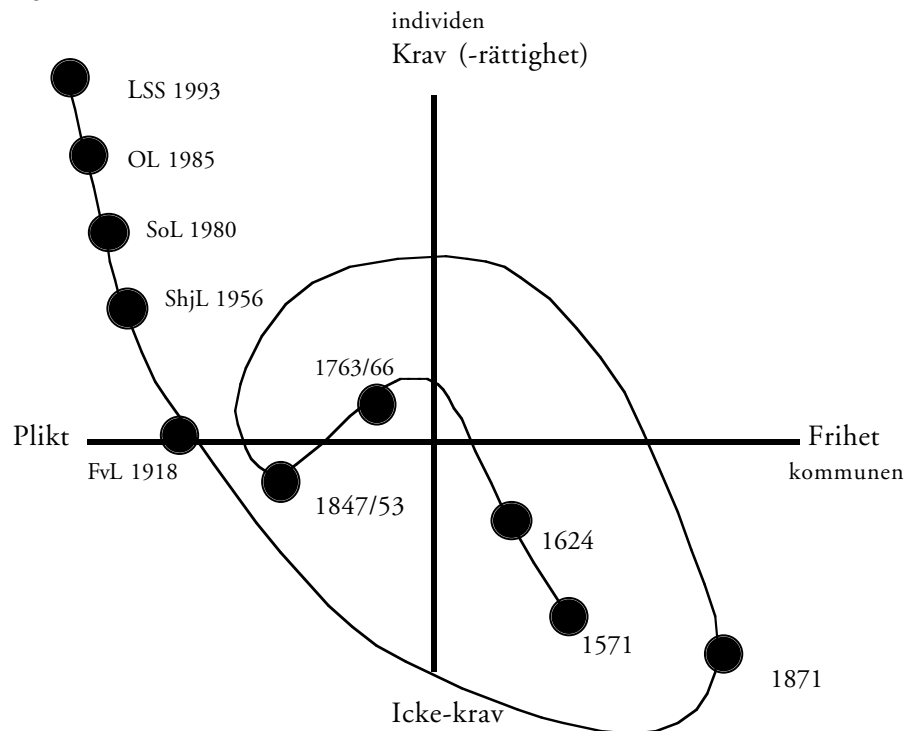
Givet Stoors och Hollanders kriterier kan LSS tveklöst betecknas som en fullgången rättighetslag. Denna slutsats drar också Hollander, men noterar också att det ur rekvisiten inte går att dra någon slutsats om hur stark LSS *faktisk* är, eller i vilken utsträckning stödinsatserna realiserats i verkligheten.²⁰⁴

4.5.3 De *sociala* rättigheternas dialektik

För att nu belysa LSS ställning i den svenska rättighetshistorien, såsom presenterades ovan, kan Hohfelds schema återanvändas där särskilt korrelationerna *krav/plikt* respektive *frihet/licke-krav* blir intressanta för att illustrera rättigheternas dialektik. Noteras bör att den nedanstående illustrationen återger den lagtekniska och legala rättighetspositionen, medan den *faktiska* och *reella* positionen för individen sannolikt avviker från detta i praktisk hänseende (se strax nedan 4.7).

²⁰⁴ Hollander *Rättighetslag* (1995) s 44.

Figur 4.6:



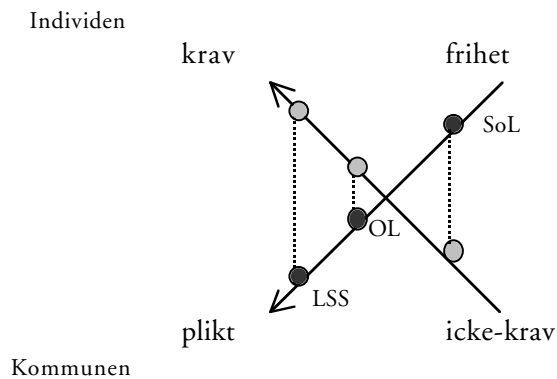
Med figuren har jag velat illustrera den socialrättsliga förändringen alltifrån Hospitalsförordningen 1571 fram till LSS 1993. Här har de hohfeldska begreppen använts för att ge en bild av hur relationen mellan individen och det allmänna (socknar, landsting, kommuner) successivt har inneburit en större kravrättsposition för individen och i motsvarande grad en minskad frihet för det allmänna. Bakslaget under 1800-talet trycker ned individerna till en kravlös situation och det stora bakslaget är naturligtvis Fattigvårdsförordningen 1871 som kastar individen tillbaka till en socialt starkt utsatt position. Efter 1871 har individens kravrättighet stärkts: eller snarare kanske skall det formuleras så, att det allmänna har fått fler utökade skyldigheter och begränsat handlingsutrymme för skönsbedömningar utifrån egna villkor.

Anna Hollander har jämfört rättighetskonstruktionen i SoL, OL samt LSS och konstaterat att de tre lagarna i olika utsträckning uppfyller rättighetsrekvisiten. Svagast i rättighetshänseende är SoL där förutsättningarna för den enskildes rättigheter är vagt utformade vilket också ofta gäller förmånens innehåll.²⁰⁵ Både OL och LSS har exakt angivna förutsättningar och preciserade förmåner angivna. I så måtto är SoL en svagare rättighetslag och mer av karaktären skyldighetslag, i den meningen att det kan vara svårt för den enskilde att ur vaga rekvi-

²⁰⁵ Hollander *Rättighetslag* (1995) s 44, här avses SoL 1980, om SoL 2002 se figur 4.8.

sit kunna göra sin rätt gällande. Ett gemensamt drag har varit avsaknaden av sanktioner riktade mot det allmänna och myndigheter i de fall verkställighetsproblem uppstått (se nedan 4.6), något som ändrats avseende LSS genom den sedan 1 juli 2002 gällande sanktionsavgiften. En överblick, i enlighet med Hohfeld, över skyldighets- och rättighetslagstiftningen med SoL, OL och LSS inplacerade i korrelationsschemat ger upphov till följande iakttagelse:

Figur 4.7:



Figuren anger inte något absolut förhållande utan återger enbart den inbördes relativa rättighetsstyrkan. Det vill säga, i en begreppsanalys av lagregleringen har det allmännas plikt eller skyldighet ökat och i motsvarande grad, har kommunens frihet minskat successivt med att SoL, OL och LSS stärkt de funktionshindrades situation. Samtidigt har de funktionshindrades rättighetsposition i form av en kravrättighet väsentligt utökats, dvs legala och legitima krav kan ställas på ansvariga myndigheter: i rättsligt hänseende har de funktionshindrade rört sig från en underordnad position där det inte var möjligt att framställa krav (dvs icke-krav), utan där ansvaret ålåg kommunens allmänna välvilja, till en position där rättigheter kan utkrävas. I motsvarande grad har kommunernas fria utrymme minskat och det har skett en glidande övergång från en allmän frihetsliknande situation till en plikt- eller skyldighetssituation. *Sammantaget är alltså LSS en utpräglad rättighetslag med motsvarande skyldigheter för kommunen: med Hohfelds terminologi kan således den enskilde göra gällande en kravrättighet, vilken korrelerar med en plikt för det allmänna.* Det bör noteras att figuren ovan endast avser att vara en illustration över det teoretiska rättighetsfundamentet för lagarna – det återstår att granska hur de rent faktiskt ter sig.

Genom att LSS synes svara så väl mot de funktionshindrades behov och dessutom har givits en stark rättighetsstatus, torde den, i enlighet med avsnitt 4.4. ovan, åtminstone kunna betecknas som ett uttryck för responsiv rätt, enligt Nonet/Selznick, eller responsivt rättighetstänkande. Inte sällan brukar den moderna socialrätten anföras som ett typexempel på responsiv rätt vilket kan tolkas på två skilda sätt: å ena sidan som att där den responsiva rätten återfinns är det just

inom välfärdsjuridiken och särskilt inom socialrätten; å andra sidan framhävs att socialrätten har de tydligaste inslagen av responsiv rätt (eller till och med reflexiv rätt), men att responsiv rätt även existerar inom de flesta rättsområden, ehuru i skiftande omfattning. Kan man hävda att just socialrätten är eller har blivit responsiv? Eller är det tvärtom så, att även socialrätten är en blandning av skilda rättssystem med skilda rättsliga typologier – finns det med andra ord inom socialrätten inslag av repressiv rätt, likaväl som av autonom som responsiv rätt och till och med reflexiva ansatser? Ingela Kåhl har givit följande beskrivning av socialrättens utveckling inskrivet i *No net/Selznicks typologi*:²⁰⁶

Figur 4.8:

Repressiv rätt 1800-talet	Autonom rätt runt sekelskiftet och framåt	Responsiv rätt 1970-tal...	Reflexiv rätt 1990-tal...?
1847, 1853 fattigvårdsförordningar	1889, 1912 arbetarskyddslag	1982 SoL; en ramlag.	1993 LSS (?)
1871 restriktiv fattigvårdsförordning, tidigare ekonomisk hjälp och besvärstogs bort	1901, 1916 lag om ersättning för olycksfall i arbetet	Portalparagrafen betonar demokrati, solidaritet, ekonomisk och social, trygghet aktivt deltagande i samhällslivet mm	
De politiska grundidéerna gick ut på att en restriktiv politik mot egendomslösa var nödvändig för att upprätthålla ordning och vilja till självförsörjning	1913 Folkpensionslag 1902, 1924 Barnavårdslag 1913 Alkoholistlag 1918 Ny fattigvårdslag besvärstogs återinförs. Stor socialpolitisk aktivitet från 30-talet och framåt.	1985 Omsorgslagen(?)	
	1954 Nykterhetsvårdslag 1956 Socialhjälpslag 1960 Barnavårdslag		SoL 2002 (?) ²⁰⁷

Som man kan notera lider den socialrättsliga regleringen av en 'eftersläpning' i förhållande till den allmänna utvecklingen, det vill säga under 1800-talet har den autonoma rätten påstått vara det dominerande paradigmet (jfr 3.5.2) och under första hälften av 1900-talet skulle responsiv rätt allmänt sett ha dominans (3.5.4). I Kåhls schema är sociallagstiftningen under 1800-talet emellertid att

²⁰⁶ Kåhl *Socialarbetarkåren* (1995) s 39.

²⁰⁷ I detta arbete behandlas inte frågan om den nya socialtjänstlag som trädde ikraft 1 januari 2002 – en rad förändringar har genomförts och bla har förvaltningsbesvär införts för i princip alla typer av biståndsbeslut.

hänföra till *repressiv* rätt. En förklaring till denna situation är att autonom rätt, som nämnts, till stor del baseras på en stark marknadsekonomisk ideologi och dominerande liberal nattväktarstatsidé som inte inrymmer någon grogrund för en aktiv positiv statsintervention – *den repressiva socialpolitik som fördes var således ett logiskt resultat av den autonoma rättsideologin*. Särskilt kom 1871 års FvF att medföra en sådan kraftig tillbakagång, att det tog betydande tid innan socialpolitiken och socialrätten hämtade sig och erövrade en autonomrättslig position under en allmän epok av responsiv rätt. Det är först i mitten av 1900-talet som socialrätten 'kommer ikapp' den allmänna responsiva rätten. Jag har modifierat Kåhls beskrivning på ett flertal ställen: för det första menar jag att nykterhetsvårdslagen 1954, socialhjälpslagen 1956 och barnavårdslagen 1960 kan placeras i ett läge mellan autonom och responsiv rätt (Kåhl hänför dem till autonom rätt); för det andra har jag inplacerat omsorgslagen från 1985 mellan responsiv och reflexiv rätt och för det tredje har jag infört kolumnen reflexiv rätt (som saknas hos Kåhl) till vilken LSS enligt min uppfattning i väsentliga delar kan hänföras. Delvis baseras detta på den tonvikt som läggs vid individernas deltagande i utformandet av rättigheterna, det finns tydliga incitament till deltagande självbestämmande och behovsutformning för att öka deltagande i samhället. Delvis också på basis av det ökade inslaget av handläggningsnormer och ansatserna till självreglering genom olika möjligheter för den funktionshindrade att själv anställa assistenter osv. Syftet är ökad samhällsintegration och lagen är åtminstone teoretiskt sett uppbyggd som ett reflexivt arrangemang där rättigheterna ges direkt till individerna samtidigt med att myndigheterna får ett ansvar och en skyldighet gentemot medborgarna. Den enskilde har också möjlighet att vända sig till domstol för prövning av myndighets beslut (genom förvaltningsbesvär). LSS har alltså stora likheter med den av Håkan Hydén föreslagna rättsstatliga välfärdsmodellen, enligt figur 4.5 ovan, medan SoL snarast kan hänföras till den välfärdsstatliga rättsmodellen (figur 4.2). Inom socialrätten kan urskiljas olika faser – dvs både repressiv rätt, autonom rätt likväl som responsiv rätt och, i viss mån, reflexiv rätt. I sin tur medför detta, att socialrätten inte successivt avvecklar tidigare regleringsformer utan uttrycker en blandform.

Ser man på den senare tidens nedrustning av den sociala sektorn är det inte självklart att socialrätten, som förvisso innehåller de största momenten av responsiv rätt, skulle ha lämnat repressiv och autonom rätt bakom sig. Tvärtom finns det forskning som pekar på repressiva drag i socialrätten – icke minst Kåhls arbete – och att denna repressivitet tenderat att tillta, bland annat genom den sk arbetslinjen och olika former av ökade krav på motprestationer.²⁰⁸ Nedan skall diskuteras huruvida den reflexiva rätten i LSS också har förmått tillvarata de sociala rättigheterna på ett mer omfattande vis, jämfört med tidigare. Enligt min me-

²⁰⁸ För aktuella iakttagelser se Kildal *Inledning – en ny väg för välfärdsstaten* (2000), Offe *Till frågan om en ny jämvikt mellan medborgarrätt och ekonomiska resurser* (2000) och Solow *Gisla vem som får betala för 'workfare'* (2000).

ning kan LSS förstås som en väsentlig fördjupning av såväl SoL som OL och därmed hänförs till den reflexiva rätten. Frågan är emellertid i vilken riktning LSS rör sig: å ena sidan finns tydliga inslag av reflexiva arrangemang och åtgärder (självreglering, ökat direktinflytande, ökad kommunikativ förmåga, decentralisering etc), men å andra sidan finns möjligheten, särskilt genom den individualiserade rättighetskonstruktionen samt den faktiska tillämpningssituationen, att LSS också rör sig tillbaka mot en autonom rätt. Den reflexiva rättens 'igångsättande' roll kan alltså ha varit destruktiv för i synnerhet socialrätten och hälsosektorn, där de ekonomiska rationalitetsargumenten fått dominerande tyngd.²⁰⁹

4.6 Rättighetslagstiftningen i praktiken

Som framhållits ovan, finns det starka skäl att rubricera LSS som en rättighetslag, då den uppfyller en rad definierade rättighetskomponenter. Men är det korrekt att hävda att den samtidigt också förelägger effektiva skyldigheter för kommunen? Finner med andra ord rättighetslagstiftningen i LSS sin motsvarighet i verkligheten?

För att bedöma lagstiftningen enligt dessa kriterier, är det inte tillräckligt att enbart se på lagtextens formuleringar och uttryck, utan viktigt blir att se hur lagen tillämpas i praktiken och i praxis. Om fallet är så, att lagen inte tillämpas eller i övrigt för den enskilde individen framstår som svår att utkräva, finns det anledning att ifrågasätta lagens karaktär av att vara en 'äkta legal rättighet,' och att det hypotetiskt kan vara en kvasirättighet, enligt Westerhälls terminologi (4.3.2). Men det saknas, åtminstone vid en första påsyn, anledning att helt och fullt frånkänna lagen rättighetsstatus. Innan således ställning tas till huruvida LSS kan benämnas för sken-, kvasi- eller kravrättighet behöver tillämpningen uppmärksammas.

Praxis visar tyvärr upp en dyster baksida av lagen.

I en lång rad beslut och under en lång rad år har begäran om särskilda insatser dels avslagits och dels har gynnande beslut inte verkställts, med hänvisning till att kommunen saknar erforderliga ekonomiska resurser härför. Problemet med

²⁰⁹ Jfr Tuori *Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården* (1993) s 9:

Om rättens roll i uppbyggnaden av välfärdsstaten endast har varit instrumentell, kan vi då över huvudtaget tala om rätten som ett värn för välfärdsstaten? Kan inte välfärdsstaten då också nedmonteras genom en instrumentell lagstiftning, där man i rättsliga termer skriver ner nationalekonomernas svar på den finansiella och ekonomiska utvecklingen eller intresseorganisationernas kompromisser om fördelningen av den krympande kakan.

icke verkställda beslut och domar är ett problem som under de senaste tjugo åren accentuerats alltmer och därigenom också kommit att uppmärksammas i motsvarande grad. De problem som i dag vidlåter LSS har ursprung delvis i de verkställighetsfrågor som uppstod redan med OL från 1985 och framåt. Initialt fick LSS överta en del av dessa icke verkställda domar och beslut, men problemet har bestått. Sedan LSS:s ikraftträdande 1994 har en rad undersökningar genomförts av Socialstyrelsen och forskare.²¹⁰ De resultat som nedan redovisas nedan härrör från den undersökning Socialstyrelsen presenterade 8 april 2002, *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* och är alltså den mest aktuella rapporten. Här presenteras ingen fullständig genomlysning av alla fall och de regionala varianser som finns, utan själva förekomsten av ett stort antal icke verkställda beslut och domar, berättigar i sig till en teoretisk övergripande analys av rättighetslagstiftningens reella status. Enligt mitt förmenande är situationen fortsatt så allvarlig för de enskilda, att själva rättighetskonstruktionen måste granskas och, kanhända, ifrågasättas.

Enligt den granskning Socialstyrelsen företog efter att LSS varit i kraft i ett och ett halvt år, var i april 1996 en tredjedel av samtliga LSS-domar som gynnade den enskilde och som avkunnades under 1994 och 1995 ännu inte verkställda. Hösten 1997 fann man att av en sjättedel av dessa domar ännu inte var verkställda och beträffande gynnande domar avkunnade under 1996 saknades verkställighet i 25% av fallen.²¹¹

Vad gäller den ovan nämnda undersökningen av Socialstyrelsen framgår att den 1 januari 2001 fanns för LSS i dess helhet 2 571 fall av icke verkställda beslut. Motsvarande siffror för den 1 januari 2000 var 2 709 fall av icke verkställda beslut, men trots en marginell nedgång, är det en föga upplyftande statistik.²¹²

²¹⁰ Se bla Socialstyrelsen *Redovisning av aktuell situation* (1994), Hollander *Rättighetslag* (1995), Socialstyrelsen *Individen och lagen – om domar och verkställighet* (1997) med bidrag av Hollander *Verkställighet av länsrättens domar och beslut enligt LSS åren 1994 och 1995* (1997) och Renström *Överklaganden till förvaltningsdomstolar* (1997). Se även Lewin *Funktionshinder och medborgarskap* (1998).

²¹¹ Se redovisning och uppgift i Prop 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* s 77 och Socialstyrelsen (1997) *Handikappreformen – slutrapport 1997*.

²¹² Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002).

Tabell 1.

I landet inrapporterades sammanlagt 2 571 beslut enligt 9 § LSS som inte var verkställda den 1 januari 2001.

Fördelning av antalet icke verkställda beslut enligt LSS per insats 1 januari 2001.²¹³

Insats enligt LSS	Antal icke verkställda beslut	Antal verkställda beslut 1 juni -00
Råd och stöd	384	16 400
Personlig assistent	45	4 200
Ledsagarservice	252	7 800
Kontaktperson	1 064	13 600
Avlösarservice	128	3 700
Korttidsvistelse	228	9 800
Korttidstillsyn	24	3 000
Boende för barn enligt LSS	17	1 200
Boende för vuxna enligt LSS	313	16 900
Daglig verksamhet	78	20 500

Som framgår hör till insatsen 'kontaktperson' de flesta antalet icke verkställda beslut, men också 'råd och stöd' samt 'boende för vuxna' representerar ett högt antal.

Det ovan redovisade materialet avser således icke verkställda *beslut*, men en liknande situation gäller också för fall där individen överklagat ett beslut och alltså erhållit en gynnande *dom*. Per den 1 januari 2001 var 127 LSS-domar ännu ej verkställda.

²¹³ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 17, tabell 1.

Tabell 2.

I hela landet rapporteras 127 icke verkställda domar enligt 9 § LSS den 1 januari 2001.

Fördelning av antalet icke verkställda domar per insats 1 januari 2001.²¹⁴

Insats enligt LSS	Antal icke verkställda domar
Råd och stöd	0
Personlig assistent	12
Ledsagarservice	6
Kontaktperson	6
Avlösarservice	3
Korttidsvistelse	6
Korttidstillsyn	0
Boende för barn enligt LSS	6
Boende för vuxna enligt LSS	87
Daglig verksamhet	1

Den stora flertalet av de gynnande icke verkställda domarna rör, som framgår, insatsen 'boende för vuxna.'

Av det totala antalet 2 698 ärenden utgjorde domarna således blott 4.5%, medan de icke verkställda ärendena till ca 95% består av kommunala beslut – det är dessa fall som enligt min mening är de intressanta och som dessutom berör det stora flertalet berättigade. Det totala antalet icke verkställda beslut rörande LSS uppgår till 1.5-2.5%.²¹⁵ Socialstyrelsen pekar i utvärderingen på en rad omständigheter och faktorer som bidrar till det uppkomna rättsläget.

²¹⁴ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 19, tabell 3.

²¹⁵ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 23.

”De tydligaste resultaten från intervjuerna i kommunerna är:

- I intervjuerna framkommer att vad gäller insatserna kontaktperson, ledsagarservice, personlig assistent, avlösarservice i hemmet och korttidsvistelse i korttidsfamilj finns det stora rekryteringsproblem. Det är få som är intresserade av dessa arbeten/uppdrag. Orsaken till svårigheterna sägs vara att det är arbeten/uppdrag med låga löner/ersättningsnivåer vilket bland annat leder till att de upplevs ha låg status. Dessutom anses dessa arbeten/uppdrag vara okända.

- Ett annat upplevt problem uppges vara svårigheten att rekrytera personer med rätt kompetens för att kunna utföra insatserna på ett bra sätt. De grupper som ansöker om insatser har stora behov och de personer som kommunen anställer kan inte alltid tillgodose dessa behov.

- Vad gäller insatserna boende för vuxna enligt LSS, boende för äldre och i viss mån korttidsvistelse enligt LSS anges att orsakerna till de icke verkställda besluten är brist på bostäder för dessa grupper i kommunerna. Flera kommuner har en bristande planering för att kunna tillgodose framtida behov av bostäder.

- Ett problem som flera nämner, oavsett vilken insats som diskuterats, är att den egna organisationen kan utgöra hinder för att verkställa beslut. Ibland är det kommunikationen mellan tjänstemän och politiker som brister. Andra gånger är vissa uppgifter inte tillräckligt prioriterade inom organisationen, vilket i förlängningen leder till att vissa beslut inte verkställs.

- Slutligen visade kommunbesöken att det finns brister i handläggning i kommunerna. Beslut som inte verkställs handlar inte alltid om att enskilda med behov får vänta på insatser, utan också om att beslut fattas trots att det är osäkert om behov av insatsen verkligen finns.²¹⁶

Socialstyrelsen menar också att den under 1997 företagna undersökningen visade på att den vanligaste orsaken till utebliven verkställighet var resursbrist, eller som Socialstyrelsen uttrycker det, att ”huvudmännen inte avsatt tillräckligt med resurser för att tillgodose behovet av lagstadgade rättigheter.”²¹⁷ Socialstyrelsen pekar emellertid också på att orsaken till utebliven verkställighet inte enbart kan hänföras till resursbrist, utan att en trolig orsak också ligger i bristande kunskap (’kunskapsbrist’ om man så vill) i förvaltningsrättsliga frågor hos handläggare och arbetsledare samt att uppföljning i många fall saknas.²¹⁸ Vad särskilt gäller insatsen ’särskild bostad för vuxna’ synes orsaken till de icke verkställda ärendena enligt Socialstyrelsen främst vara bristande framförhållning och planering som ligger kommunen till last.²¹⁹ Socialstyrelsen hävdar avslutningsvis att det inte går att isolera ”brister i handläggningen från de brister som finns vad avser ekonomiska och personella resurser i kommunerna.”²²⁰

²¹⁶ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 8.

²¹⁷ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 10 och Socialstyrelsen *Individen och lagen – om domar och verkställighet* (1997) s 101. Renström har noterat att under perioden 1994-95 i 10% av avslagsmotiven till begärd insats, angavs bristande resurser som orsak, *Överklaganden till förvaltningsdomstolar* (1997) s 207f.

²¹⁸ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 10.

²¹⁹ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 35f.

²²⁰ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 53.

Problemet med gynnande beslut som inte verkställs, är att de inte är möjliga att överklaga; har individen fått ett beviljat beslut, så kan inte ett förnyat beslut i frågan erhållas. Socialstyrelsen menar att den enskilde försätts i "en omöjlig situation genom att det beviljade, men ej effektuerade beslutet inte kan överklagas."²²¹ Enligt LSS 27§2st skall beslutet verkställas omedelbart och att hänvisa till resursbrist, planeringssvårigheter eller rekryteringsproblem är inte godtagbart.²²² JO uttalade att "nämnden, när den enskilde har rätt till en viss insats, klarlägger om instansen kan tillhandahållas inom rimlig tid. Om det kan förväntas bli svårt att verkställa ett beslut om bistånd ligger det, inte minst från rättsäkerhetsynpunkt, nära till hands att ansökan bör avslås. Därigenom bered den enskilde möjlighet att överklaga beslutet till domstol."²²³ Socialstyrelsen menade att en framställan bör bifallas om kommunen med säkerhet kan tillhandahålla den begärda insatsen inom rimlig tid. Datum för inflyttning bör anges i beslutet. Vad som kan anses rimlig tid får bedömas i varje enskilt fall men *bör inte överstiga tre månader. Gör kommunene den bedömning att beslutet inte kan verkställas inom denna tid bör framställan avslås.*²²⁴ JO anser att tre månader bör gälla som gräns.²²⁵

De vägledande avgöranden som finns är sparsamma och det centrala avgörandet i denna fråga, rörande resursbristargumentets tillämplighet, är alltså regeringsrättens dom RÅ 1988 ref 40.²²⁶ Lagligheten i att åberopa resursbrist som grund för avslag fann regeringsrätten anledning att pröva. Ärendet avsåg rätt till gruppboende enligt OL 4§5p jämte 5§ (LSS 9§9p). Målet gällde att Cecilia H, skulle erhålla särskild omsorg i form av boende i gruppboende. Omsorgsnämnden avslag grundades på det förhållandet att erforderliga resurser för närvarande inte fanns. Beslutet överklagades till länsrätten vilken biföll besvären. Omsorgsnämnden överklagade till kammarrätten, som inte ändrade länsrättens dom. Omsorgsnämnden fullföljde talan till regeringsrätten, som härvid yttrade

²²¹ Socialstyrelsen *Handikappreformen – slutrapport* (1997) s 117.

²²² Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 53.

²²³ JO (Justitieombudsmannen Kerstin André), beslut 2000-09-06, Dnr 2577-2000, s 2 (Min kursivering. HG). Se även inspektionsprotokoll av JO, 1994-02-22 Dnr 721-1994.

²²⁴ Socialstyrelsen SOSFS 1996:2.

²²⁵ JO (Justitieombudsmannen Kerstin André), beslut 2000-09-06, Dnr 2577-2000, s 2

²²⁶ Jämte RÅ 1988 not 134 och RÅ 1993 ref 11 med samma innebörd.

I målet är ostridigt att Cecilia H enligt omsorgslagen är berättigad till särskild omsorg i form av boende i gruppbostad. Omsorgsnämndens talan grundas enbart på det förhållandet att den för närvarande saknar fysiska förutsättningar att tillgodose hennes behov. Nämnden har som stöd för sin talan åberopat ett uttalande av departementschefen i förarbetena till lagen (prop 1984/85:176 s 78) att vid besvärspövningen rimlig hänsyn måste tas till de resurser som landstingskommunen har att tillgå.

Regeringsrätten finner att Cecilia H:s rätt till särskild omsorg i form av boende i gruppbostad inte påverkas av det förhållandet att landstingskommunen för närvarande inte har någon gruppbostad tillgänglig. Det åligger landstingskommunen att vidtaga erforderliga åtgärder för att utan dröjsmål uppfylla den förpliktelse som sålunda åvilar kommunen gentemot Cecilia H. Vilka åtgärder som krävs härför och åtgärdernas utförande är verkställighetsfrågor som inte skall prövas i detta mål.

Regeringsrätten bifaller inte besvären.

Enligt domen utgör resursbrist ingen grund för avslag.²⁷⁷ RR:s beslut anses prejudicerande även för de insatser som regleras i LSS, enligt de rekommendationer Socialstyrelsen utfärdar.²⁷⁸

För att ändå kunna utkräva en gynnande icke-verkställd dom har den enskilde dock sett sig tvingad att anlita kronofogdemyndigheten med begäran om vitesföreläggande för kommunen om verkställighet av länsrättens gynnande dom. Socialnämnden hade för Veronica L avslagit hennes begäran om boende i gruppbostad med resursbrist som motivering. Vid besvär till Länsrätten slogs fast att Veronica L har rätt till omsorg och att det ålåg landstinget att vidtaga erforderliga åtgärder för att utan dröjsmål uppfylla den förpliktelse som åvilade landstinget gentemot henne. Veronica L ansökte hos kronofogdemyndigheten om verkställighet av länsrättens dom. Kronofogdemyndigheten förelade landstinget att vid vite av 100 000 kronor bereda henne omsorg om omsorgsförvaltningen inte senast den 15 december 1992 erbjöd henne omsorg i form av gruppbostad för vuxna. Landstinget i Kalmar län överklagade till Göta hovrätt, som dock fastställde kronofogdemyndighetens beslut. HD prövade i sakfrågan huruvida utsökningsbalken (UB) 16 kap 12§, om verkställighet kunde anses tillämplig angående rätt till omsorg enligt OL. I NJA 1993 s 99 konstaterar HD att UB är tillämplig på domar av förvaltningsbeslut under förutsättning dock, att domen i det enskilda fallet innefattar en förpliktelse i den mening ordet har i UB.

HD yttrade följande:

²⁷⁷ I en kammarrättsdom befästes regeringsrättens avgörande avseende omsorgslagen, Kammarrätten i Göteborg, 1994-01-21, mål nr 8435-1992.

²⁷⁸ Se SoS 1994:11 s 37 *Handikappreformen. Årsrapport 1994*.

Skäl. Av 3 kap. 1 § UB framgår att en dom av förvaltningsdomstol kan utgöra exekutionstitel. En grundläggande förutsättning för att domen skall få verkställas är emellertid enligt 1 kap 1 § UB att den innefattar betalningsskyldighet eller annan förpliktelse. UB är alltså tillämplig på en dom av förvaltningsdomstol enligt lagen (1985: 568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m fl (omsorgslagen) under förutsättning att domen i det enskilda fallet innefattar en förpliktelse i den mening ordet har i UB.

I den aktuella domen d 3 febr 1992 av länsrätten i Kalmar län konstaterades i domskälen att Veronica L tillhörde den personkrets som anges i 1 § omsorgslagen samt att hennes rätt till särskild omsorg i form av boende i gruppboende inte påverkades av det förhållandet att landstingskommunen inte hade någon gruppboende tillgänglig. Länsrätten uttalade vidare att det ålåg landstingskommunen att vidtaga erforderliga åtgärder för att utan dröjsmål uppfylla den förpliktelse som åvilade kommunen gentemot henne samt att frågan om var hon skulle beredas plats var en verkställighetsfråga som inte kunde prövas i målet. I domslutet förordnade länsrätten att Veronica L hade rätt till särskild omsorg i form av boende i gruppboende för vuxna.

Innebörden av domen är att det slås fast att Veronica L har rätt till sådan särskild omsorg som anges i 4 § 1 st 5 omsorgslagen. Landstinget skall enligt omsorgslagen svara för att hon får denna särskilda omsorg. I domen har emellertid inte närmare preciserats när eller var denna särskilda omsorg skall tillhandahållas henne. Domen kan därför inte anses innefatta någon förpliktelse i den mening ordet har i UB. Kronofogdemyndighetens beslut om verkställighet skall alltså upphävas.

HD:s avgörande. Med ändring av HovR:ns beslut upphäver HD kronofogdemyndighetens beslut och lämnar Veronica L:s ansökan om verkställighet utan bifall.

Domskälen uttrycker ett principiellt jakande ställningstagande avseende tillämpligheten av utsökningsbalken på ifrågavarande frågor, därigenom att dom av förvaltningsdomstol kan utgöra exekutionstitel, men att då varken *tidpunkt* eller *plats* för tillhandahållande angivits i Länsrättens dom kan HD icke bifalla verkställighet. I domar om särskild omsorg kan sådan tidpunkt för verkställighet inte anges, enär de skall verkställas *omedelbart*, LSS 27§2st – denna omständighet är således inte tillräckligt preciserad för att utsökningsbalkens bestämmelser skall anses vara tillämpliga.²²⁹ Enligt Högsta domstolen måste, om utsökningsbalkens bestämmelser skall vara tillämpliga, i domen vara preciserat när eller var ett beslut skall verkställas. I domar om särskild omsorg har tidpunkt för verkställighet inte angetts, eftersom sådana domar skall verkställas omedelbart enligt OL.

Så som läget är har de kommunala socialnämnderna alltså, *trots* Regeringsrättens vägledande avgöranden, fortsatt att underlåta verkställighet av domstolsbeslut med motiveringen att de ekonomiska resurserna brister, enligt ovan. Enligt Anna Hollander tycks "myndigheterna [vara] ganska oberörda av den tidvis ganska intensiva debatten om lagtrots och domstolstrots som förts under snart 10 års

²²⁹ Se Lavins kommentar som menar att domen närmast kan ses som en fastställelse, men att det framledes även torde vara möjligt att i liknande fall meddela domar av fullgörelsetyp. Han hävdar i övrigt nödvändigheten av att fortsättningsvis skilja mellan fullgörelse-, fastställelse- och sanktionsdomar, *Förvaltningsdomars verkställbarhet* (1993-94) s 566. Se vidare kommentarer av Warnling-Nerep *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) s 29 samt Steining *LSS-domens exekutionsrättsliga status* (1997).

tid.”²³⁰ Problemet har blivit hur denna *underlåtenhet* att verkställa för den enskilde gynnande domar kan undvikas. Det normala har nämligen varit att sanktioner, riktade exempelvis mot kommunala nämnder, inte anses nödvändiga när verkställighet av beslut åligger offentlig myndighet. *Skälet till att sanktionsmedel hittills saknats ligger naturligtvis i en samhällelig självklarhet: det är en rättsstatlig princip av fundamental betydelse att myndigheterna följer lagar och domstolsutslag.* Riberdahl menar att denna ’lucka’ berodde på att myndigheter och kommuner i allmänhet efterföljde lagar och författningar.²³¹ Men läget har, som framgått, på senare tid förändrats.

Under årens lopp övervägdes en rad olika sanktionsmedel. I förevarande fall då *domstolstrots* eventuellt *lagtrots* aktualiseras, diskuterades *tjänstefel* enligt BrB 20:1§ samt *vårdslös myndighetsutövning* enligt SkL åtminstone tänkbara sanktionsmedel. Av den sk Kommunalansvarsutredningen framfördes förslag om *kommunalbot*. Därför utreddes i ett betänkande av den sk Lokaldemokratiutredningen förslag på olika former av *kommunala vitesförelägganden* som inte skulle inbegripa kronofogdemyndighetens deltagande. Inget av dessa förslag ledde, av olika skäl, emellertid till lagstiftning.²³²

Kraven på olika sanktionsmedel kom dock inte att avta: fd socialministern Bengt Lindqvist beaktade olika förslag att främja de funktionshindrades situation i samhället och föreslog även vitesföreläggande för kommunen, ehuru han inte var omedveten om de såväl politiska som konstitutionella svårigheterna som är förbundna därmed.²³³ På basis av de förslag Lindqvist utarbetade föreslog regeringen Prop 1999/2000: 79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* ett inrättande av föreläggande kombinerat med vite i de fall kommun eller landsting icke efterkommer dom om insatser. Lagen trädde i kraft 1 juli 2000. Bestämmelsen som infördes i LSS 26a§ 1 st angav att:

²³⁰ Hollander *Verkställighet av länsrättens domar och beslut enligt LSS åren 1994 och 1995* (1997) s 96.

²³¹ Riberdahl *Något om kommunalt ’domstolstrots’* (1986) s 104. Se också Lindqvist i SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder* s 40 samt Lavin *Förvaltningsdomars verkställbarhet* (1993-94) s 564.

²³² Den tidigare ganska omfattande diskussionen och debatten kring möjligheterna att tillgripa kommunalbot och andra sanktionsmöjligheter gentemot kommuner och landsting som inte verkställde för den enskilde gynnande beslut, har numera blivit rättshistoriskt material sedan sanktionsavgiften infördes i LSS 28a-d§§. Se det vid det här laget ganska omfattande utredningsmaterial som skrivits i ämnet; Betänkandet SOU 1989:64 *Kommunalbot*, slutbetänkandet SOU 1993:90 *Lokal demokrati i utveckling*, delbetänkandet SOU 1993:109 *Förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots och lagtrots*, Socialstyrelsen 1993:4 *Trots mot omsorgslagen* samt , Ds 1995:27 *Kommunalt domstolstrots och lagtrots – ett förslag om personligt vitesansvar i mål om laglighetsprövning*. Därför Warnling-Nereps omfattande arbete *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995).

²³³ SOU 1999: 21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder* s 37-43.

26a§ Om länsstyrelsen finner att en kommun eller ett landsting inte fullgör vad som ålagts kommunen eller landstinget i en lagakraftvunnen dom om rätt till insatser enligt 9 §, får länsstyrelsen förelägga kommunen eller landstinget att avhjälpa bristen. Föreläggandet får förenas med vite.

Länsstyrelsen får inte meddela ett vitesföreläggande enligt första stycket om verkställighet av domen redan har sökts enligt utsökningsbalken. Ett meddelat vitesföreläggande förfaller om verkställighet söks enligt utsökningsbalken. (Lag 2000:526).

Trots att regeringen gav direktiv för en totalöversyn över hela området²³⁴ (alltså icke bara beträffande SoL och LSS) med förelägganden gentemot kommuner, landsting och andra myndigheter, valde regeringen att införa ovan nämnda sanktionsmöjlighet. Rättsläget ansågs så allvarligt, att i väntan på en fullständigare utvärdering kunde lagstiftning inte anstå, det var regeringens uppfattning ”att det är angeläget att inte ytterligare fördröja införandet av ett påtryckningsmedel för att förmå kommuner och landsting att följa domstolsutslag om rätt till vissa insatser enligt LSS och SoL [...] väsentligt att en ytterligare fördröjning av åtgärder mot domstolstrots på de aktuella områdena inte sker.”²³⁵ Man betonade också att ”även ett fåtal icke verkställda domar om rättigheter inom socialtjänstområdet är enligt regeringen oacceptabla ur den enskilde drabbade personens perspektiv. Det finns således skäl att vidta åtgärder snarast oavsett problematikens omfattning.”²³⁶ Lagändringen var naturligtvis välkommen, men intrycket är att förändringen mer bar prägel av en vilja till att markera ett viktigt samhällsintresse, än att vara en genomtänkt förändring – problematiskt i detta hänseende var att nämnda lagrum endast avsåg de fall där ett avslag *överklagats* till länsrätt till fördel för den klagande, men där verkställighet inte skett. Det handlade alltså om att reglera domstolstrots, men inte själva lagtrotset eller ’verkställighetstrots’ (om en bättre term får föreslås). Lagrådet efterlyste ett fullödigare juridiskt ställningstagande av regeringen och en utförligare utredning i sakfrågan, bla ansåg lagrådet att HD:s avgörande NJA 1993 s 99 fortsättningsvis kunde ligga till grund för att ansöka om verkställighet av domar enligt UB.²³⁷

I den totalöversyn över sanktionsmöjligheter som sedan presenterades våren 2002, Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots*, betonade regeringen allvaret i förevarande situation på följande sätt:

²³⁴ Se Prop 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* s 81.

²³⁵ Prop 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* s 83.

²³⁶ Prop 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* s 83.

²³⁷ Prop 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken* s 154f (långrådet bilaga 5).

Regeringen är medveten om att den ekonomiska situationen kan ha betydelse för möjligheterna att snabbt vidta de åtgärder som krävs, inte minst med tanke på det lagstadgade kravet på ekonomisk balans i kommunerna och landstingen. Även praktiska problem, såsom att få fram lämpliga bostäder, kan ha betydelse i detta sammanhang. Samtidigt är det helt oacceptabelt i en rättsstat att domstolsavgöranden som beslutats i laga ordning inte respekteras. Särskilt betänkligt är det om det är myndigheter som sätter sig över vad domstolarna bestämt. Ett sådant agerande riskerar att undergräva medborgarnas förtroende för samhällsorganen.²³⁸

Förslaget innehöll dels ökade befogenheter för kommunens revisorer att tillgripa sanktionsavgift, dels sanktionsavgift för insatser enligt SoL 6f§ men, viktigast i detta hänseende, även sanktionsavgift för LSS. Lagrådet kommenterade att det ur rättssäkerhetssynpunkt är viktigt att påföra sanktionsavgiften flera gånger, om kommunen framhärdat i sitt domstolstrots; lagrådet föreslog därför ett tillägg att vid fortsatt underlåtenhet en ytterligare sanktionsavgift kan utdömas. Det skulle enligt lagrådet annars framstå som stötande om kommunen sanktionsfritt kan fortsätta tredska. Det kan vara intressant att se lagrådets allmänna kommentarer kring rättsläget:

Det är från rättssäkerhetssynpunkt klart otillfredsställande om enskilda inte kommer i åtnjutande av de rättigheter som lagstiftningen ger dem gentemot det allmänna. Den kommunala självstyrelse som kommunerna enligt grundlagen är tillförsäkrade kan i en rättsstat aldrig åberopas som en ursäkt för en kommun att förmena sina innevånare de förmåner de erhållit rätt till av riksdagen eller att i annat fall underlåta att rätta sig efter gällande lag. Lika litet låter det sig försvaras att en kommun vägrar eller försummar att följa domstolsavgöranden angående gränserna för kommunens befogenheter eller i fråga om kommunens förpliktelser mot enskilda.²³⁹

Lagrådet har också kommenterat förslaget om att sanktionsavgift får efterges, om synnerliga skäl föreligger härför, på följande vis:

Lagrådet noterar att de omständigheter som sålunda bör kunna anses utgöra synnerliga skäl är omständigheter som legat utanför kommunens eller landstingets kontroll. Att man i sin ekonomiska planering prioriterat medlen på ett sådant sätt att resurserna inte räckt till för att tillhandahålla insatser enligt den förevarande lagen kan sålunda inte utgöra ett skäl för eftergift.²⁴⁰

Däremot kan den ekonomiska prioriteringen beaktas då det gäller att beakta huruvida dröjsmålet är oskäligt. Lagförslaget om sanktionsavgift, med ändringar, trädde i kraft 1 juli 2002 och har följande lydelse:

²³⁸ Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 13f.

²³⁹ Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 50; bilaga 5: lagrådets yttrande (Min kursivering. HG).

²⁴⁰ Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 51; bilaga 5: lagrådets yttrande, (Min kursivering. HG).

28a§ En kommun eller ett landsting som underlåter att utan oskäligt dröjsmål tillhandahålla en insats enligt 9§ som någon är berättigad till enligt en domstols avgörande, skall åläggas att betala en särskild avgift.

Avgiften tillfaller staten. Lag (2002:439).

28b§ Den särskilda avgiften fastställs till lägst tio tusen kronor och högst en miljon kronor.

När avgiftens storlek fastställs skall det särskilt beaktas hur länge dröjsmålet pågått och hur allvarligt det i övrigt kan anses vara.

Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl för det. I ringa fall skall inte någon avgift tas ut. Lag (2002:439).

28c§ Frågor om särskild avgift prövas efter ansökan av länsstyrelsen av den länsrätt inom vars domkrets kommunen är belägen. En ansökan som avser ett landsting prövas av den länsrätt inom vars domkrets landstingets förvaltning förs.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten. Lag (2002:439).

28d§ Om en kommun eller ett landsting efter att ha ålagts att betala särskild avgift fortfarande underlåter att tillhandahålla insatsen får ny särskild avgift dömas ut.

Särskild avgift får dömas ut bara om ansökan enligt 28c§ delgetts kommunen eller landstinget inom två år från det att domen om insatsen vunnit laga kraft. Lag (2002:439).

Förslaget om sanktionsavgift innebär att det blir fråga om *ett* förfarande istället för två olika förfaranden, såsom konstruktion var i lagändringen 2000 26a§. Noteras bör att sanktionsavgiftens storlek preciserats och, viktigast, höjts till en miljon kronor (28b§). För det andra skall noteras att sanktionsavgiften fortfarande avser domstols avgörande (28a§) – det vill säga, liksom tidigare kan sanktionsavgiften *inte* användas för att framtvunga kommunen att verkställa gynnande *beslut*. Eftersom besluten utgör den helt dominerande mängden gynnande avgöranden för den insatsberättigade (ca 95%) finns det anledning att ställa sig avvaktande till den fortsatta rättsutvecklingen. Ett bestående problem i detta hänseende är att lagrummet, liksom det tidigare 26a§, endast avser de fall där ett avslag *överklagats* till länsrätt eller kammarrätt till fördel för den klagande; dvs gynnande *domar*. Lagrummet avser alltså *inte* de fall då den behovsökande fått ett gynnande *beslut* vilket därefter inte kommit att verkställas. Socialstyrelsen påtalade i utvärderingsrapporten *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* behovet av att utvidga sanktionen också till kommunala beslut:

Vad gäller icke verkställda domar finns sanktionsmöjligheter, vilket inte finns för de icke verkställda besluten. Med tanke på att de icke verkställda besluten är så många fler, är det viktigt att överväga om det är rimligt att sanktionsmöjligheter saknas för dessa beslut.²⁴¹

I prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* tog regeringen ställning till denna fråga, vilket i remissvaren påtalades av såväl Socialstyrelsen som Länsstyrelsen i Stockholms län, men menade att frågan bör vila i avvaktan på Socialstyrelsens kartläggning. Skälen till att regeringen inte tagit ställning i denna fråga, är att det i utredarens uppdrag enbart ingick att föreslå åtgärder som avser missförhållanden som beror på domstolstrots. Problemet är här, enligt regeringen, att det inte kan vara fråga om domstolstrots när kommunen inte verk-

²⁴¹ Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002) s 53.

ställer egna gynnande kommunala beslut.²⁴² Vidare framhöll regeringen att fullmäktiges ledamöter är direkt valda och att ansvaret i första hand är politiskt, varför någon sanktion inte kan riktas mot enskilda ledamöter.²⁴³

Lagrummet avser alltså *inte* de fall då den behovsökande fått ett gynnande *beslut* (positivt LSS-beslut) vilket inte verkställts. Det är naturligtvis alltför tidigt att förutse vilka följder och effekter ändringen reellt sett kommer att innebära, kanhända innebär det en skärpning av villkoren för att erhålla insatser enligt 9§. Hur kommer då LSS att tillämpas i framtiden? Tja, ödet ligger i händerna på länsrätt, kammarrätt och regeringsrätt vilka har att tillämpa lagrummet och fastställa en tillräckligt effektiv sanktionsavgift, för de icke verkställda domarna. Som tidigare nämnts utgör dock dessa domar enbart ca 5% av de totala antalet gynnande ärenden. Sanktionerna når inte de resterande 95 procenten gynnande beslut.

Är det nu så att svårigheterna att få domar verkställda speglar en *brist* i lagstiftningen? Och kan denna 'brist' avhjälpas med bestämmelser om sanktionsavgift enligt LSS 28a-d§§? Det är för tidigt att i detta arbete ta ställning till sannolikheten huruvida sanktionsavgift kommer att befinnas effektiv eller tvärtom förskjuta lagstiftningens inkonsekvenser till andra delar. I konkret hänseende kan detta betyda en omprioritering och inskränkande omdefiniering av de sökandes sociala behov och omvårdnad.²⁴⁴ Bengtsson/Åström menar att "tvinga fram följsamhet kan dock knappast lösa de normkonflikter som råder. Förutsättningen för att en rättighetslag skall fungera är att den har hög grad av legitimitet i den meningen att myndigheterna är villiga att följa lagen även i de fall tillämpningen går dem emot. Ytterst handlar det om att skapa förståelse och respekt för det demokratiska beslutet att gravt funktionshinderades levnadsvillkor och behov verkligen skall prioriteras."²⁴⁵ De har vidare funnit att lagen uppvisar legitimitetsbrister i en rad avseenden, i såväl politisk och juridisk som professionell legitimitet, eller annorlunda uttryckt, att *sociala rättigheter inte tas på allvar* varken i den politiska kommunala resursprioriteringen, i den rättsvetenskapliga rättighetsdiskursen eller i själva handläggningen.

²⁴² Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 26. Se Warnling-Nerep *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) för distinktionen mellan lagtrots och domstolstrots, s 56-63 samt särskilt om verkställigheten av kommunala beslut, s 385-402. Warnling-Nerep synes endast i ringa grad uppmärksamma den omständighet som är under fråga här, nämligen när ett gynnande beslut av olika skäl inte verkställs och ej heller överklagas, dvs fördröjd verkställighet, s 542f.

²⁴³ Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 23.

²⁴⁴ Att tendenser till detta finns, konstaterade Socialstyrelsen redan 1995 (PM 8/2 1995) som menade att "det finns klara belägg på att kommuner och landsting i allt högre grad ser assistansersättningen som en möjlighet att minska sina kostnader. Det finns exempel på huvudmän som av ekonomiska skäl försöker omdefiniera elevassistans, boendeservice, sjukvård och insatser för personer med psykiska problem till personlig assistans."

²⁴⁵ Bengtsson/Åström *Från politik till praktik – några sammanfattande slutsatser* (1998) s 305.

4.6.1 Individen mellan rätt, ekonomi och politik

Den enskilde individen vistas, som konstaterats, i ett kraftfält mellan rättslig reglering och rättslig praxis som ger signaler om delvis olika tolkningsmöjligheter. Bakom dessa återfinns, som nämnts, skilda intressen med uttryck i olika lagstiftningar där individen befinner sig i kollision mellan olika argument, rationaliteter och intressen som medför att dennes lagstadgade rättigheter allvarligt kan åsidosättas.

I bakgrunden återfinns den svåra balansgången mellan olika rättsprinciper och rättssystem och hur valet mellan dem kan fattas. Det område LSS reglerar är *i praktiken* omgärdat av en mängd olika normerande problem av skiftande karaktär och frågan uppstår var den punkt existerar där en avvägning mellan olika inkommensurabla principer måste ske: en punkt som innefattar både frågan om deltagardemokrati och formuleringen av ekonomisk prioritering. Otvivelaktigt föreligger en uppenbar svårighet avseende de sociala rättigheternas implementering i det faktum som speglats här ovan; nämligen att de är positiva rättigheter som för förverkligandet kräver nödvändig ekonomisk resurstilldelning, vilket i sin tur förutsätter en viss resursprioritering av politisk art. Som framgår står här olika rättsprinciper och i grunden skilda rättighetskonceptioner mot varandra. Problemet är huruvida denna individuellt utkrävbara sociala rättighet så som den uttrycks i LSS kan uppfattas stå i paritet med traditionella juridiska rättigheter – såsom medborgerliga och politiska fri- och rättigheter – och hur den funktionshinderades rätt i sådana fall skall tillvaratas.

Trots att både lagstiftningen och regeringsrättens praxis på området framstår som tämligen entydiga, är en slutsats att kommunerna, i avsaknad av effektiva sanktioner mot underlåtenhet att verkställa domstolsbeslut, fortsatt att åsidosätta lagstiftningens sociala intentioner. Frågan om den egentliga innebörden av 'gällande rätt' är svår att besvara och rättsområdet kännetecknas således av en viss osäkerhetsrelation mellan det juridiska och det faktiska rättsläget. Utifrån ett traditionellt och gängse rättsdogmatiskt synsätt besvaras vanligen frågan om 'gällande rätt' när rättsläget anses klarlagt, rättsfrågan avgjord och fastlagd genom vägledande avgörande avgöranden i högre instans. Det *faktiska* rättsläget och den *reella* innebörden av rättighetsregleringen i LSS gör att det för närvarande framstår som svårt att undvika den slutsatsen att ett stort antal sociala rättigheter i praktiken är 'skenrättigheter' eller 'kvasirättigheter,' på det sättet att själva *rätten* till särskild stöd och service skiljs från *tillhandahållandet*.²⁴⁶

Att rättsläget avsevärt skiljer sig på tillämpningsplanet behöver i sig inte innebära en brist eller inkonsekvens i lagstiftningen som noterats ovan, men kan tvärtom vara tecken på att andra argument principiellt är lika hållbara och legitima; det vill säga, den konkurrerande normerande praktiken är möjligtvis sprungen ur en administrativ praxis och lagstiftning som bygger på *andra* giltiga värden och i

²⁴⁶ Detta förhållande noterade Hollander redan i *Rättighetslag* (1995) s 196.

sig rimliga rättsprinciper. I förevarande fall är det från *kommunalekonomiska* och *kommunalpolitiska* synpunkter måhända korrekt att inte implementera eller tillämpa viss resurskrävande sociallagstiftning, då dessa tolkningar kan anses ha stöd i kommunalrättsliga principer om kommunal kompetens och självstyrelse.²⁴⁷ Denna åsikt finns representerad hos vissa kommunala företrädare vilka hävdar, att det inte är självklart att centralt utfärdad lagstiftning äger företräde framför den kommunala självstyrelsen. I detta fall påstås de sociala rättigheterna kollidera med decentraliserad självbestämmanderätt och kommunal självstyrelse. Statsvetaren Olof Petersson hävdar att:

Ett omdiskuterat principproblem gäller exempelvis om staten genom detaljreglerad rättighetslagstiftning skall tvinga kommuner och landsting att erbjuda medborgare eller medborgargrupper, såsom handikappade, vissa bestämda förmåner. Kravet på individuella sociala rättigheter kommer här i konflikt med kravet på lokal självstyrelse.²⁴⁸

Notera Peterssons glidning från ett 'omdiskuterat principproblem' till ett konstaterbart faktum ('kommer här i konflikt med') samt att rättighetslagstiftning av Petersson ses som ett *tvång* och att handikappade får *förmåner* på bekostnad av självstyrelse. Petersson har, föga förvånande, i konsekvens härmed även presenterat tankar om långtgående lokal autonomi (ja, suveränitet) och lanserat ett på rättsstaten modellerat begrepp, nämligen *rättskommuner* och *rättslandsting*.²⁴⁹ Att det i grunden här föreligger ett övergripande principproblem är riktigt, även om det inte nödvändigtvis behöver implicera en rättslig konflikt: Bengt Lindqvist menar att det "snarare är ett konstruerat problem än ett verkligt"²⁵⁰ – vartill jag dock vill föga, att det nått en sådan mognad av konstruktion, att det just därigenom blivit verkligt. Det vill säga, en ideologisk föreställning om att sociala rättigheter *strider* mot den kommunala självstyrelsens frihetsfundament och att de därför inte kan tillmätas 'vikt' eller betydelse i rättsligt hänseende.²⁵¹ Det skall här dock framhållas att även om den kommunala självstyrelsen är grundlagsfäst i RF 1:7§ så kan föreskrifter om kommunernas åligganden ges i lag, RF 2:8§ och "en 'rättighetslag' har därför företrädesrätt framför kommunallagen som stadgar principen om det kommunala självbestämmandet [...]. Även kommuner och landsting är bundna av domstolarnas beslut om enskildas rättigheter i förhållande

²⁴⁷ Se exempelvis Riberdahls argumentation i *Rättighetslagar och kommunal självstyrelse* (1993a).

²⁴⁸ Petersson *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik* (1996) s 91.

²⁴⁹ Se Petersson *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik* (1996) s 58ff. Se även Riberdahls resonemang om rättsskydd för den kommunala självstyrelsen, *Något om domstolskontrollen över kommunalförvaltningen* (1993b) s 674f.

²⁵⁰ Lindqvist SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder* s 38.

²⁵¹ Jfr Tuori *Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården* (1993), som menar att en rättighetslagstiftning inte behöver vara oförenlig med vare sig den kommunala självstyrelsen eller demokrati, s 17.

till olika offentliga organ.²⁵² Ett sätt att förmedla förvaltningens mellanställning här, är att omsorgsnämnderna och handläggarna hamnat i en lojalitetskonflikt mellan å ena sidan tvingande lagstiftning och de ekonomiska ramarna för den kommunala verksamheten å den andra.²⁵³ För rättsvetenskapens vidkommande är problematiken i högsta grad relevant, eftersom det gäller huruvida sociala positiva rättigheter skall tillämpas.

Rättighetslagstiftning är, som framförts tidigare, en inte helt okontroversiell metod i socialpolitiken och socialrätten. Mot kommitténs förslag om rättighetslagstiftning inför införandet av LSS, hävdades från huvudmannahåll (Kommunförbundet mfl) farhågor att möjligheten till förvaltningsbesvär kan medföra att förvaltningsdomstolarna kommer att styra resursfördelningen i kommunerna och på så sätt indirekt leda till icke önskvärda ingrepp i den lokala självstyrelsens principer.²⁵⁴ Paradoxalt nog synes därför ramlagar på området stå bäst i överensstämmelse med lokal självstyrelse, eftersom kommunerna då också kan utforma lagen med hänsyn till resurser och prioriteringar. Kommittén framhöll emellertid att rättighetsstadganden inom ramen för en ramlag är problematiskt och betonade också att:

Det är ett rättssäkerhetskrav att den enskilde i lagen kan utläsa vilka rättigheter han har och att möjlighet finns att få rätten till insatser av olika slag bedömd i högre instans.²⁵⁵

Det har framgått hur det finns en lång och hävdvunnen tradition, av att inte betrakta 'rätten till social omsorg' som en rättighet. Denna rättighet har ofta ställts i motsatsställning till den kommunala självstyrelsen. Det är därför inte osannolikt att en bidragande orsak till den bristande implementeringen av LSS:s rättigheter, delvis kan förklaras med syftning på uppfattningar i denna traditionsrika historia.²⁵⁶ Det är därför intressant att notera Kommunförbundets principiella invändningar *mot* den föreslagna rättighetskaraktären i LSS, där man i huvudsak invände att förslaget skulle komma att leda till samordningssvårigheter i lagtekniskt hänseende:

²⁵² Lindqvist SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder* s 38. Se även Warnling-Nereps iakttagelse om den kommunala självstyrelsens grundlagstadgande RF 1:7§ i relation till att legalitetsprincipen RF 1:1§ givetvis måste respekteras, *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) s 53.

²⁵³ Se Bengtsson som pekar på det 'värderingsgap' som kan uppstå hos beslutsfattarna, *Teoretisk ram* (1998) s 38f, 62f

²⁵⁴ Att så skulle vara fallet tillbakavisas dock starkt av Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 315ff, se nedan 4.7.

²⁵⁵ SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 466.

²⁵⁶ Se även Nord för en intressant genomgång av synen på de sociala rättigheternas status i svensk rättsvetenskap, *Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning* (2001) s 52-68.

En eventuell rättighetslag måste utformas som en temporär övergångslösning som så småningom enkelt kan flyta in i och samordnas med det gängse lagsystemet.²⁵⁷

Här avsågs SoL, som man menade borde vara möjlig att precisera i förhållande till de funktionshindrade situation. Man pekar på att utbudet av rättigheter blir betydande vilket medför ökade ekonomiska konsekvenser för kommunerna som också har att överta huvudmannaansvaret och, intressant nog, hävdas att detta:

Leder [...] till tvivelaktiga ingrepp i det kommunala självbestämmandet.²⁵⁸

I remissyttrandena till betänkandet framhävde Svenska Kommunförbundet att LSS inte är förenlig med kommunalt självstyre och förordar preciserade rättigheter för handikappade och en individuell biståndsprövning i SoL.²⁵⁹ I den sk kommunala förnyelsekommittén (SOU 1996:169 *Förnyelse av kommuner och landsbygging*) framhölls samma ståndpunkt beträffande rättighetslagstiftningens inverkan på den kommunala självstyrelsen:

Rättigheter ger å ena sidan i princip garantier för rättssäkerhet och lika villkor för medborgarna oavsett i vilken kommun de bor. Å andra sidan begränsar de kommunernas möjlighet att anpassa verksamheten till lokala förhållanden. Ju mer detaljerat regelsystemet är, desto mindre blir utrymmet för en flexibel behovsformulering på kommunal nivå.²⁶⁰

Utifrån dessa motsättningar inställer sig den akuta frågan om den enskildes rättssäkerhet. Det kan visserligen sägas att det faktiska rättsläget är klart, tydligt och förutsebart: vårdbehovet kan i allmänhet konstateras (LSS 1§) och rätten till viss service klarlagt (LSS 7§) – men i praktiken kan omedelbar verkställighet inte förutsättas. Svårigheterna för den enskilde individen att få gynnsamma domar verkställda är synnerligen beaktansvärda. Detta är visserligen ett långt drivet förutsebarhetsresonemang, men det kan, för tillfället, påvisa att rättssäkerhet torde innefatta något mer än förutsebarhet (kapitel 5 och 6). Rättssäkerhet för den enskilde kan, enligt mitt förmenande, alltså inte innebära att allmänna förvaltningsdomstolar visserligen konstaterar att en rättighet föreligger, men att kommunerna fortsätter neka den enskilde denna rätt genom att inte verkställa beslut. *Den prioritering kommuner företar inbegriper oundvikliga sociala konse-*

²⁵⁷ SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 570 (reservationer av Kommunförbundet).

²⁵⁸ SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa* s 571.

²⁵⁹ Prop 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade* s 257.

²⁶⁰ SOU 1996:169 (bilaga II 'Kommunerna och den statliga styrningen') s 74. För de i övrigt omfattande invändningar från kommunernas sida som riktats mot införandet av rättighetslagstiftning respektive sanktionsmöjligheter riktade mot dem, se Warnling-Nerep *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) s 50-55, 485-520 och 556ff samt *Skall kommunpolitiker bestraffas för kommunens bristfälliga resurser?* (1995-96) s 594ff med hänvisning till Ds 1990:62 *Remissyttrandet över betänkandet SOU 1989:64 Kommunalbot*, jämte SOU 1993:109 *Förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots och lagtrots*, Ds 1994:103 *Remissammanställning – Förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots och lagtrots* och Ds 1995:27 *Kommunalt domstolstrots och lagtrots – ett förslag om personligt vitesansvar i mål om laglighetsprövning*.

kvenser för den enskildes rättssäkerhet som måste anses vara diskutabla. Tillspetsat kan frågan omformuleras till följande: är det rimligt, att kommunens ekonomiska situation går före tvingande rättighetslagstiftning?

Det klassiskt hållna rättssäkerhetsbegreppet som lägger vikt vid förutsebarhet innebär svårigheter att ge rimligt skydd för resurskrävande sociala rättigheter; snarare kan det vara så att en formell uppfattning av rättssäkerheten stödjer de ekonomiska överväganden vilka medför avslag på den begärda insatsen. Därmed uppfylls de traditionella formella kraven på rättssäkerhet – men rättssäkerheten blir därigenom ett självändamål borttryckt från det mänskliga behovet (se vidare kapitel 5).

Jag har angett hur rättssäkerhet på olika sätt är bristfällig genom att lagstadgade rättigheter inte efterföljs, vilket genererar rättsosäkerhet för den enskilde. Denna rättssäkerhet är bristfällig genom förekomsten av olika konflikter på verkställighets- och tillämpningsplanet, bland annat genom intressekonflikter, normkollisioner och värdekonflikter. Bland dessa är den kommunala självstyrelsen viktig där olika aspekter på politisk och ekonomisk resursprioritering aktualiseras, därjämte är det frågan om normkollisioner vad avser de sociala rättigheternas juridiska status och dessutom förekommer värdekonflikter mellan rättsstatliga och välfärdsstatliga idékomplex. För att kunna uppställa adekvata och rimliga rättssäkerhetsgarantier vad avser sociala rättigheter, måste rättssäkerhetsbegreppets innebörd betraktas som flexibel eller relativ eller med andra ord måste rättssäkerhetsgarantierna avpassas till aktuellt rättsområde. Detta är temat för nästkommande kapitel.

Sociala rättigheter kan alltså komma att sättas ur spel genom att kommunerna, med resursbrist som argument, underlåter att efterkomma vägledande praxis. Detta är ett fortlöpande problem för de funktionshindrade. Att det även är ett ekonomiskt problem för kommunerna förtjänar givetvis att framhållas. Det är nog här kärnproblemet ligger: ty i grunden ligger här ett djupare problemkomplex, än som eventuellt kan avhjälpas genom införandet av sanktionsavgift, nämligen frågan om den ekonomiska prioriteringen av kostnadsposterna i den kommunala budgeten. Prioriteringar ger givetvis uttryck för kommunens syn på den ekonomiska fördelningens ambitioner. Lämpligheten att med sanktioner kringskära eller tydliggöra denna kommunala kompetens synes därför varken okontroversiell eller helt oproblematisk: det är alltså inte oberättigat att ifrågasätta om sanktionsavgift verkligen är det lämpligaste styrmedlet. Det vill säga, i vilken omfattning kommunerna kan göras ansvariga för att 'rikstäckande' lagstiftning av tvingande karaktär också genomförs och implementeras, givet ett förespråkande av kommunal självstyrelse?²⁶¹

Problematiskt, givet den kommunala självstyrelsen, är att förvaltningsdomstolarna principiellt – om än inte faktiskt – har kommit att bestämma nivån för den

²⁶¹ Se vidare Nergelius *Några synpunkter på grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen* (1997).

kommunala servicen istället för kommunerna själva. Detta, så går argumentet, skulle därmed inkräkta på principerna om självstyrelse och lokaldemokrati. Det hävdas, från olika håll, att principen om kommunal självstyrelse å ena sidan och resurskrävande sociala rättigheter såsom LSS å andra sidan inte är möjliga att förena (inkommensurabla eller antinoma företeelser, jfr 2.1.2 och 2.2.4). Det innebär nämligen att en framväxande rättspraxis reellt sett kommer att fastställa den kommunala självstyrelsens ekonomiska ramar och som ordföranden Thorklid Simonsen i Kommunernes Landsforening, den danska motsvarigheten till Kommunförbundet, drastiskt uttryckte det: "Det kan vel ikke være meningen, at det sociale ankesystem [överprövningssystemet. H.G.] skal være styrende for de kommunale budgetter."²⁶² Nå, det kanske inte är meningen, men det kan synas nödvändigt. Sten Holmberg menar, i linje med Simonsen ovan, att

Lagstadgade rättigheter, med överprövbarhet hos domstol som ett viktigt principiellt kriterium, ger upphov till en målkonflikt, när de möter kraven på kommunalt självbestämmande. Konstruerar man rättigheter för den enskilde som kräver stora kommunala resurser, är det uppenbarligen svårt att bortse från ett rimligt utrymme för lokala bedömningar och prioriteringar.²⁶³

Frågan är naturligtvis hur stort detta utrymme kan tillåtas vara och det är ingen överdrift att påstå, att lagstiftningen kännetecknas av en viss osäkerhet beträffande enhetligheten i det reglerade området. Detta väcker frågan om det över huvud taget är möjligt att enhetligt reglera de normativa kollisioner som uppstår mellan kommunal självstyrelse och social rättighetslagstiftning och där även ekonomiska överväganden spelar in. Det hävdas, från olika håll, att "kommunal självbestämmanderätt och juridiska rättigheter, utkrävbara hos förvaltningsdomstolar går inte helt väl ihop. *Den kommunala resursfrågan* blir så småningom ett nyckelproblem, i takt med att rättspraxis gradvis fastställer innebörd och nivåer av den enskildes 'rättigheter'."²⁶⁴ Riberdahl är skeptisk till rättighetslagarna och menar att "om man fortsätter på den inslagna vägen kommer snart nog alla särintressen att vilja ha en egen rättighetslag. Föräldrar vill ha rätt till barnomsorg, pensionärer rätt till äldreomsorg etc. Det kan leda till konflikter mellan olika särintressen."²⁶⁵ Frågan är, enligt min mening, fel ställd, det handlar för det första inte om ett 'särintresse' att som resurssvag funktionshindrad göra gällande sin rätt (utan den funktionshindrade har *som vilken annan medborgare som helst* rätt till en likvärdig behandling), för det andra är det orimligt att spela ut olika 'särintressen' mot varandra, utan här är det den (oftast) resurssvagas ställning i relation till en förhållandevis resursstark kommun.

Socialstyrelsen som utövar den övergripande tillsynen för handikapplagens tillämpning, LSS 21§, anser att landstingen och kommunerna "genom ompriorite-

²⁶² Återgivet från *Rättssäkerhet för funktionshindrade i närsamhället* (1994) s 85.

²⁶³ Holmberg *Sociala rättigheter – mål och medel* (1990) s 203.

²⁶⁴ Holmberg *Sociala rättigheter – mål och medel* (1990) s 198f.

²⁶⁵ Riberdahl *Rättighetslagar och kommunal självstyrelse* (1993a) s 162.

ringar eller besparingar måste skapa det resursutrymme som behövs för att kunna verkställa beslut och domar om särskilda omsorger.”²⁶⁶ Å andra sidan uttrycks inte sällan i de socialrättsliga förarbetena att hänsyn måste tas till resurser: vad gäller propositionen till HSL anfördes att *”krav måste vägas mot de ekonomiska och personella begränsningar som finns för verksamheten, enl HSL 2a§,”* beträffande Omsorgslagen påpekades att *”prövningen skall ta hänsyn till landstingets resurser”* och vad gäller SoL uttalades att *”valet av biståndsinsats måste ske med hänsyn till vad som är möjligt och rimligt i fråga om kommunens resurser.”*²⁶⁷

En fråga som också väckts, och som främst är ett stående argument från kommunernas sida, är att staten från huvudmännen bör överta såväl det primära finansieringsansvaret som insatsansvaret för LSS²⁶⁸ och Westerhäll har, utifrån den enskildes perspektiv, hävdade att ett ökat statligt ansvar är nödvändigt för att uppnå en acceptabel rättssäkerhetsnivå och menar därför att ”staten underlåter att dra den enda naturliga slutsats som kan dras om det egna resonemanget om socialbidraget som en nationell angelägenhet, dvs att finansieringen av det sociala biståndet övergår till staten. Detta är högst anmärkningsvärt och blottar ett bristande ansvarstagande från staten i denna fråga.”²⁶⁹ Westerhäll uppmärksammar det desperata läge som uppstått i problemen med fördröjd verkställighet. Mot Westerhälls åsikt (’naturliga slutsats’) kan ställas, att, som Bengt Lindqvist hävdade, ”det skulle kunna vara en acceptabel ordning, men innebära en betydande omfördelning av samhällets ansvar. Skulle statens ansvar också gälla andra grupper än personer med funktionshinder, tex äldre?”²⁷⁰ Frågan handlar i grunden om rättvis fördelning och likhet inför lagen för kommunmedlemmarna, dvs det framstår som oacceptabelt att vissa grupper utpekade som särskilt betungande osv gentemot andra grupper. Warnling-Nerep skiljer mellan prioriterad och oprioriterad verksamhet och uttalar i enlighet med Socialstyrelsen ovan, att en

²⁶⁶ SoS 1993:4 *Trots mot omsorgslagen* s 9. Det problem LSS ställts inför i förevarande fall kan jämföras med en liknande rättsfråga rörande HSL. I RR:s dom (den 18 september 1992) rörde frågan om landstingets skyldighet att bedriva hälsovård så att den uppfyller kraven på god vård enligt 2a§ HSL. Landstinget hade inte haft resurser att omgående lämna erforderlig behandling till den klagande, utan denne placerades på väntelista i ungefär ett år. Regeringsrätten ansåg att kravet på god vård *inte* åsidosattes genom att landstinget inte kunnat tillhandahålla vården förrän efter viss väntetid, i det aktuella fallet var det inte av akut karaktär. Inte heller kunde kommunen anses vara skyldig att i detta läge utge rätt till bistånd. Här har RR alltså accepterat en viss resursbrist under förutsättning av en kortare väntetid. Medan LSS är en rättighetslagstiftning där den enskilde har möjlighet att processa sig till en rättighet, är HSL en skyldighetslagstiftning. Regeringsrättens dom är kommenterad av Riberdahl *Rättighetslagar och kommunal självstyrelse* (1993a) s158.

²⁶⁷ Se Prop (HSL) 1981/82:97 *Hälsa- och sjukvårdslags* 117, Se Prop (OL) 1984/85:176 *Särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda* s 78 respektive Prop (SoL) 1979/80:1 *Om socialtjänsten* s 526, s 576.

²⁶⁸ Se härom bla Prop 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 21.

²⁶⁹ Westerhäll *Statlig styrning av social trygghet. Försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga* (2002) s 44.

²⁷⁰ Lindqvist i SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder* s 40.

”logisk konsekvens av det nuvarande regelsystemet torde bli, att kommunerna först tillskjuter medel för sådan verksamhet som är särskilt prioriterad genom olika sk rättighetslagar. Först därefter får övriga ’lagstadgade rättigheter,’ ävensom sk frivillig kommunal verksamhet, tillgodoses i mån av resurser.”²⁷¹ Den kommunala självstyrelsen bygger på den förutsättningen att såväl kommunala som nationella angelägenheter eller målsättningar bäst tillvaratas på lokal förvaltningsnivå, vilket har hävdats både som sedvänja och sedan kommunalförordningarna från 1800-talets mitt. Men två olika syften kom emellertid att prägla synen på den kommunala självstyrelsen, å ena sidan grundad i en liberal ideologi som motvikt till statscentralismen och med tankar om närdemokratisk folksuveränitet, å andra sidan en konservatism baserad på billigare och mer kostnadseffektiv förvaltning.²⁷² Självstyrelsen behöver i sig inte betyda en utövad lokal demokrati; lokal självstyrelse, förvisso i begränsad form, existerade genom socknarna redan innan den moderna demokratis genombrott.²⁷³ Den liberala decentraliserings-tanken jämte liberalismens ekonomiska autonomiideologi är, menar jag, väsentliga fortlevande ideologier än idag.²⁷⁴ En paradox i sammanhanget är att kommunerna sedan femtio år tillbaka på sätt och vis bakbundet sina egna motargument för att finansieringsansvaret skall åligga staten. Inför tillkomsten av socialhjälpslagen 1956 föreslog dåvarande Socialvårdskommittén att kommunerna som varande huvudmän för det administrativa genomförandet på lokal basis också skulle erhålla förstärkt statsbidrag. Kommunerna kritiserade kommitténs åsikt att socialhjälpens var en statlig uppgift, utan menade att denna var en helt kommunal angelägenhet, och ifrågasatte därmed behovet av det föreslagna statsbidraget. Man menade att ett sådant statsbidrag skulle komma att innebära statskontroll och centralism, och därmed en inskränkning av den kommunala självstyrelsen.²⁷⁵ Kommunerna har alltså traditionellt värnat om det egna kostnads- och finansieringsansvaret, men de nationella målsättningarna har givetvis ökat sedan dess.

4.7 Rättigheternas saltomortal

Det finns ett inbyggt dilemma i regleringen kring LSS: å ena sidan skall en reell konkret behovsprövning ske (något som i allmänhet är problemfritt) utifrån täm-

²⁷¹ Warnling-Nerep *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) s 559.

²⁷² Se Gustafsson *Kommunal självstyrelse* (1996) s 77.

²⁷³ Gustafsson *Kommunal självstyrelse* (1996) s 11ff.

²⁷⁴ Om den kommunala självstyrelsen se i övrigt Gustafsson *Kommunal självstyrelse* (1996), SOU 1993:90 *Lokal demokrati i utveckling* s 68ff samt SOU 1996:129 *Den kommunala självstyrelsen och grundlagen* särskilt s185ff om dess begränsningar.

²⁷⁵ Westerhäll *Statlig styrning av social trygghet. Försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga* (2002) s 28.

ligen flexibla normer, å andra sidan skall, när väl behovet är konstaterat, en precis rättighetslag träda in.

Gustav Svensson framhåller att den rättighetskaraktär som kännetecknar LSS är normrationell och att en normrationell (eller snarare subsumtionslogisk, enligt mig) tillämpningsmodell därför framstår som mest naturlig. Men detta är en chimär, enligt Svensson, nämligen därigenom att LSS i förhållande till SoL bara är mer preciserad i det avseendet att LSS anger *exakt* vilka insatser som kan sökas, LSS 9§. Men själva den behovsbedömning som sker i två steg (först 1§ sedan 7§) är ett typexempel på en målrationell bedömning, menar Svensson.²⁷⁶ Ja, till och med en behovsrationell bedömning, om Lars D Erikssons beteckning begagnas.

Av samma åsikt är Karsten Åström som uppmärksammar denna åtminstone normteoretiska skillnad i konstruktionen av SoL, som bygger mer på allmänna målsättningar och därigenom implicerar en målrationell beslutsmetod, medan LSS däremot lagtekniskt sett mer liknar det traditionella rättsliga normrationella beslutsfattandet.²⁷⁷ Även om denna skillnad finns, kräver emellertid såväl SoL som LSS, att båda beslutsrationaliteterna används i behovsbedömningen. Dessa rationaliteter baseras, som nämnts ovan (3.5.4-3.5.5), på olika kunskapsformer: den normrationella modellen förlitar sig mer på en regelkunskap och mindre på kunskap om sociala förhållanden, medan det omvända i huvudsak gäller för den målrationella modellen. Åström menar att de båda lagarna så att säga 'drar' åt olika håll: LSS skulle utifrån själva normkonstruktionen befrämja kunskap om principer och processuella regler och därigenom rättssäkerhet (i åtminstone en formell mening) samt legalitet; SoL å andra sidan befrämjar social empirisk kunskap som grund för säkerhet, men där snarare *likvärdiga* effekter för individerna är viktigare än själva formerna för hur beslutet fattas. SoL gynnar därmed, enligt Åström, "en myndighetskultur som präglas av situationsanpassade lösningar och flexibilitet; LSS en fastare myndighetskultur med en mer formell ärendehantering och med en tydligare normativ styrning."²⁷⁸

Som framfördes i det föregående kan den lagtekniska lösningen vad avser LSS sägas innebära, att den funktionshindrede givits en rättighet såsom *krav*, och att kommunen har fått en korrelerande *plikt* eller skyldighet: om den behovsökande uppfyller vissa förutsättningar angivna i lagen, så skall vissa rättsföljder inträda. Ur den lagtekniska lösningen, torde kunna utläsas att individens rättighetsposition är klarlagd och att rättssäkerhetspositionen också är otvetydig. Att betrakta situationen och rättsläget enbart ur en lagteknisk och begreppslig synvinkel säger emellertid föga om den *faktiska* eller *reella* rättighets- och rättssäkerhetspositionen (4.6), där andra starkare normerande systemvärden influerar dessa positioner och omdefinierar dem. Ett av dessa normerande systemvärden är det ekonomiska systemets imperativ, dvs resursargumentet, som framstår som så mycket

²⁷⁶ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 101f.

²⁷⁷ Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 99.

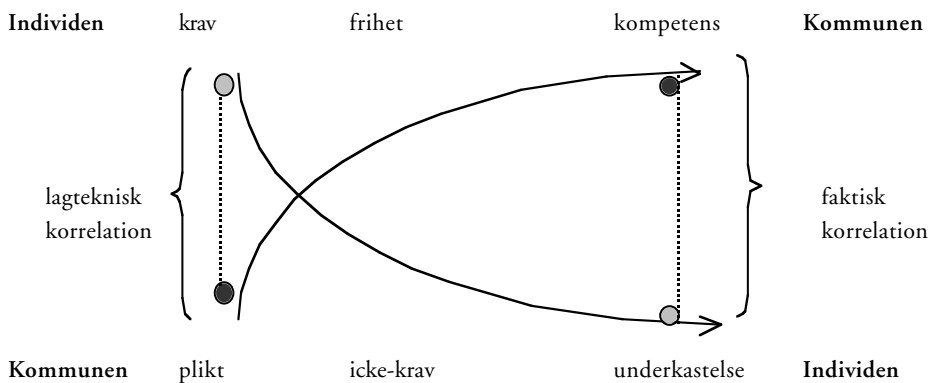
²⁷⁸ Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 101 jämte *Funktionshindrade mellan SoL och LSS* (1998b) s 169ff.

starkare och mer pådrivande än den rättsliga regleringen; till och med hotet om sanktionsavgift ses som underordnat, vilket dessutom inte riktas mot de kommunala besluten, varför dess effektivitet i detta hänseende kan betvivlas. Ett starkt pådrivande element härvidlag är troligtvis den lagstadgade kommunala budgetbalansen. Ett annat, därmed sammanhängande system, är det politisk-administrativa värdesystemet, som i förevarande hänseende särskilt främjar den kommunala självstyrelsen, vilken har såväl grundlagsskydd, RF 1: 7§ som skydd genom 'Europakonventionen om kommunal självstyrelse' (1985). Den kommunala självstyrelsen baseras på en stark ideologi om autonomi, självbestämmande och självreglering. Ett ytterligare värdesystem som påverkar menligt på LSS, och korrelationen krav/plikt, är det interna rättsliga värdesystemet (alltså: den rättsvetenskapliga ideologin) där diskursen om det negativa rättighetsbegreppet har en framträdande roll och där också traditionella rättssäkerhetsuppfattningar i många stycken är rådande. I denna ideologiska diskurs blir välfärdsrättigheter betraktade som oäkta rättigheter.

Sammanfattningsvis kan dock noteras att LSS:s rättighetskatalog, så som den är formulerad i idealtypiskt hänseende kan förstås som kravrättigheter för den funktionshindrade med en korrelerande plikt för kommunen. Emellertid så är situationen annorlunda i praktiken, där kan med fog hävdas att den rättsliga bilden inte korrelerar med verkligheten: tvärtom finns det en rad faktorer som bidrar till att den kravrättighet den funktionshindrade innehar inte förmår aktualiseras. Det innebär att man kan se en faktisk glidning från *krav* till ett *icke-krav* och – vågar jag med bestämdhet hävda – vidare till en situation där den funktionshindrade under de ekonomiska resurserna tvingas till *underkastelse*. På samma sätt har, i praktiken, kommunens *plikt* återigen glidit över till en *frihet* (välvilja) och – vågar jag återigen med bestämdhet hävda – en till underkastelsen korrelerande stark makt- eller *kompetens*position. Problematiken som tydliggörs i relationen mellan realiserandet av LSS å ena sidan och skyddet för den kommunala självstyrelsen å den andra kan återigen åskådliggöras med hjälp av Hohfeld. LSS:s rättighetskonstruktion förutsätter att de däri uttryckta sociala rättigheterna kan betraktas som *krav med korrelerat plikt*. Ur den kommunala självstyrelsens synvinkel kan LSS, snarast uppfattas som ett *icke-krav med korrelerat frihet* och den kommunala självstyrelsen till och med som *en kompetens med korrelerat underkastelse*. Dock vill jag inte påstå att den kommunala självstyrelsen skulle kunna liknas vid en immunitet i Hohfelds mening.²⁷⁹ I praktiken menar jag att det nämnda kan illustreras enligt det följande (jfr Hohfelds schema, figur 4:4):

²⁷⁹ Se emellertid Warnling-Nerep som berör denna fråga och menar att kommunfullmäktige "åtnjuter en nästintill total immunitet," *Skall kommunpolitiker bestraffas för kommunens bristfälliga resurser?* (1995-96) s 599 samt *Kommuners lag- och domstolstrots* (1995) s 144ff.

Figur 4.9:



Så som lagen är utformad innebär den lagtekniska korrelationen och det rättsliga styrkeförhållandet att individen med sin väldefinierade kravrättighet (som 'trumf') är överordnad kommunens väldefinierade plikt, medan den faktiska korrelationen och det reella styrkeförhållandet har ett omvänt förhållande där kommunen är överordnad individen (som därigenom är underordnad kommunen). Denna diskrepans och divergens mellan det rättsliga verklighetsplanet och det reala verklighetsplanet (jfr 1.2), kan delvis förklaras med att den rättscentristiska och monocentriska synen fortplantar sig i själva rättighetsdiskursen, enligt min mening. Den paradigmatiske uppfattningen om rättslig monocentri alstrar ett distinkt koherensideal inom rättighetsdiskursen, innebärande att ett konfliktlöst eller harmoniskt system förutsätter en tro på att negativa konstitutionella rättigheter inte är konfliktfyllda (se ovan 4.3.3), vilket leder till en absolut, men icke desto mindre konstruerad, motsättning mellan negativa och positiva rättigheter. De negativa rättigheterna ges en ideologisk tyngd som avsevärt försvårar tillämpningen av sociala välfärdsrättigheter i LSS och som också hämmar uppfattningen om sociala rättigheter såsom bindande rättigheter.

Tillämparen och den enskilde handläggaren lider sålunda under det ok som den ohållbara synen på sociala rättigheter förmedlar (i doktrin, rättsvetenskaplig och politisk diskurs) vilket leder till en lågprioritering i förhållande till såväl negativa rättigheter som kommunal självstyrelse. LSS är i sig inte särskilt svårtillämpbar i juridiskt hänseende, utan dess problem består i att den fortfarande möter en förhärskande ideologisk uppfattning om att staten inte skall tillhandahålla resurskrävande lagstiftning av *tvingande* karaktär; de sociala rättigheterna anses inom denna diskurs heller inte vara några *äkta* rättigheter, utan fränkänns den status som tillkommer traditionella klassiska negativa rättigheter; dvs de underordnas ett normerande (ekonomiskt) system som sätter privatautonomi och icke-intervention i högsätet. Denna uppfattning kan i sin tur härledas till uppfattningen, att rätten utgör ett autonomt system eller att rättighetstänkandet baseras på ett autonomt rättighetstänkande enligt Nonet/Selznick (4.4): detta tänkande är

ingalunda främmande för rättsvetenskapen, utan i högsta grad framträdande och som eftersträvar ett enhetligt system (monocentri). Det existerar naturligtvis ett samhälls- eller kommunalekonomiskt ideologiskt intresse av att vidmakthålla föreställningen, att sociala rättigheter är icke utkrävbara förmåner och att den kommunala självstyrelsen är en form av (hofeldsk) frihet. Det handlar också om att den rättsstatliga ideologin (autonomi, viljefrihet etc) därigenom också får genomslag i välfärdsstatligt tänkande; med konsekvenser för lagstiftningen och regleringstekniken som i ökad utsträckning baseras på subsumtionslogisk normtolkning. Regleringen har alltså inte lett till de åsyftade effekterna, utan den har inneburit icke åsyftade effekter i tillämpningen.²⁸⁰

Åström frågar sig om det har någon praktisk betydelse om insatser formuleras som rättigheter för den enskilde eller som skyldigheter för det allmänna. En väsentligt skillnad, enligt nuvarande lagstiftning, är att det till rättigheten finns kopplad en möjlighet att väcka förvaltningsbesvär, vilket saknas när det gäller skyldighetsbaserad lagstiftning. En annan viktigare skillnad, enligt Åström, är att en rättighet stärker den enskildes ställning visavis myndigheterna (kommunen i förevarande fall), medan skyldighetslagstiftning gör individen till en ”potentiell mottagare av en insats som myndigheten får ge till en enskild.”²⁸¹ En rättighet etablerar en relation mellan individen och myndigheten, medan individen i en skyldighetslagstiftning anonymiseras som del i ett kollektiv. Åström benämner de två rättsförhållandena för *individrättsligt* respektive *kollektivrättsligt*.²⁸² Tuori menar att ”noggrant definierade rättigheter framhäver [...] förmånstagarnas ställning som subjekt i förhållande till myndigheten.”²⁸³ Det torde därför finnas en presumtion för att kommunerna, under trycket av knappa resurser, prioriterar en rättighetslagstiftning. Men det är alls inte säkert, de beror bland annat på huruvida det exempelvis finns individer som mäktar med att överklaga beslut, och att det också existerar effektiva sanktionsmöjligheter.

En tungt vägande synpunkt är att LSS därmed i praktiken är en ofullgången rättighetslag, eller kvasirättighet. Som de väsentligaste hindren i dess funktion är dels de ekonomiska resurserna, dels den kommunala självstyrelsens prioritet framför statlig och central tvingande lagstiftning, dels att det finns ett antal ideologiska blockeringar rörande positiva rättigheternas lägre valör.

Enligt Hydéns modell (den rättsstatliga välfärdsmodellen, 4.5) är LSS infriadt till hälften eftersom dess sanktioner enbart avser domar och inte beslut. Vad avser de övervägande delen ärenden där det fortfarande är kommunala gynnande beslut som inte verkställs, är LSS fortfarande kvar i en svag välfärdsmodell (figur 4.2). Om individerna, de sökande, inte förmår tillvarata sina intressen gentemot en övermäktig kommunal och statlig organisation, dvs där denna är motpart,

²⁸⁰ Jfr Mathiesen *Rätten i samhället* (1991).

²⁸¹ Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 102.

²⁸² Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 97, se även *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning* (1988) s 116ff.

²⁸³ Tuori *Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården* (1993) s 18.

gynnar lagstiftningen enbart de personer som av egen kraft förmår aktualisera sin rättighet, enligt Hydéns rättsstatliga modell. För dem som inte orkar detta, framstår den rättsliga apparaten som en repressiv rätt. Karsten Åström har påpekat att:

Rättighetskonstruktionen i sig inte garanterar att de som har behov av insatser också erhåller sådana. Det finns en fara förknippad med rättighetslagstiftning, nämligen att enskilda individer åläggs ansvaret att själva aktivt ansöka om stöd och att myndigheterna inte agerar för rän den enskilde faktiskt inkommer med en formell ansökan. Den enskilde måste vara stark och aktiv. Gruppen funktionshindrade, liksom många andra grupper, har ofta svårt att göra sig hörda och ställa krav.²⁸⁴

Gustav Svensson delar Åströms uppfattning och menar att detaljerade formuleringar i lagtext inte är någon garanti för att individen därmed har en stark rättighet.²⁸⁵ Han är tveksam till om ens stadgandena i SoL respektive LSS kan hänföras till kategorin 'rättigheter' och menar att "rätten i dessa fall inskränker sig i huvudsak till en rätt att få sin ansökan prövad" och att med "tanke på den blygsamma omfattning i vilken 'skälig levnadsnivå' i SoL är fastlagd på ett objektiva sätt och den obefintliga omfattning som detta är fallet med 'goda levnadsvillkor' i LSS så är det knappast korrekt att betrakta SoL-biståndet och LSS-insatserna som rättigheter i gängse mening."²⁸⁶ Han hävdar till och med att påståendet om en 'rätt till LSS-insats' är *ideologiskt* och att det finns en *ideologisk användning* av begreppen 'skälig levnadsnivå' (enligt SoL) och 'goda livsvillkor' (enligt LSS) eftersom själva rättighetsuttrycket *döljer*, om jag nu förstår Svensson rätt, det faktum att den enskildes 'rätt' är helt beroende av beslutsfattarens skönmässiga prövning. Trots den ihärdiga upprepningen, enligt Svensson, av LSS:s rättighetskaraktär finns det inget "i LSS' konstruktion som ger den en starkare rättighetsprägel än t.ex. SoL. Att det i 1§ LSS anges de tre grupper som kan åberopa LSS är inget rättighetsfrämjande faktum [...] Och att det exempelvis i 9§ LSS finns en exakt uppräkningslista av LSS-insatserna är heller inget som förstärker rättighetskaraktären hos denna lag."²⁸⁷ Vad som gör rättigheterna ideologiska, är att de förutsätter en behovsprövning och vad som är legitima behov finns det inga objektiva mått på, enligt Svensson. Rättighetskaraktären är starkt överdriven vilket medför att rättssäkerheten i LSS-frågor är ringa.

Om LSS rättighetskaraktär är ideologisk, som Svensson hävdar kan man också fråga vad den döljer för egentlig verklighet och hur verkligheten ser ut. Svensson menar att LSS visserligen rent lagtekniskt har givits formen av en normrationell argumentationsmodell, vilket också Åström noterar, men att det fortfarande döljer sig en målrationell argumentation i denna, framförallt genom behovsprövningen eller behovsbedömningen. Det är till och med så menar Svensson, på basis

²⁸⁴ Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 103.

²⁸⁵ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 332.

²⁸⁶ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 331.

²⁸⁷ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 331.

av sin undersökning, att ”varken beträffande biståndsreglerna eller LSS-reglerna har den faktiska tillämpningen av målsättningsformuleringarna befunnits ha den karaktären att den på ett avgörande [sätt] förändrat argumentationen från att vara målrationell till att vara normrationell.”²⁸⁸

Men samtidigt har Karsten Åström märkt tydliga tendenser till att den normrationella modellen förstärkts i en regelkunskapsbaserad riktning och att insatskatalogen i LSS, i vissa fall, blivit alltför styrande och tenderat att medföra att handläggningen av handläggningen inte primärt utgår från den enskildes behov.²⁸⁹ Åström frågar sig vad som framstår som viktigast och avgörande vid bedömningen av LSS: är det den externa regleringen (alltså individens relation till myndigheten) eller den interna regleringen (alltså myndighetsregleringen)? Är ”det enskilda beslutet verkligen primärt [...] beroende av den externa regleringen och inte ett utfall av den interna regleringens stora kommunala frihetsgrader. Eller uttryckt på ett annat sätt; är det de materiella reglerna eller de konstituerande och processuella reglerna, som har den största betydelsen för vilka beslut som fattas i enskilda ärenden?”²⁹⁰

Hur kan nu Svenssons och Åströms båda iakttagelser förenas? Enligt min mening, är bådas uppfattning riktiga. Jag skulle vilja påstå att de bedömningsgrunder som görs i handläggningen av LSS, vilket Svensson funnit, verkligen är uttryck för målrationella tolkningar, men i en *snäv och teknisk* mening, ja i *riktning* mot en normrationell argumentation, såsom Åström å sin sida funnit.

Om nu rättigheterna inte är rättigheter, utan dolda av ideologiska slöjor, vad är de då enligt Svensson? Svensson har sökt några svar på frågan om varför LSS' och SoL's underliggande målrationella karaktär inte utmynnat i en normrationalitet, även om i synnerhet LSS lagtekniskt givits en sådan form, utan att rättstillämpningen uppvisar en relativt stor öppenhet och skönsmässighet. De svar som Svensson resonerar kring, är att målrationaleten har två nackdelar, den ena handlar om vem som bestämmer ambitionsnivån för socialtjänsten, den andra handlar om rättssäkerhet. Vad avser det första svaret tillbakavisar Svensson att, vad avser det formella inflytandet, varken regeringen (via normgivningskompetens), socialstyrelsen (som saknar behörighet att utfärda bindande föreskrifter) eller länsstyrelsen (som enbart har formell tillsyn) haft något reellt inflytande härvidlag.²⁹¹ Svensson menar, föga överraskande, att det är kommunerna och socialnämnderna som har det dominerande inflytandet över att bevilja insatser och bistånd. Detta får negativa konsekvenser för den enskildes rättssäkerhet rörande dessa beslut vilka huvudsakligen baseras på en skönsmässig målrationaleten och särskilt markant blir naturligtvis rättssäkerhetsproblematiken vid domstols-

²⁸⁸ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 310.

²⁸⁹ Åström *Funktionshindrade mellan SoL och LSS* (1998b) s 169.

²⁹⁰ Åström *Normbildning och beslutsfattande* (1998a) s 97.

²⁹¹ Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 313.

trots, anmärker Svensson. Därjämte ger uttrycket 'goda livsvillkor' föga stöd för en rättssäker tolkning, detta LSS's karaktär av rättighetslag till trots.²⁹²

Min egen tolkning av de åsikter Svensson och Åström för fram är att det i praktiken är kommunen som har trumf på hand att definiera och utfylla (utifrån både ekonomiska intressen och intresset av kommunal självstyrelse) de normrationella formerna med målrationellt innehåll, vilket i detta sammanhang ingalunda betyder att det är de behövandes behov som sätts i främsta rummet. Det är inte en behovsrationell argumentation som styr fältet, vilket det naturligtvis enligt lagens intentioner borde vara, utan det är en systemrationell variant av målrationell argumentation (se ovan 3.5.5), en argumentation som domineras av hänsynstaganden till systemets (läs: kommunens) behov av balans och avvägning mellan olika intressegrupperingar. *Ideologin består alltså i att låta LSS ha en skenbar normrationell uttrycksform som kan (antas) gynna formell rättssäkerhet, medan det i själva verket döljer sig en systemrationell definitions-makt som manifesteras i lagens (icke-)tillämpning.*

Finns det någorlunda tydliga tecken som påvisar denna dolda systemrationalitet i LSS och dess tillämpning? Enligt min mening kan ett sådant systemrationellt hänsynstagande utläsas i den nyligen antagna lagändringen rörande sanktionsavgift, LSS 28§. Den utgör en kompromiss, avvägning eller balanspunkt mellan två olika (antinoma eller inkommensurabla) intressen, nämligen å ena sidan möjligheten att tvinga kommuner till verkställighet genom att vid en gynnande *dom* utdöma sanktionsavgiften, men å andra sidan ett hänsynstagande till den grundlagsfästa kommunala självstyrelsen. Utåt sett ger lagändringen sken av att vara ett kraftfullt instrument (där till och med miljonbelopp kan utdömas), men i själva verket är den ineffektiv som styrinstrument eftersom den inte träffar de kommunala gynnande beslut som inte verkställs (den fördröjda verkställigheten). Denna systemrationella intresseavvägning är till den kommunala självstyrelsens förmån. Möjligtvis är det för starkt att här använda Jägerskiölds karakteristisk av 1871 års FvF på LSS, att visserligen har en "rättighetskonstruktion bevarats, men den har gjorts ofarlig"²⁹³ – men det är onekligen frestande.

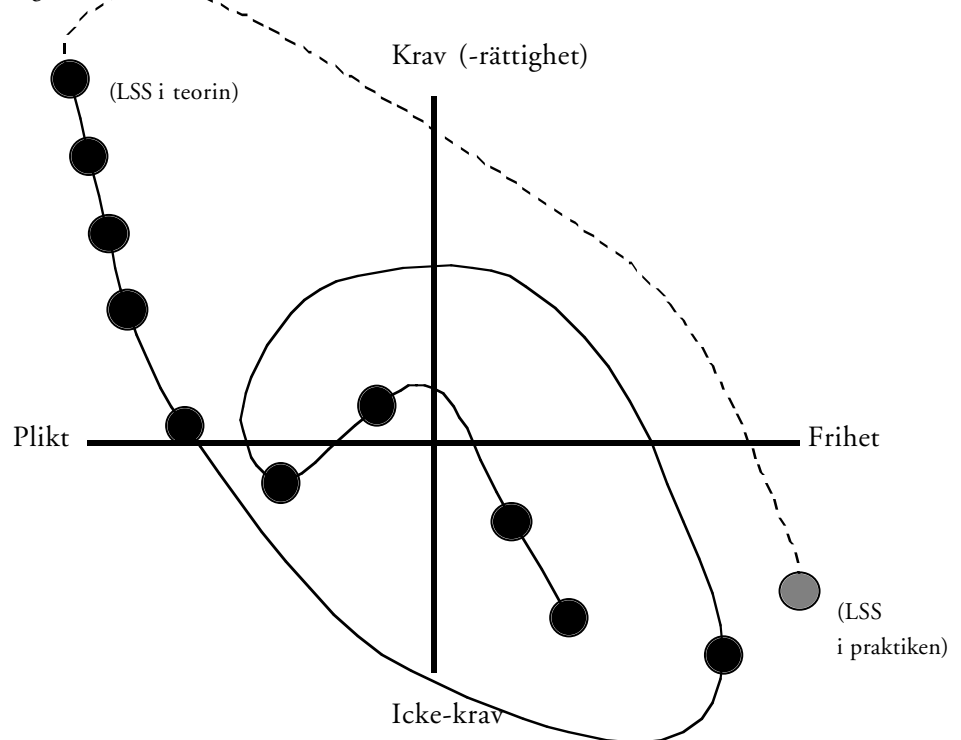
Rättigheterna är värdebaserade (polyvalenta) i det att de härrör ur sina respektive värdebaserade rättssystem. Den kognitiva slutenheten och förekomsten av gamla paradigmer leder i rättighetsdiskursen till att *vissa* rättighetsideologier reproduceras, vilket i detta fall det leder till en överbetoning av liberala negativa rättigheter framför sociala rättigheter. Den tillgängliga 'epistemiska miljön' tillhandahåller inte fullt adekvata verktyg för att kunna utveckla rättighetsdiskursen i en reflexiv kontext: både Preuss, Lars D Eriksson och Hydén har försökt utveckla välfärdsrättigheterna i en reflexiv riktning, men samtidigt finns det en stark kognitiv tillbakagång (som Eriksson återger, 4.3.4) i att se de sociala rättigheterna i ljuset av de liberala rättigheterna. Den kognitiva slutenheten stänger

²⁹² Svensson *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor* (2000) s 328.

²⁹³ Jägerskiöld *Från fattigvård till socialhjälp* (1955) s 273.

härmed dörren för en mer öppen inställning till rättigheterna. Att det verkligen är en fråga om återgång ses inte minst i tillämpningen av LSS – där särskilt det autonoma tänkandet betonas i den kommunala självstyrelsens namn. Istället för en kognitiv öppenhet, som betonar förekomsten av flera sidoordnade värden (manifesterade i olika rättigheter), leder den kognitiva slutenheten till en hierarkisering av över- och underordnande rättigheter. Enligt detta resonemang finns det anledning att rita om den rättsliga kartan och komplettera den med verkligheten enligt nedan:

Figur 4.10:



De återhållande momenten i LSS kan, som praktiska tillämpningshänsynstaganden, hänföras till ihållande inslag av autonom rätt (kommunal självstyrelse och marknadsliberalism) i LSS framför de reflexiva incitamenten. Dessa autonoma inslag kan antagligen utveckla repressiva moment för den enskildes rättighetsstatus: dvs de ihållande rättsstatsvärdena vinner försteg framför de välfärdsstatliga värdena – eller med andra ord *frihetsdiskursen går före den reella rättighetsdiskussionen*. Den kommunala självstyrelsen grundtankar vilar fundamentalt på autonomi och autonomrättsliga föreställningar, vilket i samband med den starka marknadsekonomiska nyliberalismen skapar starka normerande effekter på tillämpningen och synen på LSS, i sådan omfattning att man kan se repressiv rätt återvända. Kommunal självstyrelse och marknadsekonomi är, för LSS, en sällsynt

olycklig kombination. Frågan är huruvida det är möjligt att, trots detta, vidareutveckla de inslag av reflexiv rätt som ändå existerar (se vidare kap 6).

De sociala rättigheterna underordnas ideologiskt och blockeras på flera samverkande sätt. *För det första* underordnas de under de negativa rättigheterna, utan att det finns någon – analytisk eller legal – grund för detta; *för det andra* förutsätter såväl negativa rättigheter som formell rättssäkerhet en tro på rätten som ett monocentriskt rättssystem, som uppvisar en hög grad av slutenhet. Detta är just en ideologisk *föreställning* som vidlåter den traditionella rättsvetenskapen och dessa föreställningar genomsyrar inte bara den doktrinära rättsvetenskapen, utan återfinns i det historiska lagstiftningsarbetet.

Givet slutsatsen att sociala rättigheter teoretiskt kan betraktas som *äkta kravrättigheter* och att rättssäkerhetsförståelsen är starkt förbunden med de negativa rättigheterna, är det då ens möjligt att tala sätta rättssäkerhet i relation till sociala rättigheter? Min hypotes, för den kommande framställningen, är att rättssäkerhetsidealet är utformat efter de klassiska *negativa* rättigheterna som en *frihet* (rättssäkerhet är *frihet från...*) och att denna rättssäkerhetsuppfattning torde vara svår att förena med att sociala rättigheter är *positiva* rättigheter som därför inte uppfattats som äkta rättigheter. Den senare frågeställningen är redan behandlad; den förra delen (rättssäkerhetsförståelsen) skall bli temat för kapitel 5 och 6.

Rättssäkerheter

Rättssäkerhetstänkandet i omvandling

Så fördunstar vid ett nyktert betraktande av de reella förhållandena både idén om statens gudomliga allmakt och idén om en folkvilja som härskande. Det är på grund av respekten för ett bestående regelsystem som den alltid relativa statsmakten finnes; och det är under det oändligt invecklade kraftspelet i samhället som lagstiftningen ändrar och utvecklar regelsystemet i anslutning till de idéer och önskemål som gör sig gällande i samhället och vinner övervägande inflytande. Men att rättssäkerheten därunder blir bestående är icke någon självklar sak. Det kan inträffa, att dess grundvalar långsamt vittrar sönder utan att det observeras. Rättssäkerheten måste vårdas med omsorg om den skall kunna bevaras. Icke minst därför är det så viktigt att se klart, vad som verkligen föreligger där vi talar om en rättsordning.¹

Karl Olivecrona

5.1 Inledande synpunkter på rättssäkerhet

Rättssäkerhetsbegreppet är ett av juridikens fundamentala hörnpelare och tillhör, utan tvekan, den privilegierade grupp positivt värdeladdade begrepp, eller rättsprinciper, som ofta ger upphov till kontroverser och tämligen friska debatter. Det kan måhända synas märkligt, att ett så centralt begrepp alstrar debatt, men det är väl just detta, att det är ett av de principer som konstituerar rättens 'kärna,' som också gör det värt en debatt. Och en diskussion om denna 'kärna' innebär givetvis att rättens underliggande värden kommer upp till ytan. Att rättssäkerheten verkligen är en för rätten och rättsvetenskapen viktig och allmänt accepterad princip, råder ingen tvekan om, det kan debatten i sig vittna om. Där emot råder givetvis största oenighet om begreppets innebörd. Men detta är väl

¹ Olivecrona *Rättsordningen* (1984) s 282.

bara ett vetenskapligt sundhetstecken, ty det visar att största vikt häftar vid denna nebulösa men centrala idé. För egen del tror jag nog att enighet och samstämmighet icke är möjlig att uppnå – men i detta ligger inte någon negativ uppgivenhet. Tvärtom måste man ta utgångspunkt i denna oenighet för att nå vidare; en positiv resignation, med andra ord. I förra kapitlet påvisades olika rättighetstyper och hur dessa är av negativt eller positivt slag. Där argumenterades för, att *sociala* rättigheter har en genuin rättighets- och skyldighetskaraktär som på intet sätt analytiskt behöver underordnas traditionella medborgerliga fri- och rättigheter. Detta innebär givetvis ingen nedvärdering av de senare. Dock är det traditionella rättssäkerhetsbegreppet i huvudsak avpassat till att garantera och skydda dessa äldre rättighetsformer, inte till sociala rättigheter. Den första delen i detta kapitel (5.1) ställer några inledande frågor och hypoteser om vad rättssäkerheten är och hur den vanligtvis beskrivs i rättsvetenskapliga sammanhang. Jag kommer därvidlag att försöka positionsbestämma och redovisa olika rättssäkerhetsdefinitioner. Först avgränsas rättssäkerheten gentemot andra grundläggande rättsprinciper och härvid preciseras den funktion rättssäkerheten har inom rättssystemet. Därefter ges en analys av begreppets rättsliga konstruktion. Avsnitt 5.2-5.3 ägnas åt att lokalisera rättssäkerhetens uppkomsthistoria och dess förändring över tiden från att ha varit ett tämligen oproblematiskt begrepp till att ha blivit synnerligen debatterat, ja rentav ifrågasatt begrepp. Framställningen har därför en huvudsakligen refererande rättshistorisk karaktär. I avsnitt 5.4-5.7 återges rättssäkerhetsdebatten från de senaste två decennierna och särskilt vidareförs debatten till mer utpräglade socialrättsliga frågor.

5.1.1 Individen, staten och rättsordningen

I syfte att klargöra några väsentliga särdrag vad avser rättssäkerhetens sociala sammanhang, kan i detta sammanhang först återges en passage från Sveriges Advokatsamfunds definition av rättssäkerheten i sitt *Rättssäkerhetsprogram*. Alltså, rättssäkerheten avser:

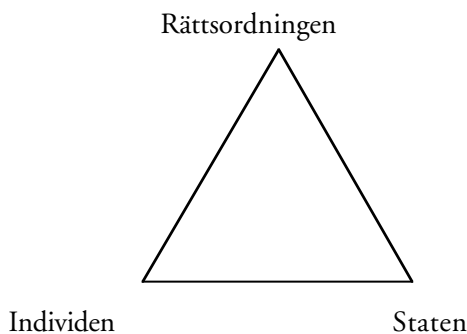
Skyddet för de grundläggande mänskliga rättigheterna sådana dessa berörs i grundlagar och konventioner. Den berör enskildas rätt mot riksdag, regering och myndigheter. Den innefattar krav på rättsregler och deras utformning och innehåll, tolkning och tillämpning. Den skall ge enskilda människor och privata organisationer trygghet, både så att de är skyddade mot myndigheternas godtycke och så att de kan förutse, såväl de rättsliga verkningarna av sina egna handlingar, som myndigheternas handlingssätt under givna omständigheter. Den skall ge den enskilde möjlighet att tillvarata den rätt som tillkommer honom enligt principerna för ett demokratiskt samhälle, och den skall utgöra kännetecknet för de spelregler som statsmakten underkastar sig i ett sådant samhälle.²

² Sveriges Advokatsamfund *Rättssäkerhetsprogram* (1988) s 6.

Detta är, som synes, en ytterst vid definition – och den förefaller rimlig. Men icke desto mindre är den problematisk i det att den sammanför flera olika rättsprinciper och rättsförhållanden. Just i detta avseende är den därför intressant och lämplig som utgångspunkt. Jag återkommer längre fram till definitionen.

När rättssäkerheten analyseras, liksom legalitetsprincipen och rättsskyddsbegreppet, bör man hålla i minnet tre fixpunkter som ständigt återkommer i all rättssäkerhetsdebatt och som även återfinns i det härför ovan anförda citatet, nämligen *rätten* (rättsordningen), *staten* (statsmakten) och *individen* (rättssubjektet).

Figur 5.1:



De ger upphov till olika slags rättsliga relationer, nämligen följande:

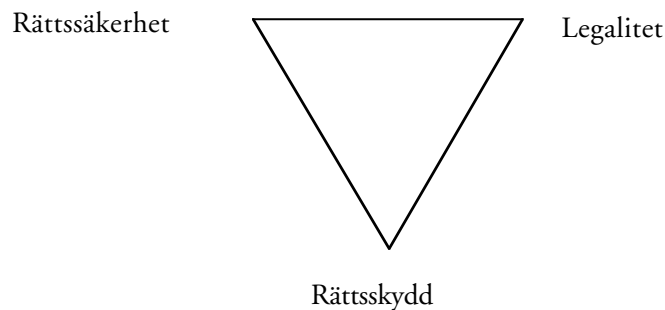
- Hur förhållandet mellan statsmakten och rättsordningen regleras; det vill säga statens legala maktutövning samt den reella maktfördelningens rättsprinciper.
- Förhållandet mellan statsmakten och individen; med andra ord vilket rättsligt skydd rättsordningen garanterar individen gentemot statliga åtgärder.
- Relationen mellan rättsordningen och individen anger vilken säkerhet rätten ger gentemot missbruk eller godtycke i rättstillämpningen.

I samtliga dessa fall aktualiseras olika makt- och styrkeförhållanden. Dessa tre 'fixpunkter' är givetvis inte några stabila eller statiska enheter, utan skiftar karaktär beroende på deras innebörd. Exempelvis blir relationen annorlunda, om staten betraktas som en 'nattväktarstat' eller 'intervenerande' stat; om individen betraktas som bärare av skyldigheter eller om individen har rättsliga anspråk på staten, om rättsordningen tryggar en rättsstatlig ideologi eller en välfärdsstatlig sådan och så vidare. Det finns givetvis andra variabler att spela med, men dessa tre torde vara tillfyllest i förevarande sammanhang.

5.1.2 Legalitet, rättsskydd och rättssäkerhet

För att nu inringa rättssäkerhetens särdrag i det rättsliga sammanhanget måste den avgränsas mot vissa andra centrala rättsbegrepp; legalitet(-sprincipen) respektive rättsskyddet. Dessa tre begrepp uttrycker olika rättsliga relationer och bör hållas isär. De är teoretiskt distinkta men kan i praktiken ändå uppfattas som stödjande och förstärkande varandra. Legalitetsprincipen är grundläggande för de övriga principerna, som kommer att framgå. De tre rättsbegreppen formerar en ytterligare triad.

Figur 5.2:



Legalitet betecknar förhållandet mellan statens maktutövning och rättsordningen; rätten är den överordnade principen vid all statlig maktutövning, det skall råda legalitet. Detta återges bland annat genom *legalitetsprincipen* i RF 1:1§3st, som stadgar att "den offentliga makten utövas under lagarna." I detta återfinns rättsstatens viktigaste kännetecken, rättens herravälde. Slagordsmässigt gäller för rättsstaten: icke 'royaume' men 'loyaume' – icke 'rule of men' utan 'rule of law.' Legalitetsprincipen förstås vanligen på följande vis att "såväl regeringen som samtliga myndigheter och domstolar är underkastade kravet på lagstöd i sitt handlande. Det måste alltså finnas lagstöd för att en myndighet eller en domstol skall kunna ålägga någon medborgare något, döma honom till straff eller i övrigt ingripa i hans rättssfär."³ Två klassiska straffrättsliga deviser, *nullum crimen sine lege* och *nulla poena sine lege*, uttrycker legalitetsprincipens viktiga retroaktivi-

³ Sveriges Advokatsamfund *Rättssäkerhetsprogram* (1988) s 4. Det finns inte skäl att här presentera någon längre utläggning om legalitetsprincipen, eftersom samstämmighet i stort sett kan sägas råda; se exempelvis Peczenik *Rätten och Förnuftet* (1986) s 252f, Bernt *Legalitetsprincipen och andre hjemmelsspøsmål i den offentlige rett* (1982) s 513, Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 93f samt Beyer *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 392. För längre expositioner av legalitetsprincipen hänvisas till Eckhoff *Legalitetsprincipen* (1966), Ross *Friheds- og ejendomsriteriet* (1977) och Frände *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989).

tetsförbud.⁴ Legalitetsprincipen i denna form återfinnes i RF 2:10§1st ”straff eller annan brottspåföljd får icke åläggas för gärning som icke var belagd med brottspåföljd, när den förövades” samt i RF 2:11§1st ”domstol får icke inrättas för redan begångna gärningar och ej heller för viss tvist eller i övrigt för visst mål.” Legalitetsprincipen uttrycker i denna mening formella garantier för ett styrelseskick (under lagarna) av viss valör.⁵ Legalitetsprincipen innebär givetvis också, utöver formella aspekter, även krav på lagarnas innehåll, ett materiellt krav – dvs för dess faktiska förverkligande krävs dock ett visst minimimått av maktfördelning och därmed konstitutionell demokrati.⁶ Begreppet är mångtydigt och Jareborgs åsikt är att ”den straffrättsliga legalitetsprincipen, åtminstone numera, egentligen [är] ett flertal principer. Endast den historiska bakgrunden i främst upplysningstidens straffrättskritik gör talet om *en* princip försvarligt.”⁷ Begreppet är således inte entydigt eller enhetligt, vilket i övrigt torde bekräfta en polyvalent syn på rätten.

Rättsskyddet anger, som ovan antytt, det förhållandet att rättsordningen reglerar individens skydd gentemot statsmakten, dess myndigheter och organisationer. Jareborg menar, i en klagande definition av rättsskyddet, att ”rättsordningen inträder [...] till skydd för intressen som hotas av statlig maktutövning.”⁸ En rättsstat är då följaktligen en stat där den ”enskilde åtnjuter rättsskydd mot staten själv.”⁹ Det innebär alltså att statliga och offentliga myndigheter i sina beslut, för det första bör och skall iakttaga legalitetsprincipen, och för det andra, att rättsliga medel till skydd för individen bör och skall existera; det betyder i klartext att ett beslut skall kunna bli föremål för förnyad prövning, vartill krävs en faktisk rättstillgänglighet.¹⁰ Bestämmelser om rättsskyddet återfinns bland annat i RF kapitel 2 om grundläggande fri- och rättigheter: däribland 2§ om medborgares skydd mot att tillkännage sin åskådning i olika hänseenden samt skydd mot tvång att delta i sammankomst; 5§ om skydd mot kroppsstraff; 6§ om skydd mot kroppsligt ingrepp och 8§ skydd mot frihetsberövande. Ofta för-

⁴ Alltså: *inget brott utan lag(stöd)* respektive *inget straff utan lag(stöd)*.

⁵ ”Inte mer än en viss ’teknik’ att regera,” menar Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 297.

⁶ Eckhoff *Legalitetsprincipen* (1966) s 258.

⁷ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 93, Bernt *Legalitetsprincipen og andre hjemmelspørsmål i den offentlige rett* (1982) samt Zahle *Polycentri i retskildelæren* (1986).

⁸ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 80.

⁹ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 80. Se också Nelson *Rättssäkerhet och samhällssystem* (1989) s 257 om rättsskyddet.

¹⁰ Om rättstillgänglighet – motsvarande ’access to justice’ – se Frändberg *Rättsstatens organisation* (1986) s 31f. Rättsskyddet kan även förstås på det sättet, att de ”i grundlagen garanterade rättigheterna respekteras i praktiken *dels* av lagstiftaren avseende lagens innehåll *dels* av de rättstillämpande organen avseende dessas tolkning och tillämpning,” Af Trampe *Demokratiuppfattning och individens rättsskydd* (1987) s 195. Peczenik *Juridisk Argumentation* (1990) s 13 uppmärksammar två varianter av rättsskyddet; det *formella* skyddet som i huvudsak anknyter till en rättsstatsideologi, vilken betonar förutsebarheten och rättsnormernas roll som styrningsinstrument; det *materiella* rättsskyddet, anknyttande till välfärdsstatlig ideologi, som innebär att rätten ger vissa medborgare materiella fördelar och den svagare partens skydd mot den starkare.

knippas det här anförda problemkomplexet som varande ett 'administrativt rättsskydd', dvs ett för medborgarna anordnat skydd gentemot den offentliga förvaltningen. Debatten om rättsskyddet var intensiv framför allt under 1940- och 50-talen då välfärdsstaten växte fram och en omfattande administration byggdes upp.¹¹

Medan rättsordningen träder in som skyddsanordning mellan individen och staten (rättsskydd), bör en (demokratisk) politisk maktordning också tillförsäkra individen säkerhet gentemot den rättsliga utövningen självt – det vill säga ett rättsligt korrektiv mellan rätten och individen.¹² Detta är en definition av *rätts-säkerheten* i dess vidaste och kanske mest allmänna mening. Om jag tillåter mig att sammanfatta vad en mer konventionell rättsvetenskaplig innebörd av begreppet ger för handen, kan man påstå att rättssäkerheten:

Består i att på rättslig väg skydda individen och dennes rättigheter genom att motverka eventuellt godtycke och skönsmässighet i rättsligt beslutsfattande. Detta innebär att besluten (rättslämpningen) skall vara så beskaffade, att den enskilde därigenom har möjlighet att förutse konsekvenserna av det egna handlandet eller det rättsliga beslutet.

Denna förutsebarhet antas ofta förutsätta klara och precisa rättsregler. Preciserad reglering kan därför påstås vara en konsekvent genomförd rättssäkerhetstänke och utifrån detta enkla och okontroversiella påstående kan man lätt få det intrycket att det existerar en allmänt utbredd konsensus vad rättssäkerhet är och vad det betecknar. Om än inte bland allmänheten, så i vart fall bland jurister. Så är alls icke sakernas tillstånd. Själva begreppet 'rättssäkerhet' förekommer i lagtext. I RF 8:18§3st3p anges, beträffande lagrådet uppgifter, att, "*Lagrådets granskning skall avse [...] 3. hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav.*" Någon legaldefinition ges emellertid varken i lagtext eller i förarbeten, men antagligen avses här 'förutsebarhetens krav' – dvs en formellt förstådd innebörd – och troligen har begreppet också lämnats öppet även av det skälet att rättspolitiska frågor skall kunna falla in under lagrådets rättssäkerhetsgranskning.¹³ Rättssäkerhetsbegreppet skall inte sammanblandas med rättstrygghet, vilket ofta förhållandet individer emellan.¹⁴

¹¹ Se vidare avsnitt 5.3.

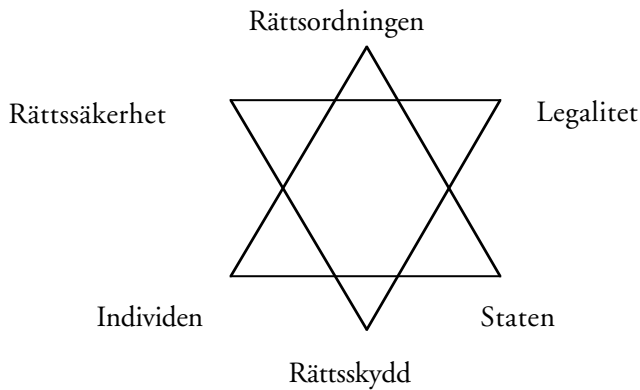
¹² Av Frändberg benämnt som 'rättsstatens paradox,' se *Begreppet rättsstat* (1996) s 25.

¹³ Bengtsson *Om lagrådsgranskningens gränser* (1984) s 204-208 och Petrén/Ragnemalm *Sveriges grundlagar* (1980) s 206. Se även Algotsson *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet* (1993) s 61ff, 364ff och Nergelius *Konstitutionellt rättighetskydd* (1996) kap 15.

¹⁴ Sveriges Advokatsamfund anför att med detta begrepp förstås 'skydd mot brott i allmänhet,' *Rättssäkerhetsprogram* (1988) s 6; med andra ord har staten en trygghetsskapande funktion mellan medborgarna att brott beivras. Sett på det sättet anknuter rättstryggheten till statens polisiära funktioner, att förebygga och skydda mot brott över huvud taget, Frände *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) s 164 not 13. Jareborg menar att skillnaden mellan rättssäkerhet och rättstrygghet består i att medan den förra avser "beskaffenheten hos den legala maktutövningen, förutsebarheten hos beslut som är rättsliga," avser den senare i "kravet att statlig maktutövning skall vara rättsligt reglerad," *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 182. Mot Jareborgs konventionella uppfattning av rättssäkerheten saknas anledning

Genom att kombinera det rättsliga mönstret, figur 5.2, med det sociala, figur 5.1, kan de tre principerna ytterligare preciseras.

Figur 5.3:



En distinktion, som förorsakar mest diskussion, men som kan klargöras med hjälp av figuren ovan gäller förhållandet mellan legalitetsprincipen och rättssäkerheten. Legalitetsprincipen är oundvikligen förbunden med rättssäkerheten, men medan Jareborg blott anser, att "legalitet främjar rättssäkerheten,"¹⁵ menar jag att legalitetsprincipen utgör rättssäkerhetens triviala fundament. Trivial inte i

till kritik, däremot är påståendet om rättstryggheten förvånande enär en 'rättslig reglering' av statlig maktutövning är kvintessensen i legalitetsprincipen och ett fundament i rättsstats-idén. Bilden blir inte direkt klarare, enligt min mening, när Jareborg hävdar att "rättstrygghet [innebär], att staten har att skapa rättsskydd mot illegal maktutövning" och att "rättssäkerhet är rimligt rättsskydd mot statens *legala* maktutövning," *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 81. Man kanske kan säga att rättssäkerhet och rättsskyddet betingar varandra; ett förstärkt rättsskydd skapar förutsättningarna för en högre grad av rättssäkerhet, liksom preciserade rättssäkerhetsgarantier ökar möjligheterna för ett bättre rättsskydd, se Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 304f om sambandet däremellan samt Aubert *Inledning till rättssociologin* (1980) s 52ff. I övrigt om rättsskyddsbegreppet, se Krantz *Rätt och rättsskydd i den sociala barna- och ungdomsvården* (1976) särskilt kap 1, som menar att rättssäkerheten är ett mer abstrakt tillstånd och rättsskydd ett medel för att upprätthålla rättssäkerheten. Se också Lindbloms resonemang om rättsskyddets samband med 'access to justice' respektive 'access to court' samt de tvetydigheter som i övrigt vidlåter begreppen rättstrygghet respektive rättsskydd, *Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samballsfunktion och grundstruktur* (1999) s 642ff. Frändberg använder en annan terminologi och avser med rättsskydd "att individen skall ha rättsskydd mot kränkningar, orsakade av överhetens maktutövning," *Rättsstatens organisation* (1986) s 31f. Dessa kränkningar kan ha olika uttryck; dels godtycke avseende rätten; dels diskriminering i rättshänseende i förhållande till andra; dels våld och övergrepp från överhetens sida; dels att överheten hindrar individens möjligheter att få rätt. Remediet mot dessa former av övergrepp och kränkningar är krav på *rättssäkerhet, rättslighet, rättstrygghet* respektive *rättstillgänglighet*. Detta avviker från den annars här åberopade litteraturen, men då det endast är en terminologisk och stipulativ fråga, kan följande anföras; Frändbergs övergripande *rättsskydd* motsvarar i den här förespråkade terminologin legalitetsprincipen och begreppet *rättstrygghet* motsvarar därmed rättsskyddet.

¹⁵ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 82.

meningen banal eller enkel, utan den självklart odiskutabla och nödvändiga premissen för en meningsfull förståelse av rättssäkerheten. Utan legalitet, ingen rättssäkerhet – och utan legalitet heller inget rättsskydd och givetvis ingen rättstrygghet.¹⁶ Frände menar bland annat att (den straffrättsliga) ”legalitetsprincipen underbyggs med hänvisningar till principens positiva inverkan på medborgarnas rättssäkerhet.”¹⁷ Gemensamt för de tre begreppen (rättssäkerhet, rättsskydd och legalitetsprincipen) är, enligt Frände, en strävan efter förutsebarhet, ehuru denna förutsebarhet kan förstås på olika sätt. Jag är här alltså enig med Zilas åsikt, att ”legaliteten är rättssäkerhetens oundgängliga förutsättning.”¹⁸ Men Zila presenterar också en starkare definition, i det han påstår att ”rättssäkerheten är den väsentliga konsekvensen av legaliteten.”¹⁹ Jag biträder gärna det första påståendet, men är tveksam till det senare, ty det är på just denna senare punkt, som rättssäkerheten innebär något mer än formell legalitet och som därmed gör begreppet problematiskt. Den ofta förekommande korshänvisningen mellan rättssäkerhetsbegreppet och legalitetsprincipen kan göra det svårt att särskilja dem. Icke sällan kan argument för legalitetsprincipen underbyggas med påpekanden som stöder rättssäkerheten – och vice versa. Exempelvis menar Jareborg att olika rättssäkerhetskrav kan framhåvas när ”legalitetsprincipen diskuteras: krav på lagstöd, analogi-, retroaktivitets- och obestämdhetsförbud.”²⁰

Den av Sveriges Advokatsamfund anförda definitionen av rättssäkerheten kan nu tolkas i ljuset av figuren. Advokatsamfundet påstår sig vilja ’avgränsa och precisera’ rättssäkerhetsbegreppet – men utan större svårigheter kan konstateras att den föreslagna definitionen innefattar rättsskyddet, legalitetsprincipen, demokratibegreppet, rättsreglernas utformning och tillämpning, spelreglerna för statsmakten samt mänskliga rättigheter. Rättssäkerheten får till och med den innebörden att vara ”den samhällsliga ingenjörskonst som skall skydda de mänskliga rättigheterna.”²¹ Det är uppenbart att definitionen är alldeles för vid och oprecis; utan tvekan framträder komplikationer (åtminstone i rättsteoretiskt hänseende) om definitionen skall kunna operationaliseras och utgöra en adekvat bedömningsgrund för konkreta fall.

Mycket av osäkerheten runt rättssäkerhetens innebörd stammar givetvis ur det enkla faktum att begreppet saknar täckning i vardagsspråket; det är en huvudsakligen juridisk-teknisk term, även om begreppet de facto har ett socialt genomslag av icke ringa grad. Detta hindrar emellertid inte att en viss förvirring råder även i juristernas led, vilket exempelvis Sveriges Advokatsamfunds *Rättssäkerhetsprogram* exponerar. Fortsättningsvis koncentrerar jag mig på rättssäkerhetsdis-

¹⁶ Jfr Frändberg: ”Utan legalitet ingen likhet inför lagen och heller ingen rättslig förutsebarhet,” *Begreppet rättsstat* (1996) s 40.

¹⁷ Frände *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1992) s 161.

¹⁸ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 298.

¹⁹ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 291.

²⁰ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 93.

²¹ Sveriges Advokatsamfund *Rättssäkerhetsprogram* (1988) s 3.

kussionen för att åskådliggöra några vedertagna definitioner, som visar på det problematiska i det förhärskande rättssäkerhetsparadigmet. Nedan återges några olika sätt att förstå rättssäkerheten, beroende på var tyngdpunkten läggs. Avslutningsvis uppsummeras dessa synpunkter för att ange en någorlunda rimlig utgångspunkt för vidare analys.

5.1.3 'Rättens säkerhet'?

En ståndpunkt representeras av Hans-Gunnar Axberger som i en djupgående analys av rättssäkerheten förmedlar den bilden att rättssäkerheten är något som till sin innebörd är helt självklar. Axberger menar att rättssäkerhetens betydelse och inre mening kan framläsas ur, som han säger, 'själva ordet.' Hans uppfattning är att rättssäkerhet betyder 'säkra rättsregler,' (som man kan lita på) och att det är *rättssystemet* som skall vara 'rättssäkert.'²²

Man kan ifrågasätta om denna tolkning är en alldeles uppenbar självklarhet. Rättssäkerhet kan, förslagsvis, lika gärna betyda 'säker rätt', 'säker rättsordning' eller 'säkra rättsprinciper' och – varför inte? – även avse den *enskildes* säkerhet gentemot rätten själv. Så kan begreppet också användas, vilket är en vanlig uppfattning i rättsvetenskaplig doktrin och debatt. Det kan finnas skäl att hålla fast vid detta. En blick i juridisk idéhistoria ger för handen att rättssäkerheten förbinds med individen.

Axberger menar att den av honom förespråkade 'rättens' säkerhet var den under femtioalets rättssäkerhetsdebatt (rättare; rättsskyddsdebatt) gängse innebörden av rättssäkerheten. Jag menar att detta är en iakttagelse som kan ifrågasättas. Axberger anför till stöd för denna sin åsikt bland annat Petrén,²³ men även en yttlig läsning av återopade skrift kan svårligen undkomma följande påstående av Petrén; "den rättspolitiska diskussionen om huru på bästa sätt den enskildes behov av rättssäkerhet skall tillgodoses [...] samt "det har blivit en livsfråga för västerländsk rättsstatlig ordning huru den enskilde medborgarens krav på rättssäkerhet [etc]."²⁴ Exempel på uppfattningar liknande Petréns kan mångfaldigas (se 5.3).

Nu kan det ju synas trivialt att ifrågasätta Axbergers åsikt, men uppfattningen om begreppets 'naturliga' innebörd får givetvis vitt skilda konsekvenser i både teoretiskt och praktiskt hänseende beroende på *vem* eller *vad* rättssäkerheten anses syfta på. Är rättssäkerheten en *egenskap* hos rättsordningen eller en *relation* mellan individen och det rättsliga beslutsfattandet? Detta är, vill jag mena, en högst väsentlig frågeställning.

²² Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 164.

²³ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 164 not 23.

²⁴ Petrén *Administrativa rättssäkerhetsproblem* (1955) s 624.

När Axberger alltså förstår rättssäkerheten som 'rättens' säkerhet – det vill säga formella egenskaper hos rättssystemet – leder detta till endera av två slutsatser. I det ena fallet förstås med rättssäkerheten inget annat än den formella egenskapen eller systematiken i den satta rättsordningen. I det andra fallet sammanfaller rättssäkerheten till ett likställande med legalitetsprincipen, som Axberger förstår den, vill säga. I det förra fallet kan jag inte se att Axberger vinner något på att benämna *rättssystemet* (eller rättsordningen) såsom varande rättssäkert; hans åsikt har väl snarare drag av en rättspositivistiskt präglad rättsuppfattning, eftersom "lagar och rättsprinciper [skall vara] så utformade att de utan risk för misstag kan tillämpas på ett förutsebart och kontrollerbart sätt."²⁵ I det senare fallet får innebörden av rättssäkerheten samma betydelse som den av Axberger föreslagna definitionen av legalitetsprincipen. Detta är måhända inte ägnat att väcka förvåning, men ett faktum är dock, att samtidigt som legalitetsprincipen, enligt Axberger, förutsätter "klara och tydliga rättsliga normer"²⁶ kräver en fungerande rättsstat "klara och tydliga lagar som på ett objektivt sätt tillämpas enligt intentioner och lydelse. Det krävs med andra ord *rättssäkerhet*."²⁷

Jag kan inte annat än instämma i Zilas åsikt,²⁸ att Axberger på ett olyckligt sätt sammansmälter rättssäkerheten och legalitetsprincipen. En trolig orsak till detta är möjligtvis, att Axberger just bortser från individen som konstitutiv för rättssäkerheten, liksom rättsskyddet och mer indirekt för legalitetsprincipen. Konsekvensen är i båda fallen densamma; individen försvinner bakom det formellt bestämda regelverket. En inte orimlig konklusion är måhända, att Axberger söker uppställa en formell definition av legalitetsprincipen att avvägas mot andra materiella rättsstatliga värden.²⁹ För de fall en individs säkerhet aktualiseras vill Axberger emellertid reservera termen 'rättsskydd'.³⁰ Men härvidlag synes Axberger inte skilja mellan den enskildes relation till staten ('rättsskydd' enligt figur 5:3 ovan) eller till rättsordningen ('rättssäkerhet' enligt figur 5:3 ovan) eller till andra individer (rättstrygghet). Axbergers förståelse av begreppet rättsskydd avviker även här från den gängse terminologin och uppvisar snarare tendenser till ett begreppsligt likställande med vad som vanligen kallas rättstrygghet.

Men nog måste väl rättssäkerheten ha någon bäring på rättsordningens innehåll? Förvisso, men en ensidig fokusering på rättsreglernas utformning, medför lätt att sådana frågor som moral, etik och sociala förhållanden förbises. Nu menar jag givetvis inte att Axberger negligerar dessa aspekter – enligt hans synsätt är dessa värden reella, men avvägs på olika sätt mot rättssäkerheten – men att det ändock finns ett plausibelt alternativ till 'rättens säkerhet.' Låt mig, innan jag redogör

²⁵ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 153. Beyer menar, att detta oerhört starka krav måste innebära att rättssäkerhet är något mycket sällsynt, *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 31.

²⁶ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 189.

²⁷ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 153.

²⁸ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 296f.

²⁹ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 155.

³⁰ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 165f, 177ff.

för ett möjligt alternativ till denna 'rättens' säkerhet, nämna något om Jareborgs indelning av rättssäkerheten som säkerhet *mot* rättsordningen och säkerhet *i* rättsordningen.³¹

Säkerhet *mot* rättsordningen (extern rättssäkerhet) indikerar behovet av individens säkerhet mot godtycke och skönmässighet avseende rättsordningen. Säkerhet *i* rättsordningen (intern rättssäkerhet) syftar på behovet av den enskildes praktiska förmåga att uppfatta förutsebarhet i rättsliga angelägenheter.³² Rättssäkerhet *mot* rättsordningen kan med andra ord uppfattas som ideologiska eller konstitutionella krav på *att* rättssäkerhet skall föreligga, medan rättssäkerhet *i* rättsordningen implicerar ett krav på *hur* rättssäkerheten skall tillgodoses, dvs de juridisk-tekniska anordningar som kan ställas på rätten för att den enskilde skall åtnjuta en faktisk rättssäkerhet. I detta fall är det inte logiskt nödvändigt att rättssäkerheten är formell eller undantagslöst bygger på formella förutsebarhetskriterier. Rättssäkerhetsbegreppet kan alltså vidareutvecklas på ett kreativt sätt, om individen sätts i brännpunkten. Man kan, med Jareborg, acceptera både rättssäkerhet *i* och *mot* rättsordningen, och detta för över till nästa perspektiv.

En obestridlig förtjänst i Axbergers nämnda analys av rättssäkerheten är att begreppet förstås utifrån tre utgångspunkter; ett rättssociologiskt, ett rättspolitiskt och ett rättsdogmatiskt. De tre förhållningssätten genererar följande frågor. Den *rättssociologiska* frågan är; "hur används begreppet rättssäkerhet inom rättssystemet" och "vad har rättssäkerhetsprincipen för faktisk betydelse i rättssystemet som socialt sammanhang?" Den *rättspolitiska* frågan är; "är rättssäkerhet bra eller dåligt?" Den *rättsdogmatiska* frågeställningen undrar; finns det "i rättens källor något svar på vad 'rättssäkerhet' är för något?"³³ Zila hävdar i anslutning till dessa skilda förhållningssätt, att rättssäkerheten kan betecknas som en 'sociopolitisk kategori' utgörande ett 'socialt värde'.³⁴ Detta värde inbegriper legitimitet och förtroende för makthavarna och rättsordningen, att etiska överväganden sker och i denna mening "förenar sig rättssäkerhetens förutsättningar med demokratis."³⁵ Den andra uppfattningen av rättssäkerheten däremot utgår från rättssäkerheten som en strikt juridisk(-teknisk) kategori som avser vissa formella egenskaper hos rätten. Rättssäkerheten är därför ett *rättsligt* värde som uttryckts hos Axberger i en 'rättens' säkerhet.³⁶ Därmed utsorteras frågor om rättens innehåll och dess eventuella etiska innehåll som varande irrelevant.

³¹ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 81.

³² Frände skiljer i detta sammanhang på *subjektiv* förutsebarhet – gemene mans bedömningsmöjligheter – och *objektiv* prognostiserbarhet – den juridiskt sakkunniges professionella bedömning, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) s 169.

³³ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 137f.

³⁴ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 289 respektive 298.

³⁵ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 292.

³⁶ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 165f.

5.1.4 'Människan säkerhet'?

Alternativet till en 'rättens säkerhet' framkommer när Zila beskriver det socio-politiska värdet av rättssäkerheten som en 'människans säkerhet,' vilken innefattar "samhällsmedlemmarnas reflexion av den betydelse som rätten fått i samhället."³⁷ Med andra ord, kan man säga, att rättssäkerhetsbegreppet har ett viktigt socialt värde, nämligen att vara en garant för att rätten uppfattas som i stora drag legitim, rättvis och rimlig – rättssäkerheten avser att skapa *tillit* till rätten. Av detta skäl kan rättssäkerheten inte enbart vara ett *egenvärde* eller en *rättens säkerhet*. Beyer, ordföranden i den grupp som utarbetade Sveriges Advokatsamfunds *Rättssäkerhetsprogram*, som förvisso menar att rättssäkerheten bör vara formell, anser ändå att rättssäkerheten syftar till ett tillgodoseende av människans säkerhet, ehuru i form av iakttagandet av konventionerna om de mänskliga rättigheterna.³⁸ Att rättssäkerheten inte kan vara en exklusiv fråga om rättens (rättsordningens) säkerhet, dess förutsebara egenskaper, ger även följande ostridda citat belägg för:

Tyska judar under Hitlers välde kunde lätt förutse att de skulle komma att förföljas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.³⁹

Detta yttrande av Peczenik väckte starka reaktioner,⁴⁰ men citatet har här givetvis träffat något väsentligt vad avser frågan om både rättens och, i förevarande fall, rättssäkerhetens yttersta gränser. Poängen är väl att denna gränsdragning måste observeras redan i rättens inre värden. Att här appelleras till en 'människans' säkerhet torde vara ställt utom tvivel.⁴¹ Ett sådant påstående som Peczeniks är antagligen, enligt Axberger (och andra), svårt att formulera eftersom rättssäkerheten av honom förstås som en egenskap hos rättsordningen. Om man däremot menar att rättsordningen inte enbart är ett neutralt formellt regelsystem, utan tvärtom en funktion eller ett normerande system som reglerar mellanmänskliga förhållanden med både etiska och sociala konsekvenser, då blir rättssäkerhetsbegreppet relevant som en 'människans säkerhet' och då äger Peczeniks påstående naturligtvis full giltighet. Det faller sig då också naturligt, att tala om individens eller individernas rättssäkerhet, huruvida dennes rättssäkerhet är tillgodosedd eller icke, om det finns garantier för individens rättssäkerhet och så vidare.

³⁷ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 291.

³⁸ Se Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 22 och *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 394f.

³⁹ Peczenik *Rätten och förnuftet* (1986) s 31f och *Vad är rätt?* (1995) s 97f.

⁴⁰ Bland annat Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 90 och Frände *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) s 164.

⁴¹ Om Peczeniks sk 'materiella' rättssäkerhet, se nedan 5.6.2.

Jag kan emellertid inte acceptera Zilas påstående, att rättssäkerheten *enbart* skulle vara en sociopolitisk kategori; det är *de facto både* ett juridiskt-tekniskt begrepp *och* en socio-politisk kategori. Inget av dessa kategorier kan göra anspråk på att vara det totaliserande nav kring vilket det andra vrids. Det kan synas inkonsekvent att framhäva rättssäkerheten som både en sociopolitisk och juridisk-teknisk kategori, men samtidigt tillbakavisa 'rättens' säkerhet à la Axberger. Vad jag menar är, att rättssäkerheten även som juridisk kategori har eller bör ha individen i fokus och inte rättsordningens egenskaper. Helt beroende av hur relationen individ/rätt/stat ser ut, så skiftar rättsordningens rättssäkerhetsgarantier karaktär – med Jareborgs terminologi säkerhet i rättsordningen – dvs under förutsättningen att det "värde som primärt skyddas är den enskildes intresse."⁴²

Sammantaget verkar det alltså teoretiskt olämpligt att försöka vidmakthålla en definition av rättssäkerheten såsom en 'rättens' säkerhet, som enbart vissa formella egenskaper hos rättsordningen. Rättssäkerhetsbegreppet är med andra ord kontextuellt beroende av vilka funktioner rättsfältet har och här finns naturligen vissa variationer beroende på samhällstyp, som framgick i föregående kapitel.

5.1.5 Rättssäkerhetsbegreppets kontext och innebörd

Rättssäkerhetsbegreppet har nu avgränsats i olika hänseenden. Det har specificerats både i en social kontext och i ett rättsligt sammanhang. Vidare har begreppet fastställts som 'människans' säkerhet, istället för en 'rättens' säkerhet. Därefter har rättssäkerheten lokaliserats som varande *både* ett sociopolitiskt *och* juridisk-tekniskt värde. I det följande ges rättssäkerhetsbegreppet en bestämning, med vars hjälp dess över tiden skiftande innebörd kommer att preciseras när den rättsliga utvecklingen granskas (5.2-5.3). Rättssäkerhetsbegreppet är, som kommer att framgå ett värde sprunget ur en viss historisk situation i samband med vissa sociala och politiska bakgrundsidéer. Det är därigenom bestämt av *den* tidsperiodens ideologiska, politiska och sociala föreställningsvärld. Den historiska genomgången kommer att belysa förändringar av de för rättssäkerheten konstituerande faktorerna, de implicita rättsliga och sociala värderingarna.

Som den vanligaste definitionen av rättssäkerheten låter antyda, innebär rättssäkerhet att motverka godtycke i rättslig utövning. Detta kan ges två betydelser: å ena sidan, att gällande rättsregler formellt följs; å andra sidan att reglernas innehåll inte godtyckligt ändras eller åsidosätts, utan att dessa rättens värden följs. Detta påpekande visar att rättssäkerhetsbegreppet har en *dubbel* karaktär. Det har karaktären av att vara blott ett juridiskt neutralt begrepp, vars innebörd helt enkelt är att trygga förutsebarhet och skapa koherens i rättsordningen. Men det uppvisar även en social värdeförankring, vilket innebär att bakom det juridisk-tekniska begreppet ligger vissa föreställningar om individens för-

⁴² Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 81.

hållande till rätten och staten. Axbergers juridisk-tekniska syn om klara och tydliga lagar emanerar ur föreställningen om en 'rättens säkerhet' med bakgrund i en, måhända formell, rättsstatsmodell, medan Zilas sociopolitiska förståelse här rör ur idén om en 'människans säkerhet' med tyngd i mer materiella idéer. Det verkar alltså som om det finns en mängd skiftande uppfattningar om vad rättssäkerheten betecknar, som kan återföras på denna dubbla struktur i rättssäkerheten: med andra ord, rättssäkerhetsbegreppets innebörd är beroende av dels en innehålllig kontext, dels en uttrycksform.

a. *Den kontextuella aspekten av rättssäkerheten* kan sägas spegla den socio-juridiska ideologins rättvisepufffattning i en vidare mening; dvs rättens och samhällets värden. Det betyder att förståelsen av rättssäkerheten är beroende av den samhälleliga omgivande kontexten, och med andra ord betyder det att dess innebörd växlar med det rättssystem som för tillfället dominerar. I rättssäkerhetsförståelsen kommer därmed alltså de sociala, moraliska och rättsliga värden som ursprungligen gav upphov till rättssäkerhetsbegreppet och dess förståelse att samexistera med de nutida värden som genom rättssäkerheten anses skyddsvärda. Det rättsliga beslutsfattandet enligt denna kontextuella aspekt innebär således, att gängse grundläggande normer och principer beaktas i beslutet, alltså det ideologiskt referentiella innehållet i vidaste mening. I teknisk mening innebär rättssäkerhetsförståelsen att de rättsliga besluten är *innehållsmässigt* korrekta och att rättsreglernas *innehåll* inte ändras eller åsidosätts godtyckligt, dvs krav på garantier för rättens innehåll.

b. *Den juridisk-tekniska uttrycksformen av rättssäkerheten*, syftar på hur rättssäkerheten kommer till uttryck och färgas av det särskilda rättssystem (vilket är kontextberoende) som ger den dess innebörd. En specifik rättssystematisk uppfattning av tidens idéer ger upphov till en lika specifik innebörd, vilket innebär att rättssäkerheten ges olika uttrycksformer och juridisk-tekniska lösningar. Med andra ord, så ger de juridisk-tekniska lösningarna (tex detaljlagar) uttryck för den 'naturliga' innebörden av de då tidstypiska värdena. Det innebär exempelvis att *om* rättssäkerheten ses som ett krav på att den rättsliga regleringen skall vara förutsebar och att den berörde skall veta att rättsliga beslut fattats i en i förväg bestämd ordning, *kan* det således innebära krav på *formella kriterier*. Ingenting påstår dock att rättssäkerheten med nödvändighet måste vara formell (se nedan 5.2, 5.4, 5.6).

En konsekvens av det sagda är, att även om de bakomliggande värdena i den sociala strukturen förändras, kan det juridisk-tekniska uttrycket kvarstå oförändrat och frikopplat från rättssystemets kontext och dess ursprungliga bestämning. Praktiskt betyder detta, att en *vis* bestämning av rättssäkerheten anses vara den korrekta bedömningsgrunden eftersom den associeras med sitt rättsstatliga ursprung. Rättssäkerhetens innebörd kan därmed komma att associeras till olika rättssystem vid skilda tidpunkter, men blir samtidigt *värdebemängd* med dessa skilda idékomplex, i enlighet med den polyvalenta grundmodellen. Med andra ord är rättssäkerhetens kontextuella aspekt mer dynamisk och föränderlig än dess

juridisk-tekniska uttryckssida. I de följande avsnitten kommer det att framgå, hur en förändrad samhällskontext kan komma i konflikt med den gängse uppfattningen om rättssäkerhetens innebörd. Det finns en stark tendens i rättsvetenskapen att söka *formalisera* rättens förändrade innehåll som rättssystemets olika värden ger uttryck åt. Medan en viss uppfattning om rättssäkerhetens innehåll kan resultera i formella kriterier, innebär ett annat innehåll att innebörden blir annorlunda. Det dominerande eller förhärskande paradigmet vad avser rättssäkerheten är, som kommer att framgå, fortfarande en strävan efter förstå rättssäkerhet som förutsebarhet enligt formella kriterier.

5.1.6 Rättssäkerhetsprincipen och rättssäkerhetsgarantier

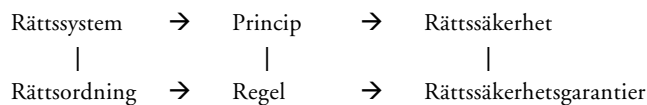
Givet sammankopplingen mellan struktur, norm och metod (2.4) är det möjligt att se att samma norm har *olika värden* beroende på vilken nivå den betraktas från. Dess värde på, säg, rättsordningens nivå mister detta men transformeras samtidigt till ett annat värde på nästa nivå och så vidare – värdet är således nivå- och kontextbundet. Rättssäkerheten kan karakteriseras som varande en rättsprincip, i enlighet med Dworkins terminologi. En *rättsteoretisk* förståelse av rättssäkerheten innebär att se hur denna princip är styrande för rättsreglernas inbördes systematik och att en viss uppfattning av densamma ger upphov till speciella rättssäkerhetsgarantier på *rättsordningen* nivå; ett *rättsfilosofiskt* begrundande fördjupar analysen av rättssäkerhetens förankring i skilda värdemässiga kontexter i *rättssystemen*. Den *rättssociologiska* analysen åter studerar hur det är förbundet med samhälleliga intressen och värderingar, givet rätten som ett rättsfält. Begreppet får med andra ord skilda värdeladdningar beroende på vilken analysnivå som används; ett socio-politiskt, ett grundläggande rättsligt och ett mer juridisk-tekniskt värde. På en *samhällelig* nivå har rättssäkerheten betydelse därför den förmedlar viktiga värden mellan samhället och rätten – förtroendet för rätten i stort – och att den representerar och skyddar vissa sociala och demokratiska värden, likhet inför lagen, rättsliga säkerhetsmekanismer för den enskilde osv. För *rättsvetenskapen* tjänar rättssäkerheten som ett bland flera övergripande tolkningschema vid tolkning och analys – legalitetsaspekter och andra relationer till mer övergripande rättsprinciper; för den *praktiske rättsdogmatikern* har rättssäkerheten ett visst juridisk-tekniskt värde bland annat genom krav på förutsebarhet, besvärsmöjligheter och preciserad lagtext osv.

Med det ovan sagda, att skillnaden mellan rättsordning och rättssystem beaktas, kan konstateras att Axbergers tidigare anförda definition av rättssäkerhetsbegreppet är förklarlig. Han observerar nämligen ingen sådan skillnad, varför rättssäkerheten hos honom ofrånkomligt måste bli ett identifierande med 'klara och entydiga rättsregler,' varmed rättssäkerheten är en statisk egenskap hos *rättsordningen*. Detta är förvisso inget för Axberger särskilt utmärkande; tvärtom är

det ju en synnerligen vanlig uppfattning – en uppfattning jag skulle vilja karakterisera som ett av rättspositivismen präglad rättssäkerhetsbegrepp.

Rättssäkerheten är således en princip av mer generell karaktär och därmed inte någon regel, eftersom rättssäkerheten då skulle vara en egenskap hos rätten, dvs rättssäkerhet *i* rättsordningen. Denna konception av rättssäkerheten skulle löpa risken att falla in i en rättspositivistisk eller strikt rättsformalistisk uppfattning, varvid rättssäkerheten icke skulle vara mer än 'klara och tydliga rättsliga normer.'

Därmed kan också preciseras vad *rättssäkerhetsgarantier* är. Om med rättssäkerhet exempelvis förstås kontroll av myndighets rättsliga beslut (i syfte att förhindra ett möjligt godtycke) krävs konkret lagstiftning som reglerar offentlighet, skriftlighet och så vidare. Rättssäkerhetsgarantier är alltså rättsregler som uppfyller och konkretiserar de områdesspecifika värden som kan anses vara viktiga att skydda genom rättssäkerheten. Denna distinktion kan förstås på två kompletterande sätt; å ena sidan som att rättsregler i ett givet rättsområde måste uppfylla rimliga rättssäkerhetskrav och underställas den typ av rättssäkerhetsdefinition som är adekvat för detta rättsområde; å andra sidan att ett rättsområde – säg en ny rättslig reglering, förslagsvis konsumentlagstiftning – genererar en specifik uppsättning, kanske helt nya, rättssäkerhetsvärden vilket ger upphov till rättsregler, rättssäkerhetsgarantier, som skall garantera dessa värden.



Denna uppdelning möjliggör ett studium av rättsliga förändringsprocesser på båda nivåerna; både hur olika rättssäkerhetsuppfattningar kan strida mot varandra i olika rättsområden och hur vissa rättssäkerhetsgarantier kan förbättras, hur de förändras eller hur de blir obsoleta osv. Genom skillnaden mellan rättssystem och rättsordning är det möjligt att precisera rättssäkerheten såsom en rättsprincip och rättssäkerhetsgarantier som konkreta rättsregler; vad som ytterligare behövs är en förståelse av rättssäkerheten som ett *sambälligt* värde, som en *social* kategori. I avsnitt 5.2-5.3 kommer rättssäkerhetsbegreppets historia att redovisas ur olika aspekter – såväl dess mer rätsteoretiska betydelse som dess funktion i en social kontext. Denna exposé dras i avsnitt 5.5-5.6 fram till dagens rättssäkerhetsdebatt.

Huvudpoängerna i detta avsnitt kan summariskt sammanfattas:

- För det första konstateras att rättssäkerheten är ett dynamiskt begrepp, avseende förhållandet mellan individen och rätten och inte en egenskap hos rättsordningen. Rättssäkerhetsbegreppet som rättsprincip ger upphov till vissa rättssäkerhetsgarantier fastslagna genom olika regler på rättsordningens nivå och i denna senare betydelse kan man hävda att rättssäkerhetsgarantierna utgör lagtekniska egenskaper hos reglerna.

- För det andra kan konstateras att rättssäkerheten inriktas på ‘människans säkerhet.’ Det vill säga, rättssäkerheten avser alltid att garantera individens behov av rättslig säkerhet.

- För det tredje följer att det är meningsfullt att förstå rättssäkerhetsbegreppet som såväl ett social-politiskt värde (som alltså allmänt sett tryggar individernas rättsspositioner i olika avseenden) som ett juridisk-tekniskt värde (med träffpunkt i olika, för individen relevanta, rättsligt reglerade garantier).

- För det fjärde kan rättssäkerhetens *innebörd* först förstås och tillmätas betydelse efter det att det placerats i dess olika *kontextuella* sammanhang.

- Sammantaget öppnar dessa synpunkter för en studie av begreppets historiska, sociala och rättsliga kontexter och med andra ord måste man se på *rättsfältets* beskaffenhet för att se hur rättssäkerhetsbegreppet skiftar i betydelse, alltefter rättens sociala funktioner i olika sammanhang.

En åsikt som jag här vill framföra, är att rättssäkerhets*intresset* varierar över tid och med samhällsstruktur och att därmed rättssäkerhets*garantierna* är annorlunda från tid till annan. Själva rättssäkerhets*begreppet* är alltså variabelt, vars varierande innehåll beror på historisk och social kontext.

5.2 Rättssäkerheten som rättsstatligt begrepp

Man kan lätt få det intrycket, att rättssäkerheten har en viss begreppslig kärna var till knyts olika underbestämningar eller bibetydelser. Emellertid visar det sig, att själva begreppet ‘rättssäkerhet’ är knutet till vissa rättsidéer med förankring i en viss historisk kontext. Vissa, för rättsvetenskapen, centrala rättsbegrepp myntades under 1800-talet: von Savigny införde neologismen ‘rättssubjekt’ (Rechtssubjekt) år 1840, Welcker myntade ordet ‘rättsstat’ år 1812 och legalitetsprincipen (nullum crimen, nulla poena sine lege) formulerades av von Feuerbach år 1801.

Vad så med begreppet ‘rättssäkerhet’?

Ja, någonstans i denna avgörande tankevärld uppstår detta begrepp och detta ord. Franz Scholz menar att begreppets födelse inte exakt kan dateras, men hävdar att det, i likhet med de ovan nämnda rättsprinciperna, uppstår i början av 1800-talet. Att alltså precisera rättssäkerhetens definitiva uppkomst ställer sig svårt “und sein Charakterbild schwankt in der Geschichte.”⁴³ Det finns skäl att hävda, att även rättssäkerheten som begrepp och ideal konstitueras i denna tidiga modernitetens smältdegel, som det tidiga 1800-talet utgör. Rättssäkerheten är med andra ord sammanbunden med de rättsstatliga tankarnas konstituerande.

⁴³ Scholz *Die Rechtssicherheit* (1955) s 3.

Är det då intressant att känna till rättssäkerhetsbegreppets födelse? Jag menar att det utgör en väsentlig bakgrundskunskap till att förstå dagens rättssäkerhetsproblem, eftersom begreppet i dess alldagliga och rättsvetenskapliga mening är förknippat med dess 'ursprungsidéer.'

Föreställningen bakom rättssäkerheten är att *rätten* på något sätt skulle *säkra* vissa rättsidéer. Har det då inte alltid varit så, frågar den rätthistoriskt intresserade, att rätten alltid varit garanten för rättvisa och ett skydd för den enskilde? Både ja och nej. Nej, därför att rätten inte tidigare varit ett instrument för social förändring (jfr den repressiva rätten, 3.5.1). Tidigare garanterades 'rättvisan' med hänvisning till moral eller religion och rätten var de besuttnas maktinstrument i privilegiesamhället. Ja, därför att bakgrundsidéerna till rättssäkerhetens formulering återfinns något tidigare. Just med rättsstaten träder *rätten* in som garant för rättvisan, som redan nämnts.

Detta rättssäkerhetens födelsedatum kan ju emellertid tyckas vara godtyckligt nämligen på det viset, att man alltid kan hävda att rätten på något vis innehållit skydd eller garantier mot statligt godtycke och övergrepp. Det skulle med andra ord *alltid* ha funnits vissa garantier i rätten som tjänat dessa preventiva syften och sett i historiens backspegel skulle man kunna hävda att rättssäkerhetstanken *alltid* har existerat, om än i skiftande form och bara att idealet inte benämndes så *då*.⁴⁴ Detta intresserar mig inte – och dessutom är det en tvivelaktig efterhandskonstruktion. Det väsentliga är att kunna bestämma ett begrepps uppkomst som en representation för ett rättssystematiskt idékomplex i en social kontext.

I Danmark är, menar Dalberg-Larsen, rättssäkerhetsproblemen i högsta grad uppmärksammade i mitten av 1800-talet, varmed det tidigare nämnda *formella* rättsstatsbegreppet både implicit och i praxis formar dess innebörd.⁴⁵ Begreppet används i Danmark för första gången 1825 av J. L. A. Kolderup-Rosenvinges:

En naturlig følge heraf var, at Politiovrigheden ogsaa deeltog i Omsorgen for Retssikkerheden.⁴⁶

Anders Sandøe Ørsted omtalar 1817 rättssäkerheten och använder detta i betydelsen, att "Rettsikkerheten er noe som omhegnes ved frykt og som skal vernes ved straffetrusler. Ørsted bruker altså selve uttrykket, slik det ofte blir brukt også idag, om borgernes beskyttelse mot lovstridige angrep på liv, legeme og eiendom."⁴⁷

Att lokalisera rättssäkerhetsbegreppets första omnämnande i svensk rättsvetenskap är svårt, men Nils Fredrik Bibing ger i sin skrift *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) uttryck för en tidig rättsstatlig uppfattning om rättssäkerhet:

⁴⁴ För denna tolkning, som jag ställer mig kritisk till, se Johansen *Retssikkerheden for retsstaten* (1994).

⁴⁵ Dalberg-Larsen *Rettens enhed - en illusion?* (1994) s 33 not 13.

⁴⁶ Uppgift från Johansen *Retssikkerheden for retsstaten* (1994) s 115.

⁴⁷ Uppgift från Aubert *Retssikkerhetssyndromet* (1986) s 41.

Rätts-säkerhet, kommer likväl förnämligast deraf, att rätts-säkerhet, såsom ändamål på ena sidan, och tvång såsom medel eller vehikel på den andra, synes här vara de enda ändamål och medel, som fullt täcka och uttömma hvarandra: så, att hvarken rätts-säkerhet kan vinnas genom något annat än tvång, eller tvång kan användas till något annat än rätts-säkerhets vinnande: hvilket är en ganska palpabel princip, och blir det så mycket mera, ju mera man betänker, att all Statens verksamhet, såsom befordrande eller framhävande sitt eget ändamål, antingen är i sin natur tvingande, eller åtminstone i fall af ett motstånd, hotar och abouterar att blifva tvingande.⁴⁸

Vidare heter det à propos Polismakten:

Ty Rättens oföränderliga och negativa Lagar måste Policemagten äfven, såsom Rätts-säkerhets Institut, för själva realiserande af rätts-säkerhet likväl underkasta sig som Justicen till samma ändamål underkastar sig dem.⁴⁹

Givet det rättsstatliga grundpostulatet att "all Rätt förblifver det högsta negativa villkoret för all Stats verksamhets förfarande" samt "att Rätt eller Rätts-Lag herrskar, är den borgerliga föreningens första, men icke deföre enda ändamål: det är dessutom äfven det negativa grundvillkoret för all dess verksamhet,"⁵⁰ innebär:

Att sätta Statens ändamål, såsom förnufts-Idée icke blott i Rätt och Rätts-säkerhets vinnande, om ock detta utgör både det mest markanta af dess verksamhet och tillika det negativa grundvillkoret för all dess verksamhet til hvad ändamål som helst.⁵¹

Och

Statens strängaste positiva begrepp är den mest omfattande framställning af idéer i verkligheten: och Statens negativa sida, ponera att ock denna skulle ligga i Rätt och Rätts-säkerhet, blir sjelf positiv då den betraktas såsom en nödvändig och för hvarje särskild serie af fortskridandet stabel ordning för denna samma framställning.⁵²

Något senare, år 1853/54, omnämnes rättssäkerhetsbegreppet då riksdagens lagutskott menade, att:

Den av justitieombudsmannen uttalade satsen att varje domare utan vidare föreskrifter skulle äga att efter sitt enskilda omdöme bedöma huruvida en i grundlagsenlig ordning promulgerad lag vore giltig eller ej, vore för allmänna rättssäkerheten äventyrlig och skulle därjämte leda till inskränkningar av regeringsmaktens verksamhet av icke mindre betänklig art.⁵³

⁴⁸ Biberg *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) s 9.

⁴⁹ Biberg *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) s 14.

⁵⁰ Biberg *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) s 15f.

⁵¹ Biberg *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) s 18f.

⁵² Biberg *Grunderna för den filosofiska stats-rätten* (1828) s 23f.

⁵³ Citat från Stjernberg *Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet I* (1920) s 417.

Såvitt kan bedömas utifrån detta och kontexten i övrigt avser yttrandet maktfördelningsläran och den kompetensfördelning som inbegripes därvidlag, dvs den mellan lagstiftande, verkställande och dömande makt.

5.2.1 Rättssäkerhetsbegreppets rättsstatliga kontext

I kapitel 4 framkom att den rättsstatliga rätten kännetecknas av att, å ena sidan, hindra eller förutse diskretionär maktutövning, dvs en negativ bestämning där statens gränser och skyldigheter dras upp. Och, å andra sidan, en underförstådd uppfattning, nämligen att rätten skall beskydda vissa viktiga rättigheter, dvs både politiska och ekonomiska intressen – i detta fall en *positiv* bestämning. Detta resulterar i två specifika drag hos det rättsliga systemet; strävan efter *förutsebarhet* och *kontroll*. Det finns en tendens att härleda själva rättssäkerhetsproblematiken som sådan ur straffrättens legalitetsprincip, nämligen på det sättet att den föregivna motsättningen mellan stat och individ härleds som kommen ur en situation, där individens svaga ställning under staten är mönsterbildande även för andra rättsliga områden.⁵⁴ Jag vill istället påstå att såväl strafflagstiftningen som övrig rättsstatlig lagstiftning är barn av samma tids idéer, nämligen att staten och rättsskipningen skall kännetecknas av normbundenhet och att garantier föreligger för att dessa följs. Sedan har legalitetsprincipen *som begrepp* anammats i de övriga rättsområdena.⁵⁵

Dras några slutsatser ur det föregående kapitlet kan några av de rättsfilosofiska värden som formar själva rättssäkerhetsprincipen preciseras. Med dessa värden som styrande bakgrundsidéer framgår hur det rättsteoretiska systematiserandet i sin tur präglas av dessa.

I rättsstaten var äganderätten den organiserande principen för den privata sfären. Ett kännetecken för rätten blev att kunna förutse och begränsa statens eventuella ingrepp i denna sfär. Rättssäkerheten spelar naturligtvis störst roll inom den lagstiftning som, direkt eller indirekt, berör den privata äganderätten. Rättssäkerhetens *ekonomiska syfte* eller kontext var att trygga äganderätten, varmed dess viktigaste komponent alltså blir förutsebarhetskriteriet. Själva förutsebarhetskriteriet kan sägas ha sin yttersta bevekelsegrund i det ekonomiska rationalitetsbegreppet – det var för borgerskapet avgörande att garantera sin

⁵⁴ Se exempelvis Elwin mfl *Den första stenen* (1971) s 244.

⁵⁵ Ur dessa grundföreställningar – legalitetsprincipen och retroaktivitetsförbudet – har därefter emanerat en rad olika principer; såsom exempelvis noggrant angivna handlingsrekvisit, restriktiva lagtolkningsmetoder, förbud mot analogislut, stabilitet och likformighet i tillämpningen och, med tiden, en ökad vikt avseende praxis och förarbeten osv. Dessa straffrättsliga principer har i stort sett stått oförändrade sedan de formulerades, se Strahl *Makt och rätt* (1980) s 66f, Agge mfl *Straffrättens allmänna del* (1984) s 9f, 31f, 51, Elwin mfl *Den första stenen* (1971) s 14, Elwin *Häleribrottet* (19669) s 111f och Jareborg *Straffbelagt häleri. Anteckningar till en avhandling* (1970) s 445.

ekonomiska fortlevnad, varför det ekonomiska ägandet kom att bli en viktig politisk rättighet och en juridisk äganderätt. Denna förutsebarhet är alltså avhängig av den moderna privaträttens etablering under rättsstaten “den sikrer nemlig at den forudsigelighe af ens økonomiske transaktioner” och där även “sikringen af den private ejendomsret er betydningsfuld i så henseende.”⁵⁶ Att rättssäkerheten kan relateras mer generellt till liberal-kapitalismens ekonomiska struktur, framhåller också Jürgen Habermas:

Tillsammans med de i det borgerliga privaträttsliga systemet kodifierade friheterna skyddar rättssäkerheten [‘Rechtssicherheit’], dvs statsfunktionernas bindning till generella normer, den ‘fria’ marknadens ordning. Statliga ingrepp utan laglig fullmakt är [...] inte förkastliga primärt på grund av att de bryter mot rättsväsens naturrättsligt statuerade principer, utan helt enkelt på grund av att de är oförutsebara och därför strider mot den slags rationalitet och det mått på ekonomisk rationalitet som ligger i de kapitalistiskt fungerande privatpersonernas intresse. Annars skulle nämligen de ‘garantier för kalkylerbarhet’ saknas [...]. Kalkylelandet av profitmöjligheterna kräver en interaktion som utspelar sig enligt beräkningsbara förväntningar. Kompetensmässighet och juridisk form är därför den borgerliga rättsstatens kriterier, och ‘rationell’ förvaltning och ‘oavhängigt’ rättsväsende de organisatoriska förut-sättningarna.⁵⁷

Politiskt avsåg rättssäkerheten frågan om staten och makten – dvs maktfördelning-läran om uppdelningen av statsmakten i lagstiftande, verkställande och dömande oavhängiga funktionsgrenar. Denna konstitutionella problematik syftar till att tillförsäkra medborgarna frihet mot övergrepp. Rättssäkerhetsbegreppet politiska kontext kan sökas i reaktionen mot enväldets och den absoluta monarkins maktutövning. Begreppet kom härmed att bli negativt bestämt gentemot staten men positivt bestämt i förhållande till borgerskapets egna ekonomiska, politiska och ideologiska föreställningar. Politiskt innebar det att begreppet skyddade privatafären och de politiska rättigheterna genom en maktfördelning av statsmakten. Denna dubbla rättssäkerhet; att staten å ena sidan skall skydda individernas intressen (de liberala friheterna och ekonomiska intressena) samt å andra sidan att staten skall ge skydd mot den egna maktutövningen kan givetvis komma i konflikt med varandra; även om denna under rättsstaten kanhända inte är så accentuerad.⁵⁸

Intresset för den enskilde *individens* rättsställning är, under rättsstaten, i fokus – den rättsstatliga ideologin har den privata autonomin som centralt och huvudsakligt blickfång. Karakteristiskt är att värdesystemet är starkt individcentrerat, det är fråga om förutsebarhet och efterföljande kontroll för det enskilda rätts-subjektet. De straffrättsliga legalitetsprinciperna omfattar endast förhållandet medborgare/stat, inte enskildas relationer sinsemellan, eller andra styrkeförhållanden. Ett grundläggande krav i den rättsliga ideologin är, att alla medborgare har lika rättigheter och möjligheter att få sina rättigheter prövade opartiskt in-

⁵⁶ Dalberg-Larsen *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* (1984) s 61.

⁵⁷ Habermas *Borgerlig offentlighet* (1984) s 106f; *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962) s 94.

⁵⁸ Aubert *Inledning till rättssociologin* (1980) s 52f.

för domstol, även då staten själv är motpart. Uppenbart är emellertid att alla varken har den kunskap eller de ekonomiska resurser som krävs för att tillvarata sina intressen och rättigheter. Detta kan då innebära att rättssäkerheten varierar för olika grupper och det kan ju till och med vara så att en "ökad rättssäkerhet för vissa kan betyda minskad rättssäkerhet för andra."⁵⁹

Går man så över till den *rättsteoretiska dimensionen* kan konstateras att rättsordningen erhåller en specifik struktur om de övergripande systematiseringsvärdena utgörs av förutsebarhet och prediktabilitet. Aubert menar att det finns en överensstämmelse mellan rättssäkerheten som förutsebarhet och den betydelse "minimumsstandarder har i den traditionella rättsstenkning" där rätten uppställer *nedre* gränser liknande marknadens laissez faire-ideologi.⁶⁰ Dessa nedre gränser möjliggör att rätten kan formuleras med en hög precisionsgrad och att rättssäkerheten knyter sig an till en negativt bestämd rättsuppfattning. Dalberg-Larsen menar att den tyska formella rättsstaten kommer att stå som "rettssikkerhedens garant og ikke som forsvarer af denne eller hin bestemte rettighed."⁶¹ De materiella normer som reglerar den statliga maktutövningen träder i bakgrunden och istället handlar rättssäkerheten om säkerställandet av att staten verkligen håller sig inom dessa gränser. Utifrån rättsstatens ekonomiska, politiska och ideologiska förutsättningar, där vikten läggs på att skydda privatsfären från statliga ingrepp, är givetvis den *lagstiftningsteknik* den bästa som tydligt avgränsar individens rättigheter från statens skyldigheter; dvs detaljlagstiftning, vilket i tolkningshänseende inte renderar några större svårigheter. Bindningen till generellt avfattade normer är av avgörande betydelse för att säkra förutsebarheten.⁶² Den juridiska *argumentationstekniken* under rättsstaten kännetecknas av formell rationalitet; dessa avgöranden karaktäriseras av att fakta värderas utifrån en klart formulerad rättslig norm och avgörandet sker genom deduktion från normen. Detta är rättsvetenskapens traditionella subsumtionslogiska argumentationsstil, där det centrala är att den är förutsebar. *Domsmotiveringen* kännetecknas av en uppbyggnad på det sätt som "kännetecknar den logiska slutledningsformen syllogism, således med översats, undersats och slutsats."⁶³ Denna teknik och systembyggande avspeglar givetvis den strikta "lagpositivismens ideologi: rättsliga lösningar skall vara, och framstå som, logiskt nödvändiga konsekvenser av innehållet i normsystemet."⁶⁴

Summa summarum blir rättssäkerhetens förutsebarhetskriterium en överordnad princip i det juridiska beslutsfattandet där "rättsdogmatikens primära upp-

⁵⁹ Aubert *Inledning till rättssociologin* (1980) s 54.

⁶⁰ Aubert *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 45, *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 38f.

⁶¹ Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) s 33.

⁶² Dalberg-Larsen *Rettsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) s 59.

⁶³ Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 335f.

⁶⁴ Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 335f.

gift är att öka rättsordningens precision.”⁶⁵ Förutsebarheten ses som varande ett centralt ideologiskt värde vars uppfyllelse legitimerar rättsvetenskapen.

5.2.2 Rättssäkerhetsbegreppets rättsstatliga innebörd

Dessa olika värden formar alltså en tidstypisk social kontext vilket innebär att rättssäkerhetsbegreppets innebörd blir formell – här är alltså upphovet till den *traditionella klassiska formella rättssäkerheten*.⁶⁶ Mer precis uttryckt; de sociala, politiska, ekonomiska värdena är den sammanhängande kontext som bildar den rättsvetenskapligt och rättssteoretiskt dominerande innebörden av rättssäkerheten. *Traditionell rättssäkerhet* kan således benämnas den rättssäkerhetssyn som uppstår med rättsstatsideologin under 1800-talet. Rättssäkerhetens kontext inbegriper i denna mening vissa rättsstatliga värden. Dessa innefattar det, ofta nog, konträra motsatsförhållandet mellan staten och individen (individens okränkbara privatafär, maktfördelningen, äganderättens och marknadens autonomi). Rättsstatens formella rationalitet gör att rätten rättfärdigas med hänvisning till värdet av individualism och privatautonomi. De politiska rättigheter som värnas, är negativt bestämda men sammanfaller funktionellt med rättsstatens ‘positiva’ intressen. Den juridiska argumentationen är subsumtionslogiskt orienterad, varför normens formella egenvärde syftar till att maximera förutsebarhet. Förutsebarheten i rättsstatligt tankegods framträder som ett naturligt värde – det ger upphov till detaljreglerade, preciserade och generella normer, vilka gynnar denna förståelse av rättssäkerheten. Den traditionella rättssäkerhetsuppfattningen optimerar, kan man säga, rättsstatliga idéer. Den traditionella rättssäkerhetens innebörd ger utslag i en stark emfas på förutsebarhet – en rättslig prediktabilitet. I denna uppfattning framhävs de formella momenten som grundläggande, avgörande och tillräckliga. Att juridiska begrepp – även rättssäkerheten – alltså är enbart neutrala eller formella, dvs förment värdefria, är en i grunden rättspositivistisk uppfattning där åtskillnaden mellan rätt och moral, mellan regel och värde, är en central uppfattning.

⁶⁵ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna* (1986) s 32 och Brun/Wilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* (1983) s 707.

⁶⁶ Om denna klassiska betydelse, se också Robberstad *Mellom tvekamp og inkvisisjon* (1999) s 360ff.

5.3 Rättssäkerheten som välfärdsstatligt begrepp

Låt oss med detta i minne nu närma oss välfärdsstaten och den successiva uppgörelsen med det formella, förutsebarhetspräglade, rättssäkerhetsbegreppet. Hammarskjöld yttrade 1907, à propos betänkandet *Om inrättandet av en administrativ högsta domstol eller regeringsrätt*, bland annat, att en avvägning bör ske mellan att "bevara administrationens självständighet, initiativ och konsekvens" och det motstående "intresset att trygga rättssäkerhet och ge garantier mot misstag och förbiseenden, mot övergrepp, godtycke och partiskhet från administrationens sida."⁶⁷ Det har redan nämnts att den sk socialstaten försökte stävja de avsevärda problem rättssstaten medförde och att ett uttryck för denna respons var generalklausulerna, vilka började uppträda på 1920-talet. Kanske symptomatiskt är att vissa lagförarbeten avseende *Lag om försäkringsavtal* tar upp frågan om just generalklausulens rättssäkerhet. Frågan gäller hur man skall kunna råda bot på försäkringsgivarnas ofta 'obilliga hårdhet' i försäkringsvillkoren med följande makt över försäkringstagaren. Själva denna ohämmade avtalsfrihet kan för allmänheten innebära ett "osäkerhetstillstånd som står i strid mot försäkringens viktiga samhällsuppgift, vilken innebär just skapande av säkerhet."⁶⁸ Vad här i första rummet avses, är förutsebarhet och stabilitet – dvs den formella rättssäkerheten –, vilket innebär att hänsyn "till rättssäkerheten kräver att lagstiftaren icke uteslutande litar till försäkringsgivarens goda vilja."⁶⁹ Emellertid förs en diskussion, om den godtyckliga övermakten från försäkringsgivarens i förhållande till försäkringstagaren, ur en annan synvinkel, där det:

Även eljest är det åtminstone för nutida rättsuppfattning stötande att den ene kontrahentens rätt skall vara beroende av den andres gottfinnande. Rättskänslans krav sammanfaller här med rättssäkerhetens.⁷⁰

Citatet belyser, för det första, att rättssäkerheten har givits en annan innebörd, vilken här korresponderar med 'rättskänslan;' för det andra har den traditionella rättssäkerhetsuppfattningen om maktförhållandet stat/individ förskjutits till en maktkonstellation avseende individ/individ. Ur synpunkten att rättssäkerheten i någon mening endast stod att finna i relationen stat/medborgare ses redan här en utvidgning för denna rättssäkerhet, härigenom att staten inte är exklusiv motpart.

Under 1920-talet uppmärksammades medborgarfriheten, dvs medborgarnas möjlighet till skydd gentemot statsmakten. Intresset är hur en skärpt kontroll över folkrepresentationen kan genomföras, då den liberala demokratin ansågs hotad

⁶⁷ Citaten från Sundberg *Regeringsrätten och den medborgerliga rättssäkerheten* (1955) s 301.

⁶⁸ NJA II 1927 s 345f.

⁶⁹ NJA II 1927 s 346.

⁷⁰ NJA II 1927 s 346.

av ryska revolutionen och dess kontinentala efterdyningar. Även här uppmärksammas distinktionen mellan olika rättssäkerhetsbegrepp, å ena sidan ett begrepp som innebär att "existerande lagar och rättsregler över huvud effektivt och opartiskt tillämpas och genomförs,"⁷¹ å andra sidan ett 'konstitutionellt' problem hur de medborgerliga friheterna skall skyddas gentemot den moderna staten. Här ses en uppdelning i en formell rättssäkerhet och en 'politisk'-materiell rättssäkerhet. Stjernberg utreder under vilka omständigheter (genom vanlig lag eller grundlag) staten kan göra intrång i den privata sfären samt vilka möjligheter som föreligger till rättelse; besvärspövning till överordnad myndighet, till de allmänna domstolarna eller till förvaltningsdomstolar. Därutöver hur godtycke och missbruk kan elimineras och likformigt skydd kan garanteras; genom skärpt konstitutionell kontroll, allmän folkomröstning samt genom författningsdomstol. Dessa anordningar utgör visserligen ingen:

Ofelbar garanti, då det på allvar börjar knaka i samhällets fogar, och den stora stormlöpningen om makten begynner; men de utgöra dock i alla fall hinder, vilkas genombrytande kan komma att absorbera rätt mycket av den revolutionära flodens energi och understundom rent av komma den att rinna ut i sanden.⁷²

Detta citat, om något, säger ganska mycket om rättssäkerhetens politiska och ideologiska bakgrund i liberalt tankegods.

I den mer moderna diskussionen begynner rättssäkerheten att röna någon uppmärksamhet först 1935 – och då med Halvar G. F. Sundbergs i artikelform återgivna installationsföreläsning *Förvaltningen och rättssäkerheten*. Sundberg uppmärksammar särskilt de spänningar som kommit att uppstå mellan förvaltningens effektivitetskrav och andra samhälleliga värden, bland andra då särskilt rättssäkerheten. För att förvaltningens skall fylla sitt ändamål, får maktutövningen inte utövas godtyckligt; den måste ha en normbunden karaktär och särskilt måste "upprätthållas gränser till skydd för den enskildes frihet, hans egendom och hans privatliv, vilka gränser förvaltningsmyndigheterna icke få överskrida utan iakttagande av särskilda föreskrifter, avsedda att utgöra garantier mot övergrepp från statsorganens sida och sålunda till skyddande av medborgarna och den medborgerliga friheten."⁷³ Sundberg menar att "på stora områden av statlig verksamhet uppkommer inte någon konflikt mellan effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkterna" men i de fall då förvaltningen utövar offentlig makt, innebär det att verksamheten "riktar sig [...] mot medborgarna och medför inskränkningar i deras frihetssfär."⁷⁴ Därmed måste maktutövningen ske på ett sådant sätt som

⁷¹ Stjernberg *Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet I* (1920) s 397.

⁷² Stjernberg *Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet I* (1920) s 398f.

⁷³ Sundberg *Förvaltningen och rättssäkerheten* (1935) s 322.

⁷⁴ Sundberg *Förvaltningen och rättssäkerheten* (1935) s 322.

utesluter godtycke och tryggar objektivitet. Sundberg nämner en rad garantier som gynnar rättssäkerheten inom förvaltningen; för det första den från Montesquieu härrörande maktfördelningsläran; för det andra den "omistliga grundsatsen om den principiella okränkbarheten av den enskilde medborgarens frihet, av hans egendom och av hans bostad" varvid "beviskyldigheten för den kränkande åtgärdens rättsenlighet måste åvila förvaltningsmyndigheten."⁷⁵ Vidare är prejudikatskapandet i förvaltningsverksamheten av yttersta vikt för rättssäkerheten som syftar till följdriktighet och enhetlighet. En annan rättssäkerhetsgaranti uppfylls i det starka juristinslaget hos de maktutövande förvaltningsorganen. Vidare föreligger vissa rättssäkerhetsgarantier i objektivitets-, official- och kommunikationsprinciperna liksom i förvaltningens allmänna organisation. Vissa rättsinstitut syftar till att upprätthålla rättssäkerheten; besvärsrätten, särskilda specialdomstolar, konstitutionsutskottets granskning, JO:s och MO:s kontrollverksamhet samt – icke minst! – förvaltningsrättsvetenskapen själv.⁷⁶

1941 lades fram ett betänkande om förslag till ändring av regeringsformen 16§ om äganderättsskyddet. Härvid uppstod en diskussion om rättssäkerhetens möjlighet att garantera ett dylikt skydd. Två åsikter stod mot varandra; den ena menade, att:

Insikten om rättssäkerhetsbehovet vore ett bättre och smidigare skydd för äganderätt och andra rättigheter mot övergrepp [...] än sådana grundlagsstadganden.⁷⁷

Häremot framfördes tanken att:

⁷⁵ Sundberg *Förvaltningen och rättssäkerheten* (1935) s 323f.

⁷⁶ Förhandlingarna å det sjuttonde nordiska juristmötet i Helsingfors den 17 - 19 augusti 1937 ägnades åt Honkasalos artikel *Nulla poena sine lege*. Detta möte avsåg frågor rörande legalitetsprincipen föranledda av den tidens tendenser till uppluckring av den straffrättsliga legalitetsprincipen (särskilt laganalogin), i Nazi-tyskland. Agge ägnar den i sentensen *nulla poena sine lege* framställda legalitetsprincipen viss uppmärksamhet i förhållande till dess betydelse för rättssäkerheten; det redan nämnda förbudet mot straffrättslig laganalogi. Agge framhåller särskilt värdet av att domaren "för rättssäkerhetens skull så mycket som möjligt [bör] ansluta sig till lagens text," s 407. Denna 'rättspositivismens ståndpunkt' kan emellertid leda för långt, så att dess effekt leder till ett krav på frisläppande av förbudet mot straffrättslig laganalogi; ett avskräckande exempel härpå utgör den "reaktion som i Tyskland fordrar analogiens frigivande och erkännande som en med lagen med lagen fullt likvärdig rättsskälla," s 407. I förlängningen äger "denna likvärdighet [...] sitt djupare sammanhang med den nationalsocialistiska rättsteoris åsikt om straffbarhetens beroende av det folkliga rättsmedvetandet," s 407. I synnerhet menar Agge att generalklausulens och blankettstadgandens förekomst i strafflagen enbart kan vara till stort men för den medborgerliga rättssäkerheten. Ett intressant inlägg av Strahl söker belysa nödvändigheten av legalitetsprincipens, kanske mer vidare, innebörd även inom sociallagstiftningen, där vissa frihetsberövanden enligt sociallagstiftningen är jämförbara med straff. Dessa områden var ditintills undandragna legalitetsprincipen, som historiskt varit knuten till straffrätten. Strahl väcker frågan om den bör kunna appliceras även i dessa fall, 87f.

⁷⁷ Myrberg *Om äganderättsskyddet enligt §16 regeringsformen* (1941) s 308.

Insikten om rättssäkerhetsbehovet är ett mycket svagt skydd för rättigheter av alla slag i ett parlamentariskt styrt land, där icke respekten för lagen utan för den tillfälliga majoriteten i riksdagen är utslagsgivande.⁷⁸

Dessa två ståndpunkter uttrycker något paradoxalt i rättssäkerheten; den förre tycks mena att rättssäkerhetens underförstådda ekonomisk-politiska äganderättsbegrepp är så starkt att ett grundlagsskydd inte behövs – själva det värdeladdade begreppet ger tillräckligt skydd. Den andra åsikten företräder insikten att rättssäkerhetsbegreppets innebörd har förändrats – att föreställningen om äganderätten kanske inte längre är lika implicit självklar – och förespråkar därför ett grundlagsskydd härför. Båda ståndpunkterna, hur olika de än är, visar att äganderätten utgör en väsentlig aspekt av rättssäkerhetens ideologiska fundament, även om tvivel väckts beträffande rättssäkerhetens tillräcklighet.

Ett problemområde som med allt större uppmärksamhet börjar ge sig tillkänna är det sk *rättsskyddet*. Rättsskydd innebär att “den vars rätt kränkts [...] kan hänvända sig till allmän domstol och därigenom åstadkomma att en förvaltningsakt eller en lagstiftningsakt förlorar sin rättsligt förbindande kraft.”⁷⁹ Rättsskyddet etableras på två olika vägar. Dels kan den enskilde ges medel att i *efterhand få rättelse*, dels kan rättskränkningar *förebyggas*. Med rättsskydd avses alltså individens garanterade rättsliga skydd gentemot en rättskränkning. I dessa sammanhang, då det gäller att kontrollera den offentliga verksamheten, kan man tala om yttre och inre rättssäkerhetsgarantier. De *yttre* består i kontroll genom offentlighetsprinciper samt överprövningsmöjligheter, därjämte kontroll genom justitieombudsman och justitiekansler mm. De *inre* lägger vikt vid “sådan gestaltning av förfarandet, som på bästa sätt kan tjäna rättssäkerhetens intresse;”⁸⁰ med andra ord processuella inslag, med högt ställda krav på noggrannhet, objektivitet och överprövningsmöjligheter.

Hilding Eeks ‘Bidrag till studiet av rättssäkerhetsmomenten i socialrätten’ – undertiteln till arbetet *Administrativa frihetsberövanden* – utgör en viktig indikation på var tidens relevanta problem kan sökas. Eek menar att de förvaltningsrättsliga frihetsberövandena ökat i ett sådant omfång att rättssäkerhetsgarantier måste uppställas även i dessa, icke straffrättsliga, fall. Framför allt förekommer administrativa frihetsberövanden inom socialrätten. Det är alltså frågan om olika former av tvångsvård, tillfälliga omhändertaganden, fattig-, barn- och ungdomsvård mm. Grundsatsen är den att även förvaltningens verksamhet bör präglas av lagbundenhet – alltså, egentligen ett krav på legalitetsprincipens adekvans. Intressant blir hur Eek relaterar dessa frågor till rättssäkerheten – och hur förstås då denna? Å ena sidan är Eek medveten om att bakom rättssäkerheten ligger en *naturrättslig* tankegång om den enskilde individens från statsmakten avgränsade

⁷⁸ Myrberg *Om äganderättskyddet enligt §16 regeringsformen* (1941) s 318.

⁷⁹ Herlitz *Förvaltningsrättsliga grunddrag* (1943) s 46.

⁸⁰ Herlitz *Förvaltningsrättsliga grunddrag* (1943) s 70f.

‘rättigheter,’ ‘äganderätt’ och ‘rätt till integritet.’⁸¹ En begränsning av rättssäkerhetsbegreppet i denna mening innebär naturligen att rättssäkerhetsgarantier-na blir en fråga om att värna individen oberoende av den faktiska samhällsorga-nisationen, dvs rättssäkerheten har att skapa klara gränser mellan individens rättssfär och statsmakten. Å andra sidan uppställer och förordar Eek en rättssä-kerhet i *realistisk* mening, vilket innebär “säkerheten för den enskilde samhälls-medlemmen, att en sådan faktisk ordning består i samhället som överensstämmer med lagens regler” och att denne på förhand kan beräkna verkningarna av sina handlingar, men denna möjlighet är helt naturligt begränsad. Rättssäkerhetskra-vet blir då ett krav på “att lika fall behandlas lika, att följdriktighet och enhet-lighet, icke godtycke råder då fråga är om samhällsorganens handlande.”⁸² I rea-listisk mening yttrar sig kraven på rättssäkerhet i “relation till dömande, exekuti-va och administrativa organs verksamhet. Det har sin givna begränsning i förhål-lande till lagstiftning och andra ‘maktavgöranden’ inom samhället.”⁸³ Utifrån denna ‘realistiska’ mening har rättssäkerheten kommit att få en stor betydelse på förvaltningens område. Rättssäkerhetsmomenten är i allt väsentligt *följdriktighet* och *enhetlighet* vad avser de i lag uppställda *rekvisiten, syftena* och *formerna* för administrativt frihetsberövande. Det är här alltså frågan om att acceptera ga-rantier i rättssystemet och inte bara *gentemot* statsförvaltningen. Rättssäkerhets-momenten tillhör då, enligt Eek, den juridiska metodiken, vilket innebär att “rättssäkerhetssynpunkterna behålla sin aktualitet oavsett variationerna i de politiska programmen och de därav föranledda förändringarna i de syften som fullföljas genom lagstiftning.”⁸⁴

Enligt Ekelöf innebär kravet på rättssäkerhet, att “var och en skall tryggt kunna förlita sig på att ostört få njuta fördelarna av de rättigheter, som tillkom-ma honom.”⁸⁵ Rättssäkerheten tillmättes en *absolut* karaktär, därigenom att i ett rättssamhälle har lagarna generell giltighet samt att var och en på förhand måste kunna beräkna verkningarna av sina handlingar. Rättssäkerhetens absoluta ka-raktär ligger på det psykologiska planet och utgör ett led i ‘den allmänna rätts-ideologien.’ Vad är då denna allmänna rättsideologi? Jo, det är ett sådant sam-hälle där “rättssäkerhetens betydelse synes sålunda stå i intimt sammanhang med

⁸¹ Eek *Administrativa frihetsberövanden* (1943) s 18.

⁸² Eek *Administrativa frihetsberövanden* (1943) s 19.

⁸³ Eek *Administrativa frihetsberövanden* (1943) s 20.

⁸⁴ Eek *Administrativa frihetsberövanden* (1943) s 21. I sin anmälan av Eek menar Petréen att ett ökat bruk av muntlighet har större betydelse för rättssäkerheten i förvaltningsprocessen än den av Eek förespråkade offentlighetsprincipen, enär det enligt Petréen är lätt att överskatta värdet av den senare, *Anm. av Hilding Eek* (1944) s 98. I *Lagröta* upprepar Sundberg sin tidi-gare observation av den ‘ständiga konflikten’ mellan medborgarens krav på rättssäkerhet och statens krav på statsverksamhetens effektivitet. Det förra kravet tryggas genom för myndig-heterna bindande regler till skydd för medborgerlig rätt och frihet – men därmed motver-kas effektiviteten. Det senare kravet, att myndigheterna gives fria händer, undergräver med-borgarnas rätt och frihet, *Lagröta* (1945) s 389.

⁸⁵ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 10.

den fria konkurrensens princip.”⁸⁶ Alltså skulle en socialisering “uppfattas såsom stridande mot rättssäkerhetens krav” liksom att rättssäkerhetens “betydelse överhuvud taget begränsar sig till samhällen av liberal struktur.”⁸⁷ Rättssäkerheten “kan aldrig omfatta andra fördelaktiga positioner för medborgarna, än sådana som stå i överensstämmelse med vad som för tillfället är gällande rätt” och därmed är “rättssäkerhetens värde [...] oberoende av den gällande rättens innehåll. Rättssäkerheten innebär [...] intet annat än att livet i samhället präglas av den gällande rättens regler.”⁸⁸ Däremot, hävdar Ekelöf, är “rättssäkerheten såtillvida av större betydelse i det liberalt än i det statssocialistiskt organiserade samhället, att densamma i det förra omfattar ett större fång av mänskliga intressen än i det senare.”⁸⁹ Detta föranleder Ekelöf att påstå, att “ett folk med nedärvt sinne för rättssäkerhet och för rättsordningens helgd betraktar därför med misstro ej blott revolutionära rörelser utan även radikala reformer.”⁹⁰

Beträffande 1950-talet kan sägas att välfärdsideologin på allvar slagit igenom. Detta sätter sina spår i rättslig litteratur, där det nu ges tillfälle att avgränsa den ‘nya’ staten i tiden, både gentemot den historiskt förgående rättsstaten och genom

⁸⁶ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 14.

⁸⁷ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 14.

⁸⁸ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 15.

⁸⁹ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 15.

⁹⁰ Ekelöf *Rättssamhälle och rättssäkerhet* (1942) s 15. Förtjänar att nämnas bör Rudlings diskussion av för- och nackdelar med det då omdebatterade förslaget till ny rättegångsbalk från rättssäkerhetsaspekter, SOU 1941:7. Särskilt kontroversiellt var frågåendet av de legala bevisreglerna till införandet av fri bevisprövning. Rudling är skeptisk till detta nya förslag (något som idag förefaller egendomligt). Rent allmänt menar Rudling att “den allmänna karaktären av det dömande, som rättssäkerhetsgarantierna skola garantera – domen skall motsvara normalmannens uppfattning och vara förståelig för denne,” *Rättssäkerhet i rättegång* (1947) s 43. Av särskild vikt, i det fall fri bevisprövning införs, anför Rudling ett antal betingelser för rättssäkerhet; det gäller bland annat att man inför ett *verkligt* lekmannainflytande på dömandet, att domaren avlastas från annat än själva dömandet, att editionsplikten utvidgas och att domen blir klar och uttömmande, s 51f, 104ff, 116ff. Andenæs skrev 1942-43 en liten skrift med den betecknande titeln *Grunnlov og rettsikkerhet*, vari han för det första menar att rättssäkerhet kan avse “sikkerheten mot rettsförstyrelser fra borgernes side” och för det andra “sikkerheten mot overgrep og vilkårlighet ovenfra, fra statsmakta selv,” *Grunnlov og rettsikkerhet* (1945) s 5. Det är i denna andra betydelse Andenæs lägger tonvikten, men han inser givetvis att “vil vi kreve en absolutt garanti for rettsikkerheten oppover, kan det komme til å gå utover rettsikkerheten mann og mann imellom,” s 9. Utifrån en grundlig genomgång av ursprunget till Montesquieus läror om maktfördelningsläran, blickar Andenæs tillbaka på den norska Grunnloven anno 1814 och hur denna maktbalans kom till uttryck. Andenæs presenterar därefter en rad konstitutionella garantier för att rättssäkerheten i den ovan anförda andra bemärkelsen skall bli uppfylld. Det rör bland annat domstolarnas oavhängighet, samt för och nackdelar med domstolskontroll av lagstiftningen respektive förvaltningen. Utifrån läran om de mänskliga rättigheterna följer så vissa mer specificerade rättssäkerhetsgarantier i linje med legalitetsprincipens retroaktivitetsförbud, förbud mot godtycke och tortyr, liksom vissa skyddsmedel för egendom och förmögenhet. Detta kontrasteras mot hur Nazi-tyskland samt den av Quisling ledda ‘regeringen’ på punkt efter punkt bryter mot dessa principer och vikten av att konstitutionellt fastslå vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier. Frågan om rättssäkerhet är i slutändan en fråga för demokratin.

att öppna fältet framåt. Signifikativt är dock att välfärdsstaten sätts inom citationstecken. Vad som idag framstår som helt naturligt, att rättssäkerhetsgarantier finns för den enskilde gentemot statsförvaltningen, var högst debatterat – för att inte säga, kontroversiellt – under 1940- och 1950-talen. Skulle man överhuvud taget acceptera att förvaltningen måste gripa in i allt fler samhällsområden? Och hur skulle man i sådana fall kunna säkra den enskildes rättssäkerhet, då alltfler blivit mer beroende av förvaltningens verksamhet än av domstolarna. En ny situation uppstår där administrationen även får välfärdsdistributiva uppgifter. Gustaf Petréns uttrycker på ett utmärkt sätt tidsandan:

Det har blivit en livsfråga för västerländsk rättsstatlig ordning huru den enskilde medborgarens krav på rättssäkerhet skall kunna förenas med det moderna välfärdssamhällets anspråk att få ordna allt till det bästa för åtminstone flertalet medborgare.⁹¹

Under 1950-talet förekommer en reviderad syn på rättssäkerheten, nämligen att:

Upprätthållandet av rättssäkerheten [måste] betecknas som en central statlig uppgift, icke minst ur synpunkten av 'välfärdsstatens' omvårdnad om medborgarna.⁹²

Detta är en synpunkt som uppenbart skiljer sig från, vad jag benämmt som det traditionella rättsstatliga synsättet. Denna skillnad mellan den liberala rättsstaten och välfärdsstaten, avseende förvaltningens förhållande till individen, tycks således ge upphov till två alternativ: *det ena* menar att den forna formella rättssäkerheten fortfarande skall tillämpas; *det andra* synsättet hävdar att detta inte längre håller sträck, främst därigenom att detta till sitt idéinnehåll ännu dröjer vid rättsstatliga ideologiska föreställningar – ett sådant 'traditionellt' begrepp är överhuvud taget inte öppet för statlig 'intervention.' Istället bör begreppet revideras så, att tyngdpunkten ligger på hur medborgaren både kan skyddas och få sina välfärdsstatliga rättigheter tillgodosedda av administrationen. Två stora frågor kommer därmed på dagordningen; den ena gäller förvaltningens *gränser* och rättssäkerheten, den andra avser förvaltningens *effektivitet* kontra rättssäkerheten.

5.3.1 En brytpunkt: från formell till materiell rättssäkerhet

Ett särskilt tillfälle som synes markera en avgörande punkt i den nordiska rättssäkerhetsdoktrinen framträder tvivelsutan genom *Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23-25 augusti 1951*. På detta möte debatte-

⁹¹ Petréns *Administrativa rättssäkerhetsproblem. En anmälan av aktuell litteratur* (1944) s 624.

⁹² Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 50; till och med "en primär statsuppgift," s 375.

rades nämligen *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* och här öppnades för frågeställningar som blev av avgörande betydelse för den närmaste tidens rättsutveckling.

Mötet inleddes av Johannes Andenæs som angav riktlinjerna för mötet genom att peka på de två alternativa vägar som står till buds vid beaktandet av rättssäkerhetsgarantier vid administrativa avgöranden: Å ena sidan genom "å sette administrasjonen under kontroll av domstolene", å andra sidan "ved å bygge ut reglene for selve den administrative behandling."⁹³ Förståelsen av och kanske även valet mellan dessa vägar är beroende av den historiska förståelsen av de väsentliga dragen i den liberala rättsstaten och den tidens 'sosiale velferdsstat.' Utifrån denna förståelse drar Andenæs sina konklusioner. Spänningsförhållandet mellan hänsyn till å ena sidan effektivitet och snabbhet samt å andra sidan rättssäkerhet uppmärksammas. Andenæs påpekar att utförliga formregler kan "for tjenstemennene føles som en bremse på effektiviteten av deres arbeid til fremme av lovens formål."⁹⁴ Rättssäkerheten kan vara ett hinder för genomförandet av politiska reformer och kan drivas så långt att det "kann bli en kamouflasje for et forsøk på å motvirke uønskede kontrollorganers virksomhet. De som er mot en lov kan resonnerer som så, at om vi ikke kan hindre loven, skal vi iallfall prøve å gjøre det så tungvint og vanskelig som råd er for de myndigheter som skal håndheve den."⁹⁵

Med rättssäkerhet, anför Andenæs, "tenker vi *tradisjonelt*⁹⁶ først og fremst på sikkerheten for at den enkelte ikke skal lide urett, ikke så meget på sikkerheten for at den enkelte ikke oppnår noe overfor det offentlige som han ikke har krav på;" vidare förutsätter rättssäkerhet i denna mening att faktum blir "riktig konstatert og at dette faktum blir riktig bedømt på grunnlag av gjeldene rettsregler."⁹⁷ Frågan oppkommer naturligen hur detta begrepp kan ges mening i förvaltningen med det mått av fritt skön som där förekommer och Andenæs svar på detta rättssäkerhetskrav är "et krav om en *saklig motivert og konsekvent praksis til fremme av lovens formål*."⁹⁸ Därutöver förutsätter en full rättssäkerhet '*raske avgjørelser*.'

Huruvida detta är en definition som är 'icke-traditionell' eller 'modern' kan för närvarande låtas vara osagt, klart är väl att den väsentligen avviker från den vanliga förståelsen av rättssäkerheten.

Till frågan huruvida domstolsmodellen bör överföras till förvaltningsprocessen problematiserar Andenæs en mängd olika, som han kallar, *processuella rettssikkerhetsgarantier*, det är den kontradiktoriska principen, dvs kommunikationsprincipen, muntlighet och bevisomedelbarhet kontra skriftlighet och bevismedelbarhet, funktionsfördelningen inom processen, offentlighet, motiveringsskyldighet,

⁹³ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 7.

⁹⁴ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 9.

⁹⁵ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 9.

⁹⁶ 'Tradisjonelt' redan 1951, alltså! (Min kursivering, H.G).

⁹⁷ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 13.

⁹⁸ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 14.

överprövning, vissa habilitetsregler samt i vad mån myndigheten skall bistå den enskilde. Till de yttre garantier som kan styrka rättssäkerheten framförs bland annat: juridisk kompetens inom förvaltningen; fasta ramar för förvaltningen; parlamentarisk kontroll; justitieombudsmannaskap och domstolskontroll. Andenæs konkluderar, med beaktande av mångfaldigheten av administrativa ärenden, att “det bör imidlertid være mulig å utvikle en lovgivningsteknikk som tar hensyn til forskjellighetene uten å gi opp forsøket på å gjennomføre enhet i den utstrekning det er mulig.”⁹⁹

Andenæs öppnade för den efterföljande diskussionen där särskilt Herlitz ställer frågan huruvida man skall inrikta sig på garantier för ‘de ursprungliga beslutens riktighet’ eller på en ‘kontroll över de redan företagna förvaltningsakterna.’ Själv menar han, att man bör göra så mycket som möjligt för rättssäkerhetsgarantierna inom förvaltningen själv, vad Herlitz kallar preventivt rättsskydd.¹⁰⁰

En finländsk debattör, Aaro Ahtee, drar de fulla konsekvenserna av dessa resonemang, utan att säga sig vilja “förringa värdet av den enskildes grundrättigheter” och att han “erkänner nödvändigheten av principen om förvaltningens lagbundenhet såsom garanti för medborgarnas rättsskydd.”¹⁰¹ I den offentliga rätten är det allmänna intresset i förgrunden, motsatt till vad fallet är i privaträtten. Eftersom de nordiska länderna närmar sig välfärdsstaten innebär det att målen också måste uppnås, genom exempelvis social-, hälsovårds- och skatteförvaltningens område. När den enskildes frihet begränsats, har det i ‘grund och botten,’ enligt Ahtee, skett för att skydda de andra samhällsmedlemmarnas frihet. Motsatsvis innebär en ökad rättssäkerhet för den enskilde minskad rättssäkerhet för andra samhällsmedlemmar och i konsekvens härmed kan ett “överdrivet stärkande av en viss persons rättssäkerhet inom förvaltningen leda till ett åsidosättande av rättssäkerheten för andra medlemmar av samma samhälle.”¹⁰² Enligt Ahtee bör alltid dessa synpunkter beaktas, när man försöker stärka “den enskildes rättssäkerhet i detta begrepps traditionella betydelse” och upprätthålla en fast kontakt med den av Ahtee föreslagna ‘sociala rättssäkerheten:’

*Även denna sociala rättssäkerhet är synnerligen ofta en säkerhet för den enskilde individen, som åter torde vara identisk med den enskildes rättssäkerhet.*¹⁰³

Konkret torde detta innebära att förvaltningen bör iaktta även de personer eller grupper som även indirekt berörs av beslutet eller åtgärden. Dilemmat är tydligtvis att säkra *både* den enskildes rättssäkerhet *och* utvidga begreppet till att omfatta även allmänna välfärdsstatliga värderingars tillgodoseende.

⁹⁹ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 64.

¹⁰⁰ Herlitz *Diskussionsinlägg* (1951) s 240f.

¹⁰¹ Ahtee *Diskussionsinlägg* (1951) s 277f.

¹⁰² Ahtee *Diskussionsinlägg* (1951) s 277.

¹⁰³ Ahtee *Diskussionsinlägg* (1951) s 278 (Min kursivering. HG).

Att frågan om spänningsförhållandet individ/administration och rättssäkerheten – dvs 'rättsskyddet' – fortsätter och framstår som ett alltmer angeläget problemfält framgår av Herlitz' åsikter samt betänkandet SOU 1955:19 *Administrativt rättsskydd*. Vissa preciseringar och utvecklingar företas, vad avser detta 'rättsskydd.' Redan har nämnts det 'interna' rättsskyddet – genom den hierarkiska ordningens ram – och det 'externa' – kontroll genom regeringsrätt och förvaltningsdomstolar.¹⁰⁴ Därutöver differentieras ett 'preventivt' rättsskydd från ett 'korrektivt.' Det förre, att *förebygga* rättsligt administrativa felaktigheter, anges bl a, om än inte tillgodoses av så åtminstone styrkas av förvaltningspersonalens utbildning och rekrytering; förvaltningsorganens uppbyggnad och inbördes förhållande; beslutsförfarandet; den övervakning och kontroll förvaltningen underkastas mfl andra procedurella och organisatoriska anordningar. Det 'korrektiva' rättsskyddet kan uppdelas i olika typer av rättelser; självrättelse, intern rättelse och extern rättelse.¹⁰⁵ Dessa är till stor del kalkerade på redan befintliga processuella institut och principer. Vid beslutsfattandet skall iakttas "fair og hensynsfull saksbehandling," opartiskhet, regelbundenhet och att lika fall behandlas lika. Förvaltningen bör i högre grad underkastas demokratisk kontroll.¹⁰⁶ Man kan också skilja mellan yttre och inre garantier för rättsskyddet. Till de inre hänförs, utöver det sagda, den kontradiktoriska principen, partsoffentlighet, muntlighet, offentlighet avseende allmänna handlingar, beslutsmotivering; överklagandemöjligheter, habilitetsregler, myndighets plikt att bistå med hjälp och upplysning, dessutom förvaltningens kvalifikationer samt fasta ramar för administrationen. Till de yttre garantierna framförs bland annat, parlamentarisk kontroll, justitieombudsmannaskap, domstolskontroll och förvaltningsdomstolar.¹⁰⁷ Sundberg fäster stor uppmärksamhet på att "tvånget för beslutsmyndigheten att redovisa skälen till sitt avgörande, är en nödvändighet ur rättssäkerhetssynpunkt,"¹⁰⁸ ty därigenom beredes besvärsmyndigheten möjlighet att utöva kontroll. Motivations- och kommunikationsskyldigheten är således de främsta rättssäkerhetsgarantierna.¹⁰⁹ Givet att statsmaktens uppgifter inte enbart är av negativ art och att den spelar en väsentlig roll för den allmänna välfärden, följer, som noterats, vissa rättssäkerhetsgarantier som *förtydligar* förvaltningens kompetens, snarare än inskränker

¹⁰⁴ Herlitz *Administrativt rättsskydd* (1958) s 11.

¹⁰⁵ SOU 1955: 19 *Administrativt rättsskydd* s 13f.

¹⁰⁶ Eckhoff *Effektivitet og rettsikkerhet i den offentlige forvaltning* (1958) s 388-397.

¹⁰⁷ Andenæs *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 14-45.

¹⁰⁸ Sundberg *Regeringsrätten och den medborgerliga rättssäkerheten* (1955) s 304.

¹⁰⁹ I övrigt kan hänvisas till Westerbergs artikel om *Debatten om rättssäkerheten i förvaltningen* (1957) som summerar ovan anförda synpunkter från 1950-talets horisont. Petrén redovisar diskussioner om förvaltningen och rättssäkerheten i vissa för riksdagen förelagda motioner, *Rättssäkerhetsmotionerna vid årets riksdag* (1954a) respektive *Förvaltningen och rättssäkerheten i motioner vid årets riksdag* (1954b). Nothin tar i skriften *Regeringsmakt och rättssäkerhet* (1953) upp de mer statsrättsliga aspekterna av rättssäkerheten – dvs maktfördelningsläran i praktiken omsatta principer, särskilt då hur regeringsmakten, riksdagen och domstolarna samt administrationen förhåller sig till varandra. Alldeles särskilt tas upp till granskning vissa regeringsingripanden, alltså frågeställningen var gränserna för regeringsmakten går.

densamma. Ur denna acceptans är steget givetvis inte långt till att reglera förvaltningens interna arbetssätt och i synnerhet träder problemet myndigheternas effektivitet kontra rättssäkerheten i förgrunden. Sundberg menar att "rättssäkerhetsgarantierna äro att söka i ett förbättrat besväröförfarande och i vidgad möjlighet till domstolskontroll, icke endera utan bådadera. Men är man beredd att acceptera den inskränkning förvaltningens rörelsefrihet och den minskade effektivitet, som detta skulle medföra? Detta är kärnfrågan."¹¹⁰

Den andra stora frågan under välfärdsstatens tidiga år, är alltså hur rättssäkerheten påverkas av *förvaltningens effektivitetskrav*. Vanligtvis ställs dessa emot varandra såsom varande kontradiktoriska, och då menas väl i allmänhet att en effektivitet kräver ett "av dogmer och former obundet handlande", medan rättssäkerheten förstås som en normbundenhet – i lagform givna regler – och fast praxis – domstolarnas prejudikat.¹¹¹ Mer distinkt uttryckt, kan man måhända hävda, att medan rättssäkerheten avser den *enskildes* rätt och intressen, avser effektiviteten *allmänna* intressen. Å andra sidan är rättsskyddet (rättssäkerheten) liktydig med effektivitet, om därmed åsyftas att det korrekta resultatet alltid skall uppnås.¹¹² En ståndpunkt framhäver att effektivitet betecknar graden av målrealisation – enklast kan effektiviteten definieras så, att den innebär "snabb och omsorgsfull handläggning av förkommande ärenden."¹¹³ När det gäller förvaltningen (av välfärdsutbudet) kan *varken* en ekonomisk måttstock användas *eller* förvaltningsorganen betraktas som isolerade enheter, utan "ders virksomhet må ses i samfunnmessig synsvinkel."¹¹⁴ Därför måste en effektivitetsvärdering beakta rättssäkerheten, ty om "disse hensyn ikke tilgodesees, vil si det samme som at den totale samfunnmessige effektivitet reduseres."¹¹⁵ I ett snävare perspektiv, där rättssäkerheten förstås som *förutsebarhet*, förutsätter rättssäkerheten givetvis "raske avgjørelser."¹¹⁶ Å ena sidan ökar alltså snabba avgöranden förutsebarheten. Å andra sidan kan en snabb effektivitet, försaka en ordentlig allsidig utveckling, till men för förutsebarheten beträffande 'relevanta' argument och som Heckscher framhåller:

Vad som på kort sikt står att vinna genom att åsidosätta rättssäkerhetens krav för effektivitetens kan alltså mycket väl på lång sikt medföra olägenheter just ur effektivitetssynpunkt, därför att man icke längre kan räkna med medborgarnas tillmötesgående vid fullföljandet av de praktiska syften statsmakterna velat sätta i första rummet.¹¹⁷

¹¹⁰ Sundberg *Regeringsrätten och den medborgerliga rättssäkerheten* (1955) s 260f.

¹¹¹ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 49.

¹¹² Herlitz *Administrativt rättsskydd* (1958) s 3.

¹¹³ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 51 och Eckhoff *Effektivitet og rettssikkerhet i den offentlige forvaltning* (1958) s 386.

¹¹⁴ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 51.

¹¹⁵ Eckhoff *Effektivitet og rettssikkerhet i den offentlige forvaltning* (1958) s 387.

¹¹⁶ Andenæs *Garantier for rettssikkerheten ved administrative avgjørelser* (1951) s 14 och Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 52.

¹¹⁷ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 50.

Motsatsen är således mindre markerad än man vid första påseende kan tro, det råder:

Ett visst konkurrensförhållande i praktiken, men att de ingalunda stode i någon logisk motsats till varandra.¹¹⁸

En konklusion är att rättssäkerhetsbegreppet har ställts inför vissa problem; den formella innebörden (förutsebarhetskriteriet osv) och den ideologiska slagsida detta har, är i viss mån besvärande för de nya rättssystematiska värden välfärdsstaten representerar. Om den stora ideologiska konflikten under rättsstaten bestod i motsatsförhållandet individ/stat – med rättssäkerheten relaterad till just detta – har statens centrala roll under välfärdsstaten accepterats och konflikthärden förskjutits till ett problem avseende förvaltningens *effektivitet* kontra medborgarens rättssäkerhet. Frågan är alltså här, att skapa tillräckliga rättssäkerhetsgarantier *inom* statsförvaltningen – gränserna har med andra ord förflyttats.

Den 'klassiska' rättssäkerheten tvingas till reträtt inom vissa områden, i hudsak på det viset, att en förändrad syn främst avser rättssäkerhetens uppgifter – det vill säga, ett avståndstagande från rättsstatliga idéer till en välfärdsstatlig modell, med det 'allmänna intresset' i centrum och där den individualistiska centreringsrullen rullar ut i periferin. Begreppets kontext har förändrats så pass mycket att dess vedertagna innebörd synes för trångt och därmed mist något av sin adekvans *inom dessa nya välfärdsstatliga områden*. Jag menar att man tydligt kan skönja en, låt säga, 'brytpunkt' i förståelsen av rättssäkerheten. Det betyder att nya intressen – givetvis oförutsedda ett sekel tidigare – görs gällande och måste omfattas av ett bredare rättssäkerhetsbegrepp. Det betyder däremot *inte* att det äldre begreppet måste förkastas.¹¹⁹

5.3.2 Nya begrepp för nya tankar

Ett sätt att försöka komma till rätta med dessa spänningsmoment i förståelsen av rättssäkerheten är att laborera med en distinktion i formell rättssäkerhet kontra materiell rättssäkerhet. Inte sällan möter man det påpekandet, särskilt i svensk rättsvetenskap, att uppdelningen i en formell respektive materiell rättssäkerhet är en nymodighet härrörande från ett rättspolitiskt 1970-tal, med en disrespekt

¹¹⁸ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 375.

¹¹⁹ Den föregivna motsatsställningen mellan rättssäkerheten och förvaltningens effektivitet, synes bli ett dominerande tolkningsschema i 1950-talets rättssäkerhetsdebatt. Snart nog synes rättssäkerheten aktualiseras och appliceras i alla upptänkliga sammanhang, se exempelvis Wiman *Behovsprövning av bostadsmarknaden* (1953), Wahlbäck *De bostadssökande och rättssäkerheten* (1953), Rahm *Rättssäkerhetsgarantierna vid internering av sinnessjuka i Sverige och några andra länder* (1953), Bohman *Priskontroll och rättssäkerhet* (1953) och Svennegård *Rättssäkerhet och skyddsvård* (1958).

för rättssäkerhetsidealet som sådant.¹²⁰ Den nutida gängse synen är att denna distinktion alltså är ett påfund av senare tiders starkt rättspolitiska idéer, men faktum är att detta innovativa resonemang lanseras redan 1952 av Gunnar Heckscher, där han till den *materiella rättssäkerheten* hänför:

Förefintligheten av bestämda, för allmänheten kända normer, som förvaltningsmyndigheterna antingen till följd av statsmaktens anvisningar eller av egen drift tillämpa.

Den formella rättssäkerheten betecknar däremot:

Fastheten i tillvägagångssättet och [...] att garantier skapas för att normerna iakttas och olika intressen få tillfälle att göra sig gällande före avgörandet.¹²¹

I ljuset av välfärdsstaternas framväxt var det helt konsekvent av *The International Commission of Jurists* att år 1959 yttra att:

The Rule of Law is a *dynamic concept* for the expansion and fulfilment of which jurists are primarily responsible and which should be employed not only to safeguard and advance the civil and political rights of the individual in a free society, but also to establish social, economic, educational and cultural conditions under which his legitimate aspiration and dignity may be realized.¹²²

Som de ovan anförda citaten låter ange, är distinktionen berättigad eller nödvändig på grund av förändringar i rättens struktur givet en ny samhällsform (responsiv rätt), dvs rättsstat kontra välfärdsstat.

5.3.3 Den välfärdsstatliga rättssäkerhetsdiskussionen

a. I anslutning till utredningen SOU 1960: 19 *Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden* följde en debatt. Klackenbergs ställer sig kritisk till att brottmålsprocessen i sagda utredning, för att garantera den enskildes rättssäkerhet, kom att tjäna som förebild för förvaltningsprocessen och särskilt vid inrättandet av speciell sk socialdomstol. Särskilt kritisk var Klackenberg till att en jämförelse överhuvud taget anställdes mellan brott och social missanpassning, mellan gärningsman och den missanpassade samt mellan straff och socialt tvångsingripande. Framförallt finns en grundläggande olikhet mellan kraven på likformighet inom de respektive områdena – brottet är vanligen en gärning med konsekvenser för annan än gärningsmannen, medan det sociala tvångsingripandet utlösts genom att den missanpassades levnadssätt medför konsekvenser för honom själv – dvs ett omhändertagande “är icke en obligatorisk följd av det förflutna utan förutsätter en

¹²⁰ Se nedan 5.4 och 5.7.

¹²¹ Heckscher *Svensk statsförvaltning i arbete* (1952) s 51.

¹²² Citatet från Aubert *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 40.

bedömning av det aktuella vårdbehovet.”¹²³ Dessa skillnader medför givetvis olikheter i bevismöjligheter. Rättssäkerheten i socialvården innebär snarare en tillfredsställande utredning av vårdbehovet. Att försöka tillämpa straffrättsliga rättssäkerhets- eller rättsskyddsgarantier inom detta område kan innebära att vårdintresset blir lidande genom att en ‘kriminalitetsstämpel’ riskerar att fästas på den socialt missanpassade. Sammantaget föranleder detta Klackenberg att laborera med olika rättssäkerhetsaspekter: å ena sidan föreligger givetvis ett för den missanpassade krav på *formell rättssäkerhet*, men samtidigt kan inte denna formalism drivas så strikt, att den *reella rättssäkerheten* – dvs “det skydd som sociallagarna avser att ge åt anhöriga till de missanpassade och åt andra medborgare”¹²⁴ – försämras. I det senare fallet torde *reell rättssäkerhet* främst syfta på “att vissa tysthetsförbehåll upprätthållas om uppgiftskällorna, främst för att skydda anhöriga till den, som tvångsingreppet gäller.”¹²⁵ Detta innebär att offentlighetsprincipen som en rättssäkerhetsgaranti inte utan vidare kan vara tillämplig inom ‘socialdomstolen,’ tvärtom torde, enligt Klackenberg, stängda dörrar bli vanligt förekommande. Klackenberg kontrasterar slutligen den formella rättssäkerheten, enligt ovan, mot en *allmän rättssäkerhet* som innebär “ett krav på att gällande lagar skall förverkligas i största möjliga utsträckning, även de sociala lagar, som tillkommit för att undanröja missförhållanden och borttaga orättvisor.”¹²⁶

1965 är välfärds- och framtidsoptimismen så stor att The International Commission of Jurists kan lansera idén om the dynamic concept of rule of law:

¹²³ Klackenberg *Domstolsprocess i socialvårdsmålen?* (1960) s 238.

¹²⁴ Klackenberg *Domstolsprocess i socialvårdsmålen?* (1960) s 232.

¹²⁵ Klackenberg *Domstolsprocess i socialvårdsmålen?* (1960) s 234.

¹²⁶ Klackenberg *Domstolsprocess i socialvårdsmålen?* (1960) s 240. Alexandersson ställde sig frågande inför den av Klackenberg valda terminologin, att benämna den frihetsberövades rättssäkerhet för *formell* sådan, medan dennes omgivnings rättssäkerhet benämnes för *reell* rättssäkerhet, när det enligt utredningen i stället är fråga om en avvägning av rättssäkerhetskontra effektivitetskrav, *Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden* (1961) s 6. Samma mot Klackenberg kritiska synpunkter framförs av Holmberg, som ifrågasätter om brister i *effektivitet* kan sägas vara detsamma som brister i den *reella* rättssäkerheten, *Om formell och reell rättssäkerhet* (1961) s 19. Enbart ett fåtal arbeten under 1960-talet tar upp rättssäkerheten som tema. Nämnas kan emellertid Grönfors om “den eviga spänningen mellan ändamålsförskjutning och rättssäkerhet,” *Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet* (1960) s 21, dvs hänsynen till kravet på förutsebarhet bör “man undvika att skrivna lagbud alltför ofta förändras till sin innebörd genom att domstolarna lägger nytillkomna ändamål till grund för tolkningen,” s 21. Vidare diskuteras konflikten mellan den enskildes krav på rättssäkerhet inom skatteområdet – innebärandes garantier mot en inkorrekt tillämpning av skattelagarna – och det ‘likvärdiga kravet’ att medborgarna också fullgör avsedd skattskyldighet – med krav på effektivitet, Rydin *JO-utredningen och rättssäkerheten på skatteområdet* (1966). Den debatt återkom i den senare lagstiftningen mot skatteflykt.

Mere legality is not enough and that the broader conceptions of justice as distinct from positive legal rules are embraced by the term and, indeed, provide its more vital aspect.¹²⁷

De menade att *rule of law* alltså är något mer än legalitetsprincipen och bredare än rättsregler – dvs, jag skulle vilja hävda att den ståndpunkt som här förs fram är att *rule of law* förstås som rättssäkerhet i enlighet med definitionen i figur 5.3 ovan.

b. Det Tjugosjätte Nordiska Juristmötet i Helsingfors 1972 med problemställningen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* låter antyda att vissa rättssäkerhetsproblem görs gällande med allt större ihärdighet. Detta möte utgör en pendang till 1951 års juristmöte. Inledningsanförandet av Bent Christensen uppehöll sig vid de två föregivna motsatspolerna rättssäkerhet och effektivitet. Detta med anledning av de då genomförda eller pågående förvaltningsrättsliga reformerna i Norden. I anslutning till den redan redovisade debatten på 1950-talet aktualiserar Christensen ånyo att förvaltningen för det första “er vokset i et tempo, som de fleste finder temmelig skræmmende” och, för det andra, att “forvaltningsapparatet og dets måde at fungere på været under ustandselig ombygning i stort og småt.”¹²⁸ Frågan blir därmed hur kraven på enkelhet, snabbhet och billighet konkurrerar med kraven på den enskildes rättssäkerhet. Naturligtvis beror hela frågeställningens komplexitet på vad som avses med effektivitet respektive rättssäkerhet. Effektivitet i förvaltningen innebär, enligt Christensen, “højest mulig målrealisation med mindst mulige omkostninger,”¹²⁹ vilket betyder att huvudvikten lägges på rationella mål/medel och kostnadsmedvetenhet. Rättssäkerhet, enligt Christensen, får olika betydelser beroende på vilket område man betraktar: inom privaträtten är det helt enkelt frågan om förutsebarhet och likformighet, medan det inom förvaltningsrätten snarare är frågan om “beskyttelse af den enkelte mod forvaltningen.”¹³⁰ Samtidigt används rättssäkerhetsbegreppet som “et krav om respekt for den enkelte,” inte blott från förvaltningens sida, men även vad avser det materiella innehållet i de föreskrifter förvaltningen tillämpar. En rättssäkerhetshänsyn är huvudsakligen “den grad av beskyttelse, som løsningen giver den enkelte.”¹³¹ I detta förutsätts, enligt Christensen, att “individiet i forholdet til det offentlige har en retssfære, som forvaltningen skal respektere. I kravet om retssikkerhed i denne forstand ligger alltså et politisk eller naturretligt krav om respekt for individet, også fra lovgivningsmagtens side.”¹³² Givet dessa utgångspunkter redogör Christensen för de tendenser som finns till att ‘judicialisere’ förvaltningen. Rättssäkerhetshänsyn innebär bland annat: att de allmänna domsto-

¹²⁷ International Commission of Jurists *The dynamic aspects of the rule of law in the modern age* (1965) s 14.

¹²⁸ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 333.

¹²⁹ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 335.

¹³⁰ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 337.

¹³¹ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 338.

¹³² Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 337.

larnas *processregler* överförs till förvaltningsområdet; att ökad vaksamhet läggs vid *neutralitet*; att tjänstemännens *självständighet* beaktas samt att förekomsten av ett rimligt antal *jurister* i sig är en självständighetsgaranti. Sistnämnda uppfattning, att juristerna som bärare av den rättsstatliga traditionen är bäst lämpade för värnandet av rättssäkerheten, ifrågasätts av regeringsrådet Kurt Holmgren, som menar att i och med välfärdsstaten är det "naturligt, att när förvaltningen i större utsträckning kommer att ägna sig åt sådant som tidigare [...] ansågs vara den enskildes sfär, när den griper in på tekniska, sociala, ekonomiska områden, så måste förvaltningen rekryteras inte från jurister utan bland experter på dessa områden."¹³³ Det har, enligt Holmgren, "knappast blivit sämre i vårt land i och med juristelementets tillbakaträngande."¹³⁴

Det tankeväckande i förevarande hänseende är dock Christensens analys av vilka *intressen* som skymmas bakom å ena sidan effektiviteten och å andra sidan rättssäkerheten. Intressenterna bakom effektivitet är allmänheten, dvs medborgare och skattebetalare. För rättssäkerhetens vidkommande kan man dock precisera intressenterna till, att rättssäkerheten först och främst är till fördel för "*minoriteter*, alltså for grupper, der i den aktuelle situation trues eller føler sig truet af magthaverne."¹³⁵ Därmed inte sagt, att alla rättssäkerhetsgarantier är till fördel för alla minoriteter, tvärtom kan en 'judicialisering' av förvaltningen gagna vissa grupper med relativt god ekonomisk ställning, som kan utnyttja en formaliserad och judiciell prövning. Rättssäkerhetens förespråkare är i regel, enligt Christensen, juristerna, medan effektivitetsanhängarna återfinns bland politiker, press och olika organisationer för skattebetalarna. Christensen menar att två grundinställningar om människan återfinns bakom effektiviteten respektive rättssäkerheten. Bakom den förra återfinns en (över)tro på förmågan att driva organisationer och människor enligt rationella metoder – dvs blott målet är klarlagt, följer utan problem medlen därtill. Rättssäkerheten däremot drivs, enligt Christensen, av en misstro till denna rationalisering. I praxis går det till en viss grad, men "et eller andet sted går det altid galt eller skævt."¹³⁶ Christensens huvudsyfte är att tydliggöra hur dessa båda principer kan utgöra 'värderingspremiss' i beslutsfattandet och "det er derfor væsentligt, at man ved ethvert valg af løsning af et administrativt problem tager både effektivitets- og retssikkerhedshensyn i betragtning."¹³⁷ Men samtidigt är det givet att vissa områden icke alls kan ge någon förnuftig mening åt värderingspremisserna, liksom att dessa måhända inte är tillräckliga men behöver kompletteras med exempelvis demokratiaspekter osv. Christensen ger exempel på områden där premisserna spelar roll, liksom på områden där de saknar relevans. I det förra fallet, är det allmänna skatte- och avgiftsområdet, kontantinsatser för enskilda medborgare, sociala

¹³³ Holmgren *Diskussionsinlägg* (1972) s 373.

¹³⁴ Holmgren *Diskussionsinlägg* (1972) s 373.

¹³⁵ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 345.

¹³⁶ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 347.

¹³⁷ Christensen *Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (1972) s 348.

förmåner samt köproblem. I det senare fallet exempelvis individualiserad behovsprövning kontra generell normering för alla; rådgivning på det sociala området, såsom familjerådgivning.

Beräkandet SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten* behandlar generalklausulens allmänna status i relation till rättssäkerheten. Det konstateras att en avvägning måste ske mellan, å ena sidan "behovet av att i allmänhetens intressen kunna beakta omständigheterna i det särskilda fallet och att anpassa rättsbildningen till fortgående förändringar i samhället och å andra sidan [...] att allmänheten och domstolarna får så god vägledning som möjligt när det gäller att tolka lagen."¹³⁸ Generalklausulen synes vara en kompromiss mellan en 'statisk' och en 'dynamisk' sida i rättssäkerheten.

Generalklausuler kan utgöra lämpliga rättssäkerhetsgarantier, eftersom "villkor, som lägger all makt vid tvist i den överlägsna partens hand [...] behöver motverkas genom en generalklausul för att den underlägsna parten inte skall vara rättslös."¹³⁹ Den tidigare anmärkningen om olika 'maktkonstellationer' får här en ökad genomslagskraft, ty "att vara utsatt för motpartens övermakt eller godtycke till följd av avtalsvillkorens utformning är inte förenligt med rättssäkerhet"¹⁴⁰ och därmed är det inte heller ett verkligt rättssäkerhetsintresse att strikt upprätthålla villkor som påför ena parten en fördel och den andra en förlust. Utredningen menar att skyddet av en underlägsen part, ur ett allmänt intresse, väger tyngre än en strikt förutsebarhet. Konsekvensen är att vissa risker och hot mot rättssäkerheten emanerar ur just den 'klassiska' förutsebarheten. Här ställs frågan på sin spets, och ett avgörande 'brott' med en traditionell förutsebarhetsbaserad rättssäkerhetssyn, emedan:

Skulle det vara möjligt för part med överlägsen ställning att i avtal införa generella och för motparten hårda bestämmelser samt, *med hänvisning till intresset av förutsebarhet*, med framgång motsätta sig jämkning av sådana bestämmelser, *skulle rättssäkerheten bli lidande*.¹⁴¹

Här får alltså den traditionella normrationaliteten i viss mån ge vika, till förmån för en kausalanalys och social tolkning med en helhetsbedömning av generalklausulens mål och syften. En viktig fråga, som inte kan besvaras generellt, är givetvis vilken *reell* rättssäkerhet generalklausulerna öppnar upp; som tidigare nämnts, ges ekonomiska och politiska imperativ större utrymme – ett utrymme som kan 'kolonialiseras' av rent marknadsekonomiska intressen, men som också *kan* realisera djupare sociala behov och hänsyn. Detta är inte bara ett problem för generalklausuler utan också för ramlagar. Men om rättssäkerheten förstås i sin traditionella bemärkelse som formell förutsebarhet behöver detta inte nödvändigtvis in-

¹³⁸ SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten* s 127.

¹³⁹ SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten* s 127.

¹⁴⁰ SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten* s 127.

¹⁴¹ SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten* s 128 (Min kursivering, H.G).

nebära att ramlagen saknar denna egenskap; en ramlags innehåll "kan vara lika säkert att förutse som tolkningen av detaljlagstiftning. Detta beror på att ramlagen kan vara funktionsbestämd och underkastad restriktioner eller krafter som inte är av rättslig art."¹⁴² Med andra ord kan förutsebarhetskriteriets tyngd ligga på sociala (icke-rättsliga) faktorer och peka i en viss bestämd riktning. Men rent generellt sett, såväl i ramlagar som i generalklausuler och detaljlagar, är givetvis problemet tolkningens gränser.

Viss rättssäkerhetsproblematik uppmärksammas under perioden även inom *straffrätten*, bland annat avseende vikten av förhörsvittnen vid förundersökningar mot barn och ungdom.¹⁴³ Rättssäkerheten kräver ett visst mått av snabbhet i handläggningen av brottmål; dvs "en långsamt arbetande rättsordning tillfredsställer inte berättigade krav på rättssäkerhet"¹⁴⁴ eftersom "delayed justice is no justice."¹⁴⁵

Sandström ställer frågan om rättssäkerheten utifrån *arbetsrätten*; det område där den rättsliga ideologins konflikter tydliggörs mest markant. Eftersom arbetsrätten är underutvecklad avseende lönearbetarnas anställning och ställning överhuvud, är det en rimlig åsikt att förespråka en rättssäkerhet baserad på förutsebarhetskriteriet, när den arbetsrättsliga situationen med dess sanktionsregler och -normer utgör ett repressivt system. Skillnaden är bara den att godtycket inte primärt ligger hos myndigheterna, men hos arbetsgivaren, ty "om legalitetsprincipen varit borgarklassens hävstång mot feodalismen har kontrollen över företagarernas maktutövning blivit ett centralt avsnitt i kampen mellan arbete och kapital."¹⁴⁶ Sandströms medicin härför är, att i en 'privatjustis mot anställda' skall beslutsfattandet ske efter fasta principer, krav på förutsebarhet uppställas samt kontroll av maktutövningen genomdrivas. Konflikten mellan företagaren och den anställde har naturligtvis till effekt och orsak, att rättsapparaten inte står "neutral i kampen mellan rättssäkerhet och lönsamhet,"¹⁴⁷ utan genom det privata individualiserade 'arbetsavtalet' har rättssäkerheten blivit en avtalsfråga, vars innehåll i yttersta fall fastslås av domstol.¹⁴⁸

¹⁴² Hydén *Ram eller lag?* (1984) s 12.

¹⁴³ Lithner *Rättssäkerhetsgarantierna beträffande misstänkta ungdomar* (1977).

¹⁴⁴ Klette *Om eftersläpningen i handläggning av brottmål som rättssäkerhetsproblem* (1973) s 517.

¹⁴⁵ Klette *Om eftersläpningen i handläggning av brottmål som rättssäkerhetsproblem* (1973) s 521.

¹⁴⁶ Sandström *Privatjustis mot anställda* (1979) s 272.

¹⁴⁷ Sandström *Privatjustis mot anställda* (1979) s 273.

¹⁴⁸ Sandströms tes är att lagstiftning ger bättre rättssäkerhet (avseende sanktionsregelns form) än avtal av olika slag, eftersom avtalstolkning skapar osäkerhet och att själva avtalsformen ger ett "sken av åsiktsgemenskap mellan företag och anställda," *Privatjustis mot anställda* (1979) s 275, 281. Vidare utgör sanktionsreglernas splittring mellan olika regleringsformer (avtal, kollektivavtal, MBL, LAS etc) i sig ett hot mot de anställdas rättssäkerhet. Regelmassan blir snårig och ogenomtränglig. Vad avser det materiella innehållet i sanktionsnormerna är det väsentligt, att de anställdas kontrollmöjligheter ökar genom preciserade förutsättningar. Generalklausuler inom arbetsrätten utgör ett hot; dessa kan enligt Sandström ses som ett "försök av den borgerliga staten att överbygga motsättningen mellan rättssäkerhet och lön-

c. I det följande ges några exempel på områden där rättssäkerhetsproblem accentueras inom välfärdsstaten.

Att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet inte håller i alla väder kan exemplifieras beträffande *miljövården* vari aktualiseras 'allmänhetens' rättssäkerhet av att rättstillämpningen tillgodoser det allmännas intresse som definieras i tillämplig lagstiftning. Det är med andra ord inte enbart markexploatörers och de direkt besvärsberättigades intressen som aktualiseras, utan framför allt allmänhetens rättssäkerhet. Staffan Westerlund kontrasterar det kortsiktiga handläggningsärendet mot det mer långsiktiga och allmänna miljöskyddet. Rättssäkerhetsproblemen har ofta en benägenhet att ställas utifrån och prioritera den kortsiktiga tillståndsprövningen, dvs markexploatörens intresse. Denna prioritering medför att "allmänhetens intresse [...] av att särskilt skyddsvärda naturmiljöer skyddas från förändring inte [...] tillgodoses."¹⁴⁹ Gentemot denna prioritering av den individuella rättssäkerheten kan *allmänheten* inte anföra besvär. Detta kan således leda till att "exploatörsgруппers intressen prioriteras på bekostnad av andra grupper lagstadgade skydd" vilket givetvis "innebär en godtycklig definition av termen rättssäkerhet."¹⁵⁰ Westerlund hävdar att rättssäkerhet i miljövården måste innebära, att de materiella reglerna följs, att beslutsunderlaget är tillfredsställande samt att särskilda procedurreglerna iakttages.

Den 'traditionella' rättssäkerheten – att den enskilde skall kunna förutse ett rättsligt besluts konsekvenser – ger inom miljörätten följande konsekvenser. Med

samhet" vilket implicit medför att "kampen mellan arbete och kapital [direkt kan] utläsas ur dessa generalklausuler," *Privatjustis mot anställda* (1979) s 283. Detta förhållande gäller, enligt min mening, i än högre grad ramlagar; både generalklausuler och ramlagar skapar, som tidigare redogjorts för, ett större manövreringsutrymme för olika maktkonstellationer, i detta fall kapitalets företagarformer, där "fältet lämnas fritt för en företagsekonomisk styrning av rättsbildningen," s 284. Sandströms offensiva förslag utgörs således av en rättslig kontroll av den *reella* maktförskjutningen och en strävan "efter att minska företagarnas handlingsfrihet vid beslut om sanktion, eller omvänt att öka den anställdes möjlighet till kontroll av beslutens normenlighet," s 288. Allmänna avtalsprinciper och generalklausuler utgör ett hot mot den anställdes rättssäkerhet; det krävs preciserade regler om sanktionerna. Sandströms arbetsrättsliga rättssäkerhet träffar något väsentligt; det är dels en uppgörelse med staten som enda motpart i rättssäkerheten, utan identifierar istället en minst lika stark motmakt i arbetsgivaren; det är också en uppgörelse med det enskilda och individuella omfånget – rättssäkerheten avser själva *relationen* mellan två grupper. Emellertid anförs förutsebarheten som ett argument, för att generalklausuler, ramlagar och skilda avtalsformer skall avvecklas till förmån för en detaljlagstiftning, åtminstone avseende sanktionssystemet. Sandström använder med andra ord det traditionella rättssäkerhetsbegreppet i en progressiv mening; att genomdriva skydd åt de anställda, men kanske även för att genomdriva arbetsrättsliga rättigheter. En liknande arbetsrättslig problematik aktualiserades senare av Magnusson/Sandberg vilka studerade den enskilde fackföreningsmedlemmens rättssäkerhet kontra, inte arbetsgivaren men väl fackföreningen. Författarna menar att skiljeklausuler som omfattar tvister mellan medlem och fackförening alstrar sådana rättssäkerhetsproblem, att dessa bör utmönstras ur fackförbundens stadgar, *Rättssäkerheten i fackföreningar om skiljeförfarandet* (1985) se särskilt kapitel 7.

¹⁴⁹ Westerlund *Rättssäkerhet i miljövården* (1980) s 461.

¹⁵⁰ Westerlund *Rättssäkerhet i miljövården* (1980) s 465.

den tillståndsprövning som sker skulle krävas att exploitören kan förutse de ekologiska förhållandena, belastningen av förorenat utsläpp, den reningstekniska utvecklingen och de ekonomiska förutsättningarna för olika åtgärder etc. En sådan förutsebarhet är inte möjlig att uppnå och ett koncessionsbeslut borde i konsekvens härmed inte ges. Detta är en något udda tolkning av förutsebarhetskravet, men fullt i linje med en strikt förutsebarhetslogik. Westerlund pekar därutöver på den obefintliga möjligheten att förutse regeringsavgörandenas innehåll, medan däremot en vetskap om vissa politiskt relevanta fakta kan förhöja förutsebarheten något. Westerlund ser här att rättssäkerhetsbegreppet måste omfatta allmänhetens intresse samt att lagstiftningens materiella och rättspolitiska målsättningar sätts i högsätet.¹⁵¹

Inom *skatterätten* är förutsebarhetskriteriet dominerande, eftersom äganderätten utgör det direkta ämnesområdet. När frågan om förutsebarheten ställs bör beaktas vems 'förutsebarhetskapacitet' som avses; är det den enskilde skattskyldiges förmåga eller bör som "måttstock tas förutsägningsförmågan hos eliten: beskattningstjänstemännens, skatterådgivarnas och domarnas krets?"¹⁵² I det förra fallet kan, för den enskilde, ett långt drivet krav på detaljreglering (som resultat av förutsebarheten) innebära att regelsystemet framstår som en 'labyrint';¹⁵³ systemet mister överskådligheten, blir mindre förutsebart – en excess i detaljreglering och förutsebarhetsrationalitet slår över i motsatsen. I det andra fallet är förutsebarheten och den formella rättssäkerheten främst anpassat "till en kategori av medborgare, som själva eller genom sina juridiska rådgivare, väl känner rättssystemets innehåll och som har intresse av att kunna operera strax intill gränsen för det tillåtna. Rättssäkerheten inom skatterätten har kommit att betyda möjligheten att en säker ekonomisk kalkyl över de skattemässiga konsekvenserna av olika dispositioner."¹⁵⁴ Typisk är åsikten att "detaljerade stadganden ökar avgörandenas förutsebarhet,"¹⁵⁵ men att en motsättning mellan effektivitet och rättssäkerhet inte behöver föreligga, om man med effektivitet förstår att "alla lagenliga skatter påförs och indrivs åt fiskus."¹⁵⁶ Att förutsebarheten, även i skatterätten, ofta är *illusorisk*¹⁵⁷ framgår av att det ofta råder delade meningar om innehållet i gällande rätt. Förutsebarheten ökar ju fastare praxis som skapas och

¹⁵¹ En polemik mot Westerlund anförs av Matson som i huvudsak biträder en traditionell rättssäkerhetssyn och det är för honom främmande att tala om "allmänhetens intresse som ett rättssäkerhetsintresse," *Staffan Westerlund och rättssäkerheten* (1981) s 459. Istället måste ofta en avvägning ske just mellan allmänhetens intresse och rättssäkerheten. Emellertid menar Mattsson att en överlägsen part inte skall kunna 'köra över' en svagare part och ett åberopande av rättssäkerheten är för att hävda den svagares intresse. För Matson framstår det som omöjligt att 'allmänheten' skulle kunna bestå av 'svaga parter' eller att andra maktkonstellationer än staten, som starkare part, skulle vara möjliga, s 460f.

¹⁵² Tikka *Vad avses med rättssäkerheten i beskattningen?* (1983) s 9.

¹⁵³ Bing *Automatiserte forvaltningssystemer og rettssikkerhet* (1986) s 49.

¹⁵⁴ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 29.

¹⁵⁵ Tikka *Vad avses med rättssäkerheten i beskattningen?* (1983) s 9.

¹⁵⁶ Tikka *Vad avses med rättssäkerheten i beskattningen?* (1983) s 18.

¹⁵⁷ Bergström *Förutsebarheten vid tillämpningen av skatteflyktsklausuler* (1983) s 376.

ju fler generella principer som anförs. Det av Anna Christensen nämnda 'kalkylerande rättssäkerhetsbegrepp' belyser väl hur den formella rättssäkerheten, med klara ekonomiska förtecken, förtränger skattesystemets fördelningspolitiska avsikt. Motdraget har bland annat varit att införa en skatteflyktslag (SFL) som korrektiv – vilket i praktiken emellertid inneburit rättssäkerhetsgarantierna skapats med ekonomiska förtecken (förhandsbesked etc).¹⁵⁸

Att något dilemma inte behöver uppstå mellan rättssäkerhet och effektivitet utreder Brita Sundberg-Weitman.¹⁵⁹ Hon kontrasterar tre aspekter på rättssäkerhet (materiella respektive formella reglers tillämpning samt rättsskydd för medborgaren om de övriga inte tillgodoses) med en två effektivitetsdefinitioner (den ena delen att lagens intentioner och syften inte omintetgörs, den andra en kvantitativ effektivitet avseende en rimlig avverkningstakt). Sundberg-Weitman ser inte något problem för allmänna domstolar vad avser *materiell* rättssäkerhet kontra intentionseffektiviteten, däremot vissa problem för förvaltningsdomstolarna när lagar får ett 'inbyggt godtycke' som ger upphov till ett 'syndabocksystem.' Då den materiella rättssäkerheten ställs mot den kvantitativa effektiviteten, framstår risken för att den höga avverkningstakten kan leda till slentrian och rutinisering samt slarvigt genomtänkta domskäl. Ställs den *formella* rättssäkerheten mot intentionseffektiviteten ser Sundberg-Weitman vissa problem avseende bevisbördan i brottmål. Ställs sedan formella rättssäkerheten mot kvantifieringsintresset, kan en pressande arbetsbörda leda till ett tummande på vissa formella regler – exempelvis iakttagas inte expeditionstiderna. Slutligen rättsskyddsproblemet, oavsett vilken effektivitetsvariant det ställs mot, som inte heller är något för de allmänna domstolarna allvarligt problem, däremot har det allmänna rättsskyddet försvagats. Kontentan är att Sundberg-Weitman inte ser något direkt dilemma i frågan om rättssäkerheten kontra effektiviteten när det gäller de

¹⁵⁸ En särskild förutsebarhetsproblematik, avseende SFL, står att finna i att lagen *generellt* sett uppfyller kraven på förutsebarhet – i det att den ytterst sällan tillämpas —, medan förutsebarheten i det *enskilda* fallet fortfarande är en öppen fråga (ändock inte så vidöppen som man kan tro, ty *e contrario* kan lagen tolkas som så, att lagen har lyckats i så måtto att man fått en katalog av fyndiga transaktioner), Bergström *Förutsebarheten vid tillämpningen av skatteflyktsklausuler* (1983) s 375, Axberger *Rättssäkerheten och kampen mot den ekonomiska brottsligheten* (1986) s 18f och Gustafsson/Anderberg *Skatteflykt och rättssäkerhet. En studie av skatteflyktslagets tillämpning* (1987) s 26ff. SFL är ett gott exempel i belysandet av konflikter av olika slag: dels mellan effektivitet kontra förutsebarhet; dels en 'snäv' rättssäkerhet mot en 'extenderad'; dels konflikten mellan en formell rättssäkerhet (detaljlagstiftning och förutsebarhet gentemot generalklausul och praxis) mot en konfliktbemängd materiell rättssäkerhet (äganderätt och ekonomisk privatsfär mot socialpolitiska rättvise- och fördelningsideal).

¹⁵⁹ Sundberg-Weitman *Rättssäkerhet och effektivitet – ett dilemma?* (1982) s 47-50. Till den ständigt aktuella frågan om rättssäkerhet och effektivitet se Orton, som i viss mån härmed vidareför problemställningen till följande: "Det är självfallet så att rättssäkerhet är en fråga om resurser. Därmed är frågan om rättssäkerhet förstås också en politisk fråga," *Rättssäkerhet och effektivitet* (1983) s 560. Om vissa rättssäkerhetsrisker med ökad datorisering i förvaltningen, se Ivanov *Systemutveckling och rättssäkerhet* (1986) samt Seipel *Anm. av Kristo Ivanov* (1987).

allmänna domstolarna. Detta är väl heller inte att förvåna, då den traditionella rättssäkerheten, som Sundberg-Weitman företräder, inte behöver innefatta en logisk motsättning mellan effektivitet och rättssäkerhet.¹⁶⁰

5.3.4 Rättssäkerhetsbegreppets välfärdsstatliga kontext

Rättssäkerhetens traditionella kontext bestod alltså av rättsstatliga grundföreställningar vilka garanterades via en *formell* innebörd. Situationen från välfärdsstaten, och i synnerhet dess senare del, 1970- och 1980-tal, har för rättssäkerheten i vissa avseenden inneburit en sådan fundamental förändring, att den 'traditionella' innebörden – 'formell' rättssäkerhet – inte längre är adekvat; en ny social kontext kan inte garanteras av formell rättssäkerhet. Medan den 'traditionella' rättssäkerhetens sociala kontext garanterades av en stark formalism, garanteras den nya av *andra* innehållsliga rättssäkerhetsgarantier – exempelvis generalklausuler och ramlagar, som åtminstone *ger uttryck* åt vissa sociala mål. Den 'klassiska' rättssäkerheten tvingas till reträtt inom vissa områden, i huvudsak på det viset, att en förändrad syn främst avser rättssäkerhetens kontext – det vill säga, ett avståndstagande från rättsstatliga ideal till en mer välfärdsstatlig modell, med det 'allmänna intresset' i centrum och där den strikta individualistiska centreringsrullen rullar ut i periferin. Detta innebär att rättssäkerheten som den liberala rättsstatens traditionella begrepp – den formella rättssäkerheten – inte häftar vid den 'nya' kontexten, välfärdsstatens ideal, med konsekvensen att rättssäkerheten "inte längre [är] ett rent borgerligt begrepp."¹⁶¹

Jag menar att man tydligt kan skönja en, låt säga, 'brytpunkt' i förståelsen av rättssäkerheten. Det betyder att nya rättsintressen, givetvis oförutsedda ett sekel

¹⁶⁰ Inom *straffrätten* och särskilt på domsmotiveringens område kännetecknas argumentationen av en fri diskussion, alternativa lösningar jämföres där de samhälleliga konsekvenserna granskas. Domskälen beaktar ändamålssynpunkter utifrån teleologiska hänsyn – perioden, som infaller efter 1971, benämns av Strömholm för 'det öppna skedet,' *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (1996) s 388f. Här må ock erinras att domsmotiveringen och skälen stödjer både kontrollmöjligheten och förutsebarheten, vilket främjar likhet inför lagen, kontinuitet och konsistens, Bergholtz *Ratio et Auctoritas* (1987) s 19, 144f, 394. För vissa frågor rörande rättssäkerheten vid den rättsliga bedömningen avseende barns vittnesmål och andra vittnespsykologiskt relaterade frågor, se meningsutbytet mellan Wiklund *Sexualbrott och rättssäkerhet* (1990) och Lindblad *Sexualbrott och rättssäkerhet – en replik* (1991). Enligt Trankell uppkommer rättssäkerhetsfaror om "kliniska psykologer åtar sig att utreda vad som är sant då människor yttrar sig som målsägande, tilltalade eller vittnen i brottmål, utan att de har någon annan teoretisk förankring för detta arbete än sin kliniska psykologerfarenhet," *Något om rättssäkerheten vid psykologers sakkunnigbedömning av vittnesbevisningen i svensk brottmålsprocess* (1980) s 172f. På *Det Tjugonionde Nordiska Juristmötet* i Stockholm 1981 debatterades temat *Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning – ett dilemma för lagstiftaren?* Ett tidstypiskt exempel från denna debatt, är åsikten att, rättssäkerhet inte bara är en fråga om förutsebarhet, "det är också en en fråga om likhet inför lagen – inte bara i formell mening utan i verkligheten," Lidbom *Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning - ett dilemma för lagstiftaren* (1981) s 274.

¹⁶¹ Aubert *Inledning till rättsociologin* (1980) s 53.

tidigare, görs gällande och måste omfattas av ett bredare rättssäkerhetsbegrepp. Det betyder däremot *inte* att det äldre begreppet måste förkastas. Detta i linje med ett polyvalent grundantagande. Nu är inte längre fråga om att skydda den 'privatautonomi sfären' från en uppenbar våldsstat; staten har istället fått nya uppgifter och skyldigheter, att distributiva välfärd. Därmed kan staten inte förhålla sig passiv och till varje pris garantera marknadskrafterna eller låta den privata äganderätten disciplinera *hela* rättssystemet. Statens aktiviteter manifesteras inte längre i en öppen repression, utan dess distributiva funktioner ökar, nämligen att fördela det kapitalistiska 'välfärdsöverskottet.' Ett utökande och införande av 'sociala rättigheter' tager fart, med åtföljande expansion av förvaltning och offentlig sektor.

Man kan ur det föregående märka, särskilt genom nämnda 'brytpunkt,' hur rättssäkerhetsbegreppet 'lossnat' från den ursprungliga rättsstatliga kontexten, men också hur det samexisterar ett traditionellt begrepp jämte ett (icke-traditionellt) nytt begrepp. För den formella rättssäkerheten innebär detta, att det traditionella rättsstatliga rättssäkerhetsbegreppet kan blockera och hindra nya materiella idéer eller skymma att en sådan materiell förändring över huvud ägt rum. Förutsebarheten har alltså erhållit ett *värde i sig* och detta rättssäkerhetens förutsebarhetskriterium har blivit ett ideologiskt värde och fundament, även i de områden som inte direkt kännetecknas av statlig repressiv lagstiftning. Risken är således att i de fall en traditionell formell rättssäkerhetsideologi tillämpas i materiella välfärdsstatliga områden, nya rättssäkerhetsproblem skymms och att nya rättssäkerhetsgarantier blockeras av ett äldre begrepp. Rättssäkerheten kommer i sådana fall att mista sin sociala funktion.

I den lagstiftning där rätten uttrycker vissa socialt materiella värden, är traditionella förutsebarhetskriterier inte längre det avgörande momentet. Det centrala temat blir istället att det föranstaltas reella kontrollmöjligheter på myndigheter och att de i förevarande fall sociala rättigheterna garanteras i det konkreta fallet med den specifika säregenhet som föreligger. Rättssäkerhetsbegreppet kan inte längre definieras som förr. Rättordningen och de konkreta rättsreglerna styrs inte längre ensamt av förutsebarhetskriteriet, utan mer av målrelaterade kriterier, där det är den enskildes intresse i olika sammanhang som spelar huvudsaklig roll.

5.3.5 Rättssäkerhetsbegreppets välfärdsstatliga innebörd

Givet denna nya – kanske kompletterande kontext – uppstår en för rättssäkerhetsbegreppet ny innebörd. Hur denna kan te sig – och hur de olika förslag som väckts härom – skall närmare tas upp i nästa avsnitt. Detta avsnitt har utförligt redogjort för de skiftande uppfattningar som en 'rättshistorisk' genomgång av rättssäkerhetsdebatten ger för handen. Det har emellertid funnits anledning att vara noggrann, på grund av att exposén visar på ett flertal omständigheter. *Dels*

att rättssäkerhetsbegreppet inte är så gammalt som ibland hävdas, utan yngre än tvåhundra år. *Dels* att begreppet står i förbindelse med en samhällelig kontext och har sin uppkomst invävd tillsamman med andra centrala rättsliga föreställningar. *Dels* har påvisats att rättssäkerhetsbegreppets innebörd skiftar – och i vissa rättsområden av sådan omfattning att det är berättigat att tala om olika brytpunkter. Att försöka revidera eller ändra begreppets innebörd är alltså ingen ny företeelse helt gripen ur luften – begreppet är alltså inte statiskt, utan det är föränderligt och värdeladdat (polyvalent). Jag har också velat visa att rättssäkerhetsbegreppet fortfarande är ett centralt begrepp och har en sådan nyckelroll i den juridiska världsbilden att de skiftande åsikterna tycks bekräfta detta. Rättssäkerhetsbegreppet är alltså inget vi kan vara utan. Hade vi, för att nu återknyta till 5.1 ovan, förstått begreppet enbart som formella egenskaper hos rättsordningen med vissa formella krav på utformningen av rättsreglerna, hade begreppets aktualitet förmodligen upphört länge sedan. Det är tydligt, enligt min mening, att det är en rättsprincip – kanske mer central och överordnad andra rättsprinciper – som har skiftande innebörd beroende på vilket rättssystem den tillämpas i, och alltså vilket rättsfält den agerar i.

5.4 Rättssäkerhet i *pluralis*

I förra avsnittet antydde de i mitten av 1980-talet framträdande rättssäkerhetsdebatterna. Initialt anges i denna del kortfattat debattläget, både i Sverige och i de övriga nordiska länderna; därefter följer ett avsnitt som beaktar de särskilda rättssäkerhetsproblemen inom socialrätten. Kapitlet vidareför till kapitel 6 problemställningen av LSS utifrån de skilda rättssäkerhetstypologierna.

Som framgått är det inte bara vanligt att ta fasta på distinktionen *formell* och *materiell rättssäkerhet* – den introducerades som nämnts, redan på 1950-talet – men det verkar också vara rättsvetenskapligt intressant att *vidareutveckla* denna uppdelning. Egendomligt är emellertid, att medan danska, norska och finska rättsteoretiker insett nödvändigheten av distinktionen och därmed kunnat bredda rättssäkerhetsmässiga problemställningar, är förhållandet i Sverige det omvända – svensk rättsvetenskap tillbakavisar i allmänhet behovet av en sådan analys. I det följande framträder divergenser mellan det svenska förhållningssättet kontra det övriga Norden.

Vad som i övriga nordiska länder alltså betecknas med termen *materiell rättssäkerhet* benämns inte så i svensk doktrin: istället väljer man att benämna (eller avfärda) den som *rättspolitisk materiell rättssäkerhet* – som då är “förbunden

med socialdemokratisk kriminalpolitik under första hälften av 1980-talet¹⁶² – eller helt enkelt för *det socialdemokratiska rättssäkerhetsbegreppet*.¹⁶³ Att det även i resten av Europa och övriga Skandinavien förekommer en seriös diskussion med utgångspunkter i liknande distinktioner, är kanske att *något* överskatta det svenska socialdemokratiska arbetarpartiets internationella anseende och möjligheter till rättsteoretisk global påverkan.

Den svenska rättsvetenskapliga hållningen kännetecknas, vill jag mena, av tron på *avvägningen* mellan olika rättsliga principer som den väg man skall beträda i det fall rättssäkerheten beaktas – dvs å ena sidan en värdenutral (*formell*) rättssäkerhet, å andra sidan *övriga* materiella värden. Det är också en tro på att formella 'värdefria' rättsregler är *tillräckliga* för att motverka godtycklig maktutövning – rättssäkerheten framstår med andra ord i svensk rättsvetenskap inte som någon *rättsprincip*. Denna tro närs till yttermera visso av en rättsvetenskaplig optimism, som jag tror rättsvetenskapen i våra nordiska grannländer saknar. Förmodligen ligger här skilda rättsdogmatiska traditioner i bakgrunden och måhända spelar rättsrealismen fortfarande en större roll i svensk doktrin, än annorstädes. Tydliga exempel på denna svenska rättssäkerhetstanke framträder hos bland andra Beyer som otvetydigt förespråkar en formell rättssäkerhet¹⁶⁴ och Zila som efter intressanta analyser trots allt menar att det egentligen inte är någon mening "att tala om ett formellt och/eller materiellt rättssäkerhetsbegrepp eller om rättssäkerhetens formella och materiella sida. Det finns inga 'materiella' och 'formella' värden."¹⁶⁵ Vidare Axberger som likställer en eventuell materiell rättssäkerhet med rättsskydd eller rättstrygghet samt Jareborg som, i likhet med Zila, anser att det saknas "anledning att skilja mellan 'formell' och 'materiell' rättssäkerhet."¹⁶⁶

Karakteristiskt för den särskilt i Danmark och Norge förekommande rättssäkerhetsdebatten, är att man där accepterat att rättssäkerhetsbegreppet är ett *värde* och ett socialt *värdefullt* begrepp och inte bara ett juridiskt sådant. Nu kan man ju föralldel påstå att våra nordiska kollegor är på helt fel spår och, som Jareborg, hävda att "diskussionens negativa sida består väsentligen i något annat, nämligen en exempellös nedvärdering av den 'traditionella' rättssäkerheten [...] genom argument som kännetecknas av *insinuant språk* och *vilsledande motsatsställningar*."¹⁶⁷ Enligt Jareborg bör man därför "i klarhetens intresse [...] avstå från allt tal om 'formell' och 'materiell' rättssäkerhet."¹⁶⁸

¹⁶² Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 83ff.

¹⁶³ Nelson *Rättssäkerhet och samhällssystem* (1989) s 259ff.

¹⁶⁴ Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) och *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91).

¹⁶⁵ Zila *Om rättssäkerhet* (1990) s 305.

¹⁶⁶ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 83.

¹⁶⁷ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 87.

¹⁶⁸ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 90. Frändberg anför, på delvis andra grunder, att begreppsparet formell/materiell allmänt sett bör undvikas när det "prediceras på värden" och mer specifikt bör det undvikas om det appliceras på sådana begrepp som demokrati, rättsstat och rättssäkerhet. Begreppsparet är enligt Frändberg särskilt suspekt eftersom det

Nu tror jag emellertid inte att saken är så enkel; (den övriga nordiska) diskussionen förmedlar inget intryck av en 'exempellös nedvärdering' av det sk traditionella begreppet, utan snarare en uppvärdering av andra varianter och dessutom kan 'klarhetens intresse' snarast fördunklas om att inte olika rättssäkerhetsvarianter uppmärksammas.

För att tillfullo kunna tillgodogöra sig den svenska – ganska säregna – debatten om rättssäkerheten, måste man gå tillbaka till 1984 och kommentera de omtalade uttalanden *Kommissionen mot ekonomisk brottslighet* fällde. Den sk Eko-kommissionen presenterade nämligen detta år slutbetänkandet SOU 1984: 15 *Ekonomisk brottslighet i Sverige* med förslag som syftade till att försöka stävja den ekonomiska brottsligheten i Sverige. De föreslagna åtgärderna blev oundvikligen rättssäkerhetsfrågor, där problemet blev hur särskilda åtgärder mot ekonomisk brottslighet kunde motiveras utifrån rättssäkerhetsaspekter. Eko-kommissionen fann "anledning att fundera över om ett långtgående skydd för en mycket liten och mycket kvalificerad grupp av grova brottslingar skulle utgöra ett mer allmänt intresse. Kommissionen anser inte det."¹⁶⁹

Hur motiverade kommissionen denna slutsats och vad avsågs med termen rättssäkerhet? Det finns anledning att återge det centrala uttalandet,¹⁷⁰ eftersom detta kom – och fortsätter – att präglade den svenska rättssäkerhetsdebatten:

använts av 'den nymarxistiska vägen för några decennier sedan,' *Om rättssäkerhet* (2000-01) s 270. Rent allmänt tror jag inte det är trovärdigt att hävda att begreppsparet i sig har något med marxism eller nymarxism att skaffa; dessutom är det ju helt enkelt felaktigt att, och så måste jag tolka Frändberg, hänföra Heckscher anno 1952 eller Peczenik till den nymarxistiska vägen, med mindre inte själva begreppsanvändningen skulle göra dem till marxister.

¹⁶⁹ SOU 1984:15 *Ekonomisk brottslighet i Sverige* s 143.

¹⁷⁰ Signerat Leif G W Persson.

Inledningsvis skall vi istället diskutera vad man egentligen avser med 'rättssäkerhet.' Användningen av begreppet – och det gäller både i den allmänna debatten och i dagligt tal – är nämligen långt ifrån entydig och man talar om delvis olika saker; ibland om det traditionella rättssäkerhetsbegreppet, ibland om skyddet för den personliga integriteten, vid ytterligare andra tillfällen om det som vi närmast skulle kunna kalla för rättsskydd. Man gör heller ingen åtskillnad mellan det straffrättsliga och det skatterättsliga rättssäkerhetsbegreppet.

Det traditionella rättssäkerhetsbegreppet innehåller två centrala moment, nämligen kraven på *förutsägbarhet* och likhet i den straffrättsliga lagstiftningen och rättstillämpningen. Vad förutsägbarheten beträffar innebär denna dels ett förbud mot retroaktivt verkande strafflagstiftning, dels ett krav på att lagen skall vara så klart avgränsad och tydligt skriven att man enkelt kan avgöra var gränsen går mellan lagligt och olagligt. Man skall – i en formell mening – kunna *förutse* de straffrättsliga konsekvenserna av ett visst handlingssätt. Här bortser vi också från det komplicerande faktum som består i att det genomsnittliga brottet aldrig klaras upp och att lagöverträdaren därför heller inte kommer att bli föremål för några åtgärder. Av lätt insedda skäl handlar rättssäkerhetsbegreppet om de fall där en person anklagas för ett brott.

Med kravet på *likhet* förstås att det är egenskaper hos gärningen (dvs brottets grovhet) som skall vara avgörande för arten och omfattningen av de åtgärder och sanktioner som sätts in mot lagöverträdaren, inte dennes person. Självfallet också att dessa straffrättsliga konsekvenser av olika brott skall finnas klart angivna i lagen.

Det traditionella rättssäkerhetsbegreppet utformas under senare hälften av 1700-talet. Det uppstår som ett radikalt och humanitärt krav i en annan tidsålder och under helt andra samhällsförhållanden än de som råder idag. Som påpekande är detta en självklarhet men det ger samtidigt en god hjälp när man försöker förstå varför det fått just det innehåll som det har. Vad det gällde var att försöka skydda den enskilde individen mot en övermäktig och ofta grym stat. Om ett samhälle som präglades av mycket stora politiska, ekonomiska och sociala orättvisor, där rätten naturligt tillkom den starkare och därför heller inte borde nedtecknas och läggas fast. Det är ingen slump att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet utslutande betonar 'lagöverträdarens' rättigheter. Att det uttrycker – för att använda moderna ord – ett typiskt *gärningsmannainriktat* synsätt.

Mot denna äldre, traditionella uppfattning kan vi ställa den *moderna* synen på rättssäkerheten. När man i dagligt tal använder uttrycket (och det tycks i regel även gälla massmedia) är nämligen innebörden en annan än den traditionella. Med 'rättssäkerhet' menar man 'att inte behöva utsättas för brott' dvs rättsskydd. Ett rättssäkert samhälle är således ett samhälle där man effektivt skyddar medborgarna mot brott. Med samma språkbruk som ovan skulle vi kunna säga att folk i gemen i dagens samhälle tycks ha en *offerinriktad* grundsyn på rättssäkerheten. Vilket följande mot bakgrund av våra aktuella samhällsförhållanden ter sig lika logiskt och rationellt som när det gäller uppkomsten av den äldre definitionen. Det finns gott fog för bägge begreppen. Man måste dock ha klart för sig att deras innebörd är olika. Dessutom, och det är mycket viktigt, att det finns ett motsatsförhållande mellan dem.

Om vi återvänder till våra inledande exempel från rättssäkerhetsdebatten så ger dessa goda illustrationer till detta förhållande. De argument som hämtas från lagstiftningsområdet speglar således i regel den traditionella uppfattningen, medan de som gäller användningen av våra resurser för brottsbekämpning ofta är ett klart uttryck för den moderna synen.

Nu till motsatsförhållandet. Den grundläggande orsaken till detta är att båda begreppen – vart och ett på sitt sätt – har ett högt mått av legitimitet. Utifrån det äldre skall vi på alla sätt verka för att tillgodose 'lagöverträdarens' intressen och att ett vägande skäl för detta är att han faktiskt kan vara oskyldig gör det inte mindre relevant. På samma vis skall vi enligt den moderna inställningen med all kraft bekämpa brottsligheten (och inte minst ingripa mot de konkreta lagöverträdarna). Eftersom våra kriminalpolitiska åtgärder i så hög grad riktar sig just mot personer (faktiska och presumtiva brottslingar) *samtidigt* som våra kunskaper om vem som gjort vad är minst sagt ofullständiga, är det inte svårt att inse varför den äldre rättssäkerhetssynen kan komma att utgöra ett hinder när man försöker förverkliga den moderna uppfattningen. Och självfallet också omvänt; det moderna synsättet innebär ett hot mot de traditionella värdena. Vårt dilemma är också enkelt nog att förstå. Att en skyldig får

gå fri och på det viset kan vålla ytterligare skada kan vara lika olyckligt som att en oskyldig blir dömd.¹⁷¹

Kommissionen menade avslutningsvis att den ekonomiska brottsligheten, till skillnad från annan brottslighet (exempelvis narkotikabrottsligheten) som orsakar skador för enskilda personer, "består av angrepp mot kollektiva intressen, mot den ekonomiska marknaden, företagen, staten och samhället."¹⁷² Eko-kommissionen hävdade att de tre förslagen för att bemöta den ekonomiska brottsligheten – den sk bevisningslagen, den sk generalklausulen mot skatteflykt samt den sk bulvanlagen – alls icke behöver innebära några rättssäkerhetsproblem, nämligen om man ser dem som garanterandes det moderna rättssäkerhetsbegreppet, däremot kan det vara problem om man betraktar saken *enbart* utifrån den traditionella rättssäkerhetssynen.

Eko-kommissionens antaganden om ett 'traditionellt' *kontra* ett 'modernt' rättssäkerhetsbegrepp gav upphov till en högst animerad debatt i svensk massmedia och rättsvetenskap. Den socialdemokratiska regeringen – densamma som tillsatt kommissionen – fann sig föranledda att bemöta kritiken genom att förtydliga (läs: tillrättavisa) Eko-kommissionens uttalanden; detta skedde i den sk riktlinjepropositionen, varvid följande anfördes:

En hög materiell rättssäkerhet förutsätter alltså bl.a. att brottsnivån är låg och att brott som begås rent faktiskt också blir föremål för sanktioner. I stället för materiell rättssäkerhet talar man ofta om intresset av rättsskydd och rättstrygghet eller effektivitet.¹⁷³

Vidare menade man att:

*Hävdvunna rättssäkerhetsanspråk gör sig gällande med samma styrka och har samma krav på att bli tillgodosedda i samband med ekonomisk brottslighet som i samband med annan brottslighet.*¹⁷⁴

I yttrandet över riktlinjepropositionen anförde Justitiekottet, att:

Beträffande begreppet rättssäkerhet vill utskottet för sin del säga att detta i och för sig inte har någon alldeles klar och entydig innebörd. Utskottet anser dock att det ligger ett värde i att begreppet inte ges ett alltför skiftande innehåll. För att undvika onödig oklarhet är det enligt utskottets mening att föredra att för rättssäkerhetsbegreppets materiella sidor använda uttryck som rättsskydd, rättstrygghet och effektivitet. Rättssäkerhetsbegreppet kan därmed användas i den bemärkelse som begreppet traditionellt har.¹⁷⁵

Justitiekottets dåvarande kanslichef Björn Edqvist fann sig ytterligare föranlåten att förtydliga yttrandet som alltså innebar "ett avståndstagande från

¹⁷¹ SOU 1984:15 *Ekonomisk brottslighet i Sverige* s 129ff.

¹⁷² SOU 1984:15 *Ekonomisk brottslighet i Sverige* s 136.

¹⁷³ Prop 1984/85:32 *Om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet* s 37.

¹⁷⁴ Prop 1984/85:32 *Om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet* s 37.

¹⁷⁵ JuU 1984/85: 28 s 25.

resonemangen kring materiell rättssäkerhet.¹⁷⁶ Även den efterföljande riksdagsdebatten medförde, enligt Edqvist, att “den oklarhet som hade skapats bl.a. av den s.k. eko-kommissionen [sålunda] hade undanröjts.”¹⁷⁷

Ett annat sätt att uttrycka det på är att hävda att “efter kommissionens insatser torde språkbruket i alla händelser ha klarnat, åtminstone i juridiska sammanhang.”¹⁷⁸

Intrycket är onekligen, att svensk rättsvetenskap tydligen har hörsammat och rättat in sig i ledet efter det att Statsmakten – genom Eko-kommissionens debacle – sagt sitt beträffande den ’korrekta’ definitionen av rättssäkerhet. Därmed är alltså rättssäkerhetsdebatten för Sveriges del avslutad och med Nils Jareborgs ord är “det rättspolitiska materiella rättssäkerhetsbegreppet [...] således nu historia.”¹⁷⁹ I Sverige, bör det tilläggas.

Per Henrik Lindblom kommenterar, något syrligt, om ”verkligen socialdemokraterna [var] först och ensamma om detta vidriga missbruk av det heliga rättssäkerhetsbegreppet och har någon någonsin vågat återvända till något så skamligt [...]?” Vidare opponerar han mot Jareborgs karakteristisk och frågar:

Är då det rättspolitiska materiella rättssäkerhetsbegreppet förpassat till historien för alltid? Var det bara en pinsam 1980-talsparentes i den sk utvecklingen? Jag tror att båda frågorna bör med ett klart nej besvaras. För *det första* är det sannolikt helt fel att se den ’vidlyftighet’ Lidbom och hans efterföljare gjorde sig skyldiga till under 1980-talet enbart som en tillfällig förlöpning; det var knappast fråga om något man hittade på själv i ett lufttomt rum i Rosenbad [...]. För *det andra* framstår den s.k. traditionella betydelsen av rättssäkerhetsbegreppet (företsebarhet) som ’traditionell’ endast i ett mycket begränsat tidsperspektiv.¹⁸⁰

Claes Beyer – ordförande i den grupp inom Advokatsamfundet som utarbetade det tidigare refererade *Rättssäkerhetsprogrammet* – ger sin syn på bakgrunden till resonemangen i nämnda program. Beyer menar att olika krav måste vara uppfyllda för att det skall råda rättssäkerhet, nämligen legalitetsprincipen, objektivitetsprincipen, rätten till domstolsprövning, avgörande inom rimlig tid och offentlighetsprincipen.¹⁸¹ Med min terminologi utgör dessa – med undantag av legalitetsprincipen – snarare rättssäkerhets*garantier*. Beyer menar huvudsakligen att rättssäkerheten är ett formkrav, dvs “rättssystemet och dess sätt att verka skall vara sådant, att medborgaren med någorlunda säkerhet kan förutse vad som kommer att inträffa om han agerar på ett visst sätt.”¹⁸² Men samtidigt riktar Beyer uppmärksamheten på, att de övriga principerna inte kan förklaras enbart

¹⁷⁶ Edqvist *Riksdagen om rättssäkerheten* (1986) s 375.

¹⁷⁷ Edqvist *Riksdagen om rättssäkerheten* (1986) s 375.

¹⁷⁸ Axberger *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar* (1989) s 170.

¹⁷⁹ Jareborgs *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 87.

¹⁸⁰ Lindblom *Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur* (1999) s 646 resp 649.

¹⁸¹ Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 13.

¹⁸² Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 22.

med hänvisning till kravet på förutsebarhet: rätten till domstolsprövning är oberoende av förutsebarhetskriteriet; förbudet mot analogisk tillämpning av strafflag gäller ju enbart inom straffrätten och är tvärtom i princip tillåten inom andra områden; i brottmål skall visserligen åklagaren styrka sin talan, men förutsebarheten är inte beroende av var bevisbördan eller bevispunkten läggs; skyldigheten för förvaltningsmyndighet att motivera sina beslut, anses inte nödvändigt vid gynnande beslut eller bifall till ansökan; retroaktiv straff- och skattelag är förbjuden men inte annan retroaktiv lagstiftning. Beyer tvingas inse att "det förefaller sålunda klart att väsentliga element i det som uppfattas som centrala delar av rättssäkerheten inte kan förklaras med hänsyn till förutsebarheten."¹⁸³ Kravet på vad som synes vara form, är enligt Beyer i själva verket innehållsmässigt bestämt – dvs bakom den formella rättssäkerhetssynen döljer sig vissa materiella intressen och idéer, men Beyer (och Advokatsamfundet) går inte längre än till att konstatera att "det förefaller nämligen som det funnes ett samband mellan de livsvärden som skyddas av de mänskliga rättigheterna och många av de krav rättssäkerheten ställer."¹⁸⁴ Slutdefinitionen hos Beyer är "den enskildes behov av skydd mot statsmaktens anspråk och krav, varvid de livsvärden som betraktas som mänskliga rättigheter utgör kärnpunkten."¹⁸⁵

I en därpå följande artikel besvarar Beyer sin frågeställning redan i titeln, nämligen *Rättssäkerhet – en formsak*. Han menar att "det är inte bara den trygghet som skapas genom att medborgarna kan förutse den rättsliga reaktionen på sina gärningar som garanteras av rättssäkerheten. Denna ger också ett annat slag av trygghet, som innebär att man lägger en säkerhetsmarginal mellan den enskilda medborgaren och organisationen å ena sidan och samhällets krav och sanktioner å den andra. Den del av rättssäkerhetskraven som är hänförliga till säkerhetsmarginalen avser vissa bestämda livsvärden. Formkraven har en relation till dessa livsvärden."¹⁸⁶ Dessa har i sin tur anknytning till de mänskliga rättigheterna varvid "också förutsebarheten själv är naturligtvis ett livsvärde. I själva verket torde förutsebarhet vara en väsentlig livskvalitet."¹⁸⁷ Fördelarna med att "skydda vissa livsvärden med formella krav är att formella krav kan göras entydiga. De behöver oftast inte förses med undantag och när så är nödvändigt kan även dessa göras ganska klara. Det kan faktiskt också ligga en särskild poäng i att formella krav inte bär med sig någon etisk eller moralisk överbyggnad."¹⁸⁸ Rättssäkerheten "är alltså en formsak men en formsak av utomordentlig betydelse och inte nog med det. Den är av utomordentlig betydelse därför att den är en formsak."¹⁸⁹

¹⁸³ Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 23.

¹⁸⁴ Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 24.

¹⁸⁵ Beyer *Vad är rättssäkerhet?* (1990) s 36.

¹⁸⁶ Beyer *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 394f.

¹⁸⁷ Beyer *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 395.

¹⁸⁸ Beyer *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 397.

¹⁸⁹ Beyer *Rättssäkerhet - en formsak* (1990-91) s 398.

Ett typiskt sätt att i svensk rättsvetenskap komma runt 'problemet' med olika rättssäkerhetsbegrepp ger Gustaf Petrén uttryck åt och skiljer på en materiell sida av rättssystemet – nämligen *rättvisa* – och en formell sida – nämligen *rättssäkerhet* i betydelsen förutsebarhet. Detta betyder att "rättsreglerna skall vara så klara och lättolkade att den enskilde i stort kan förutse konsekvenserna av sitt handlande. Han skall av den gällande rätten kunna utläsa att, om han gör på ett visst sätt, bestämda rättsverkningar inträder av hans handlande."¹⁹⁰

En slutsats måste bli att den svenska rättsvetenskapliga synen är starkt präglad av en *traditionell formell rättssäkerhet*. Den traditionella rättssäkerheten domineras alltså sammantaget av formella aspekter – detta är en teoretisk restprodukt från rättspositivismens glansdagar på 1800-talet. Det rättsliga beslutsfattandet sker i ljuset av den formella funktionen och blir legitim om tillämpningen sker med hänvisning till den princip som kallas rättssäkerhet. Uppfyllandet av den formella innebörden innebär att den sociala eller värdemässiga kontexten garanteras. Rättssäkerheten blir en styrande princip i det rättsliga beslutsfattandet och den rättsliga argumentationen blir med nödvändighet formellt betingad. I anslutning till den starka liberala rättsstatsideologins genomslag eller återkomst under 1980-talet, är det också tydligt att det formella rättssäkerhetsbegreppet görs gällande i allt högre grad i rättsvetenskaplig debatt eller med andra ord, en återgång från materiellt till formellt rättssäkerhetstänkande (se vidare 6.1).¹⁹¹

¹⁹⁰ Petrén *Rättvisa och rättssäkerhet* (19984) s 54.

¹⁹¹ Tydliga exempel utgör härvid några ekonomers nyliberala åsikter om rättssäkerheten. Ekonomen Göran Skogh vill visa hur kontraktsfrihet, rättssäkerhet och marknad hör ihop. Rättssäkerheten gäller inledningsvis "inte enbart individens rätt till 'likhet inför lagen' utan utgör också en fundamental del i det demokratiska systemets kontroll av överheten," *Rättssäkerhet i marknadsekonomin* (1985) s 71. Detta innebär givetvis att är "statsmakten svag kan den knappast upprätthålla kravet på rättssäkerhet," s 72. Vidare menar Skogh att en "primär funktion för den borgerligt liberala staten [är] att fastställa och upprätthålla rättigheter och skyldigheter medborgare emellan," s 73. Därmed är "rättssäkerhet, i meningen en konsekvent kontroll av den enskildes rättigheter och ett skydd av äganderätten så att den inte utsätts för intrång av olika slag, [...] av stor betydelse inte minst för det ekonomiska livet. För det första är säkerhet och förutsebarhet väsentligt för alla som investerar i arbete, utbildning eller kapital," s 74. Rättssäkerhetens sociala och särskilt dess ekonomiska kontext framträder överraskande tydligt hos Skogh, när han påstår att "säkerhet, förutsebarhet om äganderättens innehåll och rätt till ersättning för gjorda uppoffringar är alltså av vital betydelse för marknadsekonomin funktionssätt," s 75. Det var alltså dessa värden som i början av 1800-talet gav upphov till den traditionella innebörden av rättssäkerheten. Tankegången hos Skogh är alltså den följande: "konkurrensen har väl så viktiga rättssäkerhetsaspekter" samt "politisk demokrati är nära förbundet med marknadsekonomi" och slutligen "demokratin förutsätter en statsmakt stark nog för att upprätthålla rättssäkerhet," s 87. Rättssäkerhet innebär, för Nils-Eric Sandberg, "i detta sammanhang rätten att inte utsättas för åtgärder som utan mitt initiativ eller mitt godkännande begränsar min rörelsefrihet i juridisk eller ekonomisk mening, eller vållar mig ekonomisk skada, och som vidtagits av organisation vari jag inte på eget initiativ inträtt som medlem," *Intresseorganisationerna och rättssäkerheten* (1985) s 93. Denna tänkvärda bestämning som alltså uttrycker rättssäkerhetens *sociala värde*, skulle kunna vara en rimlig utgångspunkt för analyser av tilltagande samhällslig korporativism. Analysen kommer dock att halta betänkligt och mista något i nykter balans eftersom intresseorganisa-

5.4.1 Ännu en brytpunkt: från materiell rättssäkerhet till...?

Det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm år 1951 gav uttryck för en ny syn på rättssäkerheten. Om den brytpunkten markerar Sveriges – eller för den delen Nordens – inträde i den välfärdsstatliga epoken, kan 1980-talet markera det decennium vilket framstår som ytterligare en brytpunkt vad avser synen på rättssäkerheten. I Oslo 1984 äger nämligen *Det 30. Nordiske Juristmøtet* rum med ämnesvalet *Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern*. I Jan Fridthjof Bernts inledningsanförande, med samma titel, ställs frågan om rättssäkerhetsidealen kan vara eller komma i konflikt med den sk omsorgsideologin inom socialrätten. I synnerhet pekar Bernt på att bristande överprövningsmöjligheter bäddar för att kommunala besparingshänsyn och den kommunala självstyrelseideologin sker på bekostnad av rimlig socialomsorg. I det norska fallet – med liknande tendenser i Sverige – där vissa överklagningsmöjligheter begränsats innebär det “at bak en begrensning av en enkelt formell rettsikkerhetsgaranti, synes det å ligge en klar og bevisst nedprioritering av tilbudet til en av våre aller svakeste klientgrupper.”¹⁹² Bernts konklusion är, att rättssäkerheten oundgängligen har kommit att bli en diskussion om resursfördelning och “ikke bare pasienter og klienter imellom, men også mellom samfunnets ulike sektorer.”¹⁹³ Frågan är alltså hur rimliga rättssäkerhetsgarantier skall relateras till knappa resurser. Ørnulf Rasmussen menar att vid en diskussion avseende resurser kan man med rättssäkerhet närmast avse *fördelingsrettferdighet* (fordelingsrettferdighet). Denna kan då vidare uppdelas i en materiell och formell sida, där den förra avser *prioriteringsrimelighet*, krav på *likhet*, *minstenivå* och *rimelig tid*. Den senare, formella eller *prosessuelle side* avser både *handläggningsregler* och *överprövningsmöjligheter*. Rasmussen framhäver särskilt fyra områden i hälsovården som alla är relaterade till rättssäkerheten; medicinsk utveckling, omsorgsbehovets utveckling, finansiella förändringar samt administrativa förändringar. Detta medför att en rättfärdighetsvärdering måste ta hänsyn till olika intressen.¹⁹⁴

tioner enbart avser LO, TCO och SACO — dvs SAF eller andra arbetsgivarorganisationer inräknas inte alls här. Som utslag av fackföreningarnas (alltså, intresseorganisationernas) inflytande — till skada för rättssäkerheten — är bland annat MBL, LAS, införandet av partsdomstolar (icke specialdomstolar nota bene!) såsom arbetsdomstolen, hyresnämnder och bostadsdomstolen. Slutsatsen är att “organisationernas inflytande på en rad områden dels begränsar enskildas frihet, dels försätter dem i osäkerhet om framtida regler och villkor,” s 113. Sandbergs remedium och “den enda utväg som garanterar den parlamentariska demokratin och skyddar individernas rättssäkerhet tycks vara en begränsning av organisationernas inflytande,” s 114.

¹⁹² Bernt *Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern* (1984) s 174.

¹⁹³ Bernt *Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern* (1984) s 186.

¹⁹⁴ Rasmussen *Rettsikkerhet ved fordeling av behandlings- og omsorgstilbud* (1984) s 310f. I den efterföljande diskussionen berörde några talare — bland andra Hove *Rettsikkerhet for hvem i barnevernet* (1984) s 304ff samt Pedersen *Diskussionsinlegg* (1984) s 330f — barnets rätt vid *omhändertagande*. Voss markerade särskilt den synnerligen besvärliga frågan om *vem* eller *vilka* som kan anses vara part i mål av denna karaktär, *Diskussionsinlegg* (1984) s 333ff.

Ett problemområde kan i detta sammanhang också exemplifieras med Anna Hollanders studie rörande omhändertagande av barn. Rättssäkerheten förutsätter att parterna själva, eller deras juridiska ombud, känner till rättssystemets innehåll och procedurerna. Men de som är aktuella i barnavårdsmål har sällan kunskap om systemet eller hur de "strategiskt skall handla i förhållande till rättssystemet."¹⁹⁵ Istället framstår det som viktigt att föranstalta en efterföljande kontroll av huruvida myndigheten vidtagit den rimligaste åtgärden med hänsyn tagen till de olika målsättningarna; å ena sidan ett högt socialt syfte (barnets *bästa*), å andra sidan ett individuellt syfte (*barnets bästa*). Detta innebär att medan själva beslutet är en formsak, är det den faktiska beslutsprocessen som måste analyseras och jämföras med andra alternativa lösningar.¹⁹⁶ De *formella* rättssäkerhetsgarantier som omgärdar lagen utgör i sig inte några garantier för att lagens *materiella* målsättning tillgodoses. Vad som således krävs, är en helhetssyn på barnets situation och dess särskilda behov av vård, där rättssäkerheten snarast får den innebörden att bidra till en allsidig belysning och ett tryggande av barnets bästa i själva handläggningen.¹⁹⁷

Anna Christensen utgår i artikeln *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* från ett snävare rättssäkerhetsbegrepp "som avser medborgarens skydd mot *den statliga maktutövningen*."¹⁹⁸ Detta i syfte att riktigt kunna bedöma kontrollmöjligheterna av den statliga maktapparaten, som, enligt hennes uppfattning, är helt central i förståelsen av rättssäkerheten. Att välfärdsstaten disponerar över de ekonomiska resurserna – med omfördelning och fördelning av social rättvisa – innefattar också en maktposition. Christensen bedömning är, att det "ekonomiska tvånget i sjukförsäkringen är så massivt, att de flesta som blir utsatta för det helt enkelt inte har något annat val än att underkasta sig" och detta gör det "berättigat att vid behandlingen av rättssäkerhetsfrågorna göra jämförelser med straffrätten och regler om tvångsomhändertagande av sinnesjuka och alkoholister."¹⁹⁹ Sanktionsreglernas generalklausulskaraktär förskjuter operationaliseringen av värden och intressen som skall tillgodoses av regeln, till berörda myndigheter. Det 'fria' utrymme som därvid uppstår kan komma att användas för att tillgodose främmande intressen, exempelvis diskriminering av vissa grupper och gynnande av andra (se 6.1.1). Men å andra sidan kan tillämpningen av en "generalklausul ge ett bättre materiellt resultat än tillämpning av på förhand operationaliserade reg-

¹⁹⁵ Hollander *Omhändertagande av barn* (1985) s 28.

¹⁹⁶ Hollander *Omhändertagande av barn* (1985) s 37.

¹⁹⁷ I övrigt vad avser omhändertagande av barn hänvisas till två tidigare arbeten som uppmärksammat vissa rättssäkerhetsgarantier, det är Benneche *Rettsikkerheten i barnevernet* (1967) och Bratholm *Barns rettigheter og rettsikkerhet* (1976). Bratholms främsta rättssäkerhetsgaranti var förslaget om inrättandet av en barnombudsman, *Barns rettigheter og rettsikkerhet* (1976) s 145. Benneche å sin sida utreder dels i vad mån regelverket innehåller tillfredsställande rättssäkerhetsgarantier och dels hur dessa fungerar i praktiken; hennes svar är i båda fallen negativa, *Rettsikkerhet i barnevernet* (1967) s 275-280.

¹⁹⁸ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 28.

¹⁹⁹ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 31.

ler.”²⁰⁰ Hotet, menar Christensen, mot “rättssäkerheten ligger i att en maktutövning som bygger på generalklausuler *inte kan kontrolleras*.”²⁰¹ Att de traditionella rättssäkerhetsgarantierna är svagt utvecklade inom socialförsäkringsrätten innebär emellertid inte, enligt Christensen, att “man genast och i full skala skall införa straffrättens alla rättssäkerhetsgarantier.”²⁰² Vad avser socialförsäkringssystemet måste de grupper som berörs ha möjlighet att i efterhand kontrollera den tillämpande myndigheten. Denna kontrollmöjlighet är central för rättssäkerheten, eftersom socialförsäkringen är ett resursfördelande instrument, baserat på idéer om social rättvisa. Från aspekten resursanvändning finns inte plats för en traditionellt fattad rättssäkerhet. I denna *positiva* resursanvändning – utbildning, sjukvård, arbetslöshetsförsäkring, pensioner etc – kan omfattande rättssäkerhetsgarantier störa verksamhetens hjälpande och stödjande delar. Christensens konklusion är att “det gäller att utforma regelsystemet så att man uppnår en rimlig avvägning mellan de krav på rättssäkerhet som följer av systemets repressiva innehåll och de delvis motsatta krav på systemet som följer av de hjälpande och stödjande insatserna.”²⁰³

5.4.2 Den moderna nordiska diskussionen om rättssäkerhet

Samlingsbegreppet ‘modern’ rättssäkerhet inrymmer här skilda varianter vars gemensamma nämnare är att de, trots skillnader, ifrågasätter det traditionella begreppets formella innebörd. Denna rättssäkerhetsförståelse kännetecknas av att andra hänsyn än de formella kriterierna betonas och att olika värden får en framskjuten betydelse samt att etiska aspekter måste iakttas liksom i vissa fall även sociala överväganden. Under detta avsnitt återfinns den moderna nordiska rättssäkerhetsdebatten. Jag vill särskilt betona att jag i karakteristiken av detta avsnitt – alltså *modern* rättssäkerhet – alls inte avser detsamma som Ekokommissionen. Det finns anledning, därför, att något kommentera den av Ekokommissionen företrädde ‘moderna’ synen på rättssäkerheten. Vad som skulle göra deras syn ‘modern’ är tydligtvis, att man önskade komma till rätta med en liten grupp kvalificerade brottslingar och skydda ett samhällsekonomiskt intresse. *Allt det övriga* som kännetecknar det ovan skisserade traditionella rättssäkerhetsbegreppets kontext och innebörd gäller dock. Det finns samma typ av repressiva motsatsförhållande mellan stat och individ, samma rationaliteter etc. Ekokommissionens begrepp är i själva verket alls inte modernt utan i högsta grad traditionellt; men försök gjordes att applicera insatser och åtgärder där just ett traditionellt begrepp *bör* vara gällande. Vilhelm Aubert pekar på det faktum att emedan den borgerliga rättsstaten var fattig på positiva incitament och resurser,

²⁰⁰ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 32.

²⁰¹ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 32.

²⁰² Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 36.

²⁰³ Christensen *Rättssäkerheten i socialförsäkringen* (1982) s 37.

konsoliderades statsmakten genom negativa sanktioner, varvid våldsmonopolet blev knutet till staten. Detta ligger, enligt Aubert, bakom den negativa bestämning rättssäkerheten har, dvs rättssäkerhet förutsätter att “utövelsen av statsmakt skjer med hjemmel i regler, ikke vilkårlig, at borgerne derfor kan forutse sin fremtidige rettsstilling, og at dette system blir overvåket av uavhengige domstoler.”²⁰⁴ Med andra ord “den garanterte sikkerheten knytter seg til det negative.”²⁰⁵ Detta straffrättsligt präglade rättssäkerhetsbegrepp passar inte vad avser välfärdsstatens enorma resursökning med en resurslagstiftning som betonar positiva sanktioner, det följer, enligt Aubert, “rent logisk av belønningenes, de positive sanksjonenes, begrepskjennetegn at de ikke tillater etableringen av den form for negativ forutsigbarhet som knytter seg til straffebestemmelsene.”²⁰⁶ De resursfördelande medlen är de viktigaste, inte negativa sanktioner. Idag, hävdar Aubert, måste rättssäkerhetsbegreppet även “etablere nye rettigheter i tråd med FN’s menneskerettighetserklæringer som også omfatter økonomiske, sosiale og kulturelle behov.”²⁰⁷ Aubert menar avslutningsvis att det “gjør det vanskelig å løse problemet med trygghet og forutsigbarhet ut fra analogier med rettsikkerheten i straffesystemet. Anvendt som ideal i forhold til resurslovgivningen, kan den tradisjonelle juridiske oppfatning av rettsikkerhet bli et eksempel på at det beste kan bli det godes verste fiende.”²⁰⁸

a. Ett numera vedertaget sätt att framhäva en modern eller snarare *materiell* rättssäkerhetssyn är att kontrastera den mot det traditionella formella begreppet. Formell rättssäkerhet förstås då i allmänhet som förutsebarhet, medan *materiell rättssäkerhet* ges betydelsen materiellt riktiga lösningar. Thomas Wilhelmsson menar att *formell rättssäkerhet* “ökar då agentens säkerhet att förutsäga hur de rättsliga myndigheterna kommer att avgöra hans ärende ökar. *Materiell rättssäkerhet*: ökar då agentens säkerhet att de rättsliga myndigheterna kommer att avgöra hans ärende på ett rättvist sätt ökar.”²⁰⁹ I en vidare mening speglas i rättssäkerhetens materiella sida den juridiska ideologins rättvisuppfattning; dvs rättens och samhällets materiella värden. Det rättsliga beslutsfattandet enligt rättssäkerhetens materiella aspekt innebär, i denna mening, att grundläggande värden och principer av etisk eller social art beaktas i beslutet. Man kan säga att den senare tidens tyngdpunktsförskjutning till fördel för en *materiell rättssäkerhet* speglar omsorgen om centrala välfärdsstatliga värden och principer. Distinktionen som sådan och sättet att ställa dem emot varandra är, enligt Bruun/Wilhelmsson, intressant eftersom den formella rättssäkerheten, alltså förutsebarheten ofta “kan hamna i konflikt med den materiella rättssäkerheten (den juridiska ideologins

²⁰⁴ Aubert *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 39.

²⁰⁵ Aubert *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 40 och *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 39ff.

²⁰⁶ Aubert *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 41.

²⁰⁷ Aubert *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 45.

²⁰⁸ Aubert *Straff, belønning og rettsikkerhet* (1982) s 45.

²⁰⁹ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rettsvetenskapen och de allmänna läroerna* (1986) s 32.

rättvisuppfattning). I en dylik situation får det sätt på vilket rättssäkerhetsbegreppet används ideologisk betydelse.”²¹⁰ Med andra ord kan alltså det traditionella rättsstatliga begreppet konkurrera med en ny betydelse. Det framstår som väsentligt att skilja på rättssäkerhetsbegreppens skilda tillämpningsområden: i de fall lagstiftningen är baserad på normrationellt beslutsfattande är förutsebarhetskriteriet och därmed den formella rättssäkerheten oundgänglig. Men i de områden som är baserade på målrationelitet är detta inte lika självklart, ty “arbetsrätten, miljörätten, socialrätten och förvaltningsrätten domineras i dag av en lagstiftningsstruktur som baserar sig på ramlagar, generella målsättningsstadganden och generalklausuler, vilka ger den rättstillämpande myndigheten omfattande prövningsrätt [...]. Den skisserade utvecklingen innebär att lagstiftningen i ringa utsträckning syftar till att skapa förutsebarhet, utan fastmer till en intresseavvägning och ett normskapande som överläts åt rättstillämpningen.”²¹¹ Detta får givetvis konsekvenser för rättsvetenskapens arbetssätt. Wilhelmsson menar sålunda att den traditionella rättsdogmatikens “primära uppgift är att öka rättsordningens precision. Detta betyder m.a.o. en stark betoning av den formella rättssäkerheten (förutsebarheten) som mål för rättsvetenskapen. Förutsebarheten ses i sig som ett centralt moraliskt värde. Den materiella rättssäkerheten är underställd den formella.”²¹² Detta innebär i sin tur att en “betoning av den formella rättssäkerheten leder till en annan rättsvetenskap än den som har sin grund i ett övervägande materiellt rättssäkerhetsideal.”²¹³ Det formella rättssäkerhetsbegreppet blir en legitimationsgrund för rättsvetenskapen och alltså ideologiskapande, i den mån det undantränger behovet av materiell rättssäkerhet. Wilhelmsson hävdar vidare, att givet att vissa rättsområden är behovsrationellt strukturerade är “en fullständig återgång till en subsumtionslogiskt orienterad formell rättssäkerhetsmodell [...] för rättsdogmatikens del därför inte möjlig och knappast heller önskvärd.”²¹⁴ Eivind Smith har argumenterat för vikten av vissa

²¹⁰ Bruun/Wilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* (1983) s 707.

²¹¹ Bruun/Wilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* (1983) s 709.

²¹² Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorerna* (1986) s 32f.

²¹³ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorerna* (1986) s 32.

²¹⁴ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorerna* (1986) s 36. Gammeltoft-Hansen reserverar för termen *rättssäkerhet* om det materiella, det innehållsmässiga, “dette at afgørelserne skal være riktige — eller så riktige som muligt, *Retssikkerhed* (1989) s 52. Rättsgarantier blir då det processuella korrelatet; “retsgarantierne omkring sagsbehandlingen og de retsgarantier, der er lagt ind i hele forvaltningsprocessen,” s 52. Han vidareutvecklar dessa, för att förtydliga vari tyngdpunkterna för JO-ämbetet mer specifikt ligger. Han skiljer mellan konkreta och abstrakta rättsgarantier samt ‘ritualer.’ En *konkret* rättsgaranti är en regel som direkt bidrar till “forøgelsen af den materielle retssikkerhed i den konkrete sag, direkte bidrager til at afgørelsen bliver mere rigtig,” s 53. En *abstrakt* rättsgaranti är en “regel eller fremgangsmåde, hvis iakttagelse generelt er egnet til at fremme den materielle retssikkerhed,” s 53. Med ‘ritualer’ forstås en regel som varken främjar eller är ägnad att främja rättssäkerheten, de är ‘spelregler.’ De flesta av förvaltningsprocessens rättsgarantier är av abstrakt slag och det är också dessa som, enligt Gammeltoft-Hansen, utgör tyngdpunkten i JO:s verksamhet i rättssäkerhetssfären.

“formelle sider av rettssikkerhetsgarantiene,”²¹⁵ där dessa särskilt avser krav på förvaltningens sakprövning och rätten till överprövning. Smith menar visserligen att det formella begreppet ofta varit knutet till statens ingrepp – “trafikkbøter etc. har alltid [...] vært omgitt av et ganske omfattende regelverk som skal sikre riktige avgjørelser og gi rimelige muligheter for overprøving”²¹⁶ – men att rättssäkerhetsproblemen är minst lika stora och viktiga när det gäller centrala välfärdsintressen. Smith påpekar att materiell rättssäkerhet ofta är förutsättningen för en rimlig formell rättssäkerhet – dvs vissa materiella grundförutsättningar måste vara tillräckliga. Det andra förhållandet är givetvis lika giltigt.

b. Det materiella rättssäkerhetsbegreppet har vidareutvecklats av bland andra Jan Pedersen som utifrån skatterättsliga principer pekar på två aspekter av denna materiella innebörd, att myndigheterna träffar det materiellt korrekta beslutet. Å ena sidan en *personlig* materiell rättssäkerhet vilket innebär att “den enkelte skatteyder ikke afkræves en højere skat end netop fremgår af loven og skatteyderens økonomiske forhold;” å andra sidan en *relativ* materiell rättssäkerhet, i förhållande till andra vilket innebär “at andre skatteydere ikke undergives en for lav skatteansættelse og derved opnår en skattefordel” – detta kan också, enligt Pedersen uttryckas i kravet om likhet inför lagen.²¹⁷

c. Lars Nordskov Nielsen menar att i dagens moderna välfärdsstater måste rättssäkerhetsbegreppet nödvändigtvis få en annan utformning än det traditionellt har haft. Själva kärnan i rättssäkerhetsproblemet är om “borgerne får de ydelser, som de efter lovgivningen har krav på.”²¹⁸ Nordskov Nielsen hävdar att rättssäkerheten innehåller fem delbegrepp. Förutom den formella aspekten som han benämner *förutsebarhetsrättssäkerhet* och som innebär “at borgeren har forholdsvis let ved at forudse de retlige konsekvenser af bestemte situationer og dispositioner”²¹⁹ (i detta sammanhang är förutsebarheten avhängig lagens tekniska utformning och all den information som kan vara relevant för den enskilde) framför han två aspekter av den *materiella rättssäkerheten*. Man kan förstå den i en *snävare* mening som “forudsætter, at alle borgere er udstyret med et vist minimumssæt af fundamentale rettigheder [...] menneskerettigheder/frihedsrettigheder, således i menneskerettighedskonventionerne og grundlovens frihedsrettighedskapitler.”²²⁰ Det är också möjligt att förstå *materiell rättssäkerhet* i *vidare* mening som “en sammenfattende betegnelse for eksistensen af nogle almindelige retsgrundsætninger, der regulerer indholdet af forvaltningsafgørelser. Begrebet kan bruges som en samlet betegnelse for legalitetsprincippet.”²²¹ Det intressanta är dock Nordskov Nielsen uppfattning om det *resultatorienterade*

²¹⁵ Smith *Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting* (1984) s 11.

²¹⁶ Smith *Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting* (1984) s 10.

²¹⁷ Pedersen *Skatteret og rettsikkerhed — en foreløbig status* (1991) s 388.

²¹⁸ Nordskov Nielsen *Rettsikkerhed* (1989) s 14.

²¹⁹ Nordskov Nielsen *Rettsikkerhed* (1989) s 15.

²²⁰ Nordskov Nielsen *Rettsikkerhed* (1989) s 15.

²²¹ Nordskov Nielsen *Rettsikkerhed* (1989) s 15.

rättssäkerhetsbegreppet och *processrättssäkerheten*. Det förra innebär att "borgerne får de rettigheder, de har krav på efter lovgivningen, og omvendt ikke pålægges andre pligter end dem, der er hjemmel til at pålægge dem."²²² Den senere eksisterar i "det omfang, der er fastlagt/følges fremgangsmåder for sagsbehandling vedrørende forvaltningsavgørelser, der er egnet til at give gode garantier for lovlige og riktige afgørelser."²²³ I ett föredrag om *Menneskerettighedsyn på handicapsspørgsmål* ändrar Nordskov Nielsen terminologi en smula; hans skiljer å ena sidan mellan det *resultatorienterede rättssäkerhetsbegreppet* (som ovan alltså) och, å den andra sidan, den *redskabsorienterede retssikkerhed*.²²⁴ Nordskov Nielsen för en liknande rättssäkerhetsanalys och där han också påpekar att 'respekten för den enskilde' "er under stadig udvikling og i dag rækker langt ud over de tekniske retssikkerhedsbegrebers traditionelle indhold. De kræver medindflydelse, en række serviceformer i forbindelse med sagsbehandling og offentlige ydelser, en ligeværdighed i kontakten borger-myndighed, en større regelfrihed m.v."²²⁵ I Norge har Jan Fridthjof Bernt fört en diskussion om tillämpligheten av processuell rättssäkerhet inom socialrättens område.²²⁶

d. Ellen Margrethe Basse har – med utgångspunkt i Nordskov Niensens distinktioner – hävdatt att medan det traditionella rättssäkerhetsbegreppet huvudsakligen syftat till att styrka den enskildes rättsställning, finns det goda skäl att utvidga kretsen av berörda. Särskild markant blir det att betona en vidare krets av berörda subjekt inom miljölagstiftningen.²²⁷ Basse menar att 'miljörättens rättssäkerhetsbegrepp' inte bara skall avse adressaten, dvs en enskilde markägaren eller 'förearen.' Det är många andra än adressaten som "har interesser, der bør beskyttes ud fra retssikkerhedshensyn – det gælder de omboende i snævrere og bredere forstand, andre fællesinteresser, og måske endda de fremtidige generationer, hvis livsbetingelser determineres af ressourceanvendelsen og forureningen. Man kan under ét tale om fællesinteressenes retsbeskyttelse."²²⁸ Alltså en allmänhetens rättssäkerhet.

e. Ketscher/Rønsholdt menar, liksom Basse ovan, att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet avsåg "den enkelte borger som adressat for retsafgørelser truffet af offentlige myndigheder."²²⁹ Denna form kallar de för "retssikkerhed i *snæver forstand*. Men retsikkerhedsbegrebet kan ikke afgrænses til alene at omfatte adressaters og parters interesser. Andre overordnede stats- og samfundsinteresser kan på andet grundlag trække i samme retning. Rettens objektive realisering er således i bredeste forstand et samfunds- og statsanliggende. Hensyn hertil kan

²²² Nordskov Nielsen *Retssikkerhed* (1989) s 14.

²²³ Nordskov Nielsen *Retssikkerhed* (1989) s 18.

²²⁴ Nordskov Nielsen *Menneskerettighedsyn på handicapsspørgsmål* (1994) s 12ff.

²²⁵ Nordskov Nielsen *Retssikkerheden under sparekniv og afbureaukratisering* (1991) s 353.

²²⁶ Bernt *Saksebehandling og klage i saker om tildeling av ytelser* (2000) s 197ff.

²²⁷ För en bredare och mer omfattande diskussion om "retssikkerhed i miljøretlige sammenhænge," se Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) särskilt kapitel 9

²²⁸ Basse *Moderniseringen af miljølovgivningen set i et retssikkerhedsperspektiv* (1991) s 357.

²²⁹ Ketscher/Rønsholdt *Offentlig ret. Retsanvendelse og retssikkerhed* (1987) s 97.

sammenfattes i begrebet retsikkerhed i *vid* forstand.²³⁰ Det traditionella rättssäkerhetsbegreppet – att faktiska positioner och rättigheter inte godtyckligt upphäves innebär krav på legalitet och förutsebarhet. Ketscher/Rønsholdt vänder överraskande på terminologin och hävdar att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet syftar till rättssäkerhet i *materiell* mening och ”i forhold hertil er retssikkerhed i *formel* forstand – som den kommer til udtryk i kravene om processretsikkerhed – et subsidiært middel. Alt afhængig af muligheden for at realisere materiel retssikkerhed kan processretsikkerhed såvel supplere som erstatte materiel retsikkerhed.”²³¹ Man kan således säga, att medan materiell rättssäkerhet är målet, är processrättssäkerhet medlet.²³²

f. Carsten Henrichsen har som en utgångspunkt för det första indelat rättssäkerheten i en *negativ* mening, som avser den enskildes skydd mot övergrepp och godtycke och en *positiv* mening avseende den enskildes förmåga att kunna förutse sin rättsställning. För det andra skiljer han mellan rättssäkerhet i *vidare* och *snävare* bemärkelse, vilket delvis sammanfaller med distinktionen i *kollektiv* rättssäkerhet och *individuell* sådan, alltså en traditionell juridisk rättssäkerhetsuppfattning. Utifrån dessa två aspekter indelar Henrichsen rättssäkerheten i en *privaträttslig* del – som baseras på ett positivt förutsebarhetskriterium – samt en *offentligrättslig* del – som avser den individuella negativa rättssäkerheten, vilket praktiskt sett innebär konstitutionella bindningar på statsmakten. Det senare är, enligt Henrichsen, den historiska rättsstatliga modellen för rättssäkerhet: individuell, negativ, snäv och offentligrättslig. Det offentligrättsliga rättssäkerhetsbegreppet har i välfärdsstaten fått en annan innebörd vilket medför att det i sin tur kan indelas i en vidare *författningsrättslig* betydelse och en snävare *förvaltningsrättslig* betydelse; den förra implicerar att hela “den *demokratiska legitimering af statsstyrets indgreb i samfundslivet* bliver et væsentligt aspekt af retssikkerhedsideaen, simpelthen fordi forudsigeligheden omkring den retlige regulering bliver større jo mere demokratisk beslutningsprocesserne i statsstyrelsen er.”²³³ Den senare, förvaltningsrättsliga rättssäkerhetsaspekten bygger på att förvaltningen är “underkastet en fuldstændig materielretlig normering gennem lovgivningen” samt att “få efterprøvet lovligheden af de administrative retsakter [...] ved uafhængige domstole.”²³⁴

²³⁰ Ketscher/Rønsholdt *Offentlig ret. Retsanvendelse og retssikkerhed* (1987) s 97.

²³¹ Ketscher/Rønsholdt *Offentlig ret. Retsanvendelse og retssikkerhed* (1987) s 97.

²³² För en vidareutveckling av rättssäkerhetsbegreppet i en snävare respektive vidare bemärkelse jämte en kritik av den av Basse lanserade ‘fællesinteressenes retssikkerhed’ samt Revsbech’s distinktion mellan rättssäkerhet och ‘systemhensyn’, se Rønsholdt *Om retssikkerhed og andre hensyn* (1993).

²³³ Henrichsen *Retssikkerhed — en begrepsanalyse* (1993) s 314.

²³⁴ Henrichsen *Retssikkerhed — en begrepsanalyse* (1993) s 315.

5.5 Rättssäkerhet och socialrätt

I välfärdsrätten allmänt sett och i socialrätten står som synes rättssäkerhetsideologin inför de största utmaningarna. Inom sociallagstiftningen är reglernas primära funktion inte koncentrerade på att lösa individkonflikter, utan att *distribuera resurser*. Den sociala omvårdnaden och servicen – såsom undervisning, sjukvård, handikappvård och socialvård – är beroende av både administrationens effektivitet och, ytterst, av *ekonomiska resurser*. Övergången från judiciellt beslutsfattandet till administrativ målrelatering ger upphov till speciella problem inom de socialrättsliga gebiten, som till övervägande del är uppbyggda med ramlagar och flexibla regelsystem, med ledning av andra källor än just rättskällor, sociala utredningar och andra expertgrupper. Oftast begränsas juristprofessionens roll till att tillse följsamheten av regelsystemets yttre ramar och procedurer; det materiella innehållet står andra professioner för. Inom socialrätten framförs ofta att rättssäkerhet innebär, att besluten skall grundas på en tillförlitlig utredning samt att den personliga integriteten måste vägas mot de intressen myndigheten skall tillgodose. Om den enskildes ställning skall garanteras är det inte uppenbart, eller ens säkert, att de traditionella rättssäkerhetsgarantierna framstår som speciellt adekvata härvidlag. Detta är särskilt tydligt inom de sociala problemområden – hjälpande och stödjande verksamhet samt rådgivning – där en standardiserad procedur inte *kan* genomdrivas. Det framstår således som givet “that new thinking is most needed.”²³⁵

Det grundläggande problemet synes således vara att de sociala rättigheterna saknar ett lämpligt rättssäkerhetsbegrepp. Det har med andra ord uppstått en inkongruens mellan skilda samhällskontexter och rättssäkerhetsbetydelser. Den rättsstatliga kontexten försvårar såväl artikuleringen av de välfärdsstatliga rättsvärdenas kontext som andra innebörder av rättssäkerheten. Risken att rättsstatliga rättssäkerhetsgarantier tillämpas ideologiskt på välfärdsstatliga problem, men där välfärdsstatliga lösningar vore det adekvata, är påtagligt. I den följande framställningen, som elaborerar rättssäkerheten i relation till välfärdsstatliga frågor och sociala rättigheter, är det främst diskussionerna i de övriga nordiska länderna som anförs, eftersom sådana problematiseringar i stort sett är frånvarande i den svenska rättsvetenskapliga diskussionen.

En inledande illustration erbjuder den individuella behovsprövningen i den danska ‘bistandslovens’ (37§2st2p). Liksom den svenska SoL skall den ge individen en rimlig levnadsnivå och i det sammanhanget ter sig generella och detaljerade regler inte helt ändamålsenliga: för det första leder generella regler till en prövning av det *genomsnittliga* behovet, med risk för både över- och underkompensation. För det andra uppstår svårigheter att koordinera hjälpinsatser som därför utestänger målinriktade insatser. Till detta kommer att regeln givits ramlagska-

²³⁵ Christensen *Efficiency and the Rule of Law in Public Administration* (1973) s 74.

raktär genom att intresserepresentanter medverkat i behovsdefinitionen och att lagen skall rymma möjligheter till socio-ekonomisk variation. Lagens eventuella förverkligande beror på styrkeförhållandet mellan *en materiel retssikkerhed* – som Bang menar innebär “retspolitiske aspekter ved udøvende myndigheders anvendelse af hjemmelsregler”²³⁶ – och en praxis kännetecknad av ekonomiska och politiska hänsyn. *Materiell rättssäkerhet* kan skiljas från frågan om att judikalisera förvaltningen och införa externa kontroller av densamma, utan det är alltså en mall för att bedöma i vilken utsträckning “ikke-lovfæstede politiske formål trænger ind i rets anvendelsen i enkelt sager og på hele sagsområder.”²³⁷ Den danska tillämpningen genomgick olika faser. Den första, vid lagens ikraftträdande, var att behovsprövningen medförde skillnader mellan olika kommuner liksom mellan olika kontor i de större kommunerna. Med ‘hänsyn til retssikkerheden’ började kommunernas socialnämnder att *standardisera* hjälpbehovet (socialhjälp). Den andra fasen då standardiseringen bredde ut sig, kännetecknades av att vissa utgifter skärptes, medan andra blev helt utan ekonomisk täckning. Då inträdde en ‘klageboom’ med följd att Den sociale Ankestyrelse fastställde myndigheternas rätt att internt reglera utgiftstäckningen. Den tredje fasen innebar att 37§2st budgetbehandlades i kommunerna, dvs socialbehovet blev en normerad regel genom de ekonomiska budgetförutsättningarna. Med andra ord blir 37§st2 en “retlig standard” som alltså kan korrigeras efter samhällsliga förändringar och inte anpassat efter det konkreta behovet. I den sista fasen där statens besparingsåtgärder även drabbar kommunerna frångicks den individuella konkreta målstocken, liksom den kommunala uppfattningen om utgiftens rimlighet, och istället infördes en “normallønstandard [...] der er grundlaget for udmåling efter §37stk2, 2pkt. Formålet med udmålingsprincippet, at revalidere, er erstattet af formålet at forsørge, uden at den lovbestemmelse, der påbyder en konkret mål/middel-afvejning er ændret.”²³⁸ Resultatet blev således att rehabiliterings- och resocialiseringsprinciperna frångicks och ersattes av en mer uttalad försörjningsprincip. Lagens syfte har således förändrats, med hänvisning till rättssäkerheten, *från* en ursprunglig målrationalitet *till* en normrationalitet med andra verkningar än lagens ursprungliga intention. Här framgår hur den välfärdsstatliga kontexten och den responsiva rätten sätts på undantag genom en formell rättssäkerhetssyn – eller snarare så, att en formell rättssäkerhet ger inget skydd, eftersom ‘normallön’ med under givna villkor är lättare att förutse än ett vagt formulerat socialt behov. Resursfrågan aktualiseras tydligt som ett rättssäkerhetsproblem. Bangs slutkommentar är “hvorn langte kan mål/middel-afvejninger trækkes ind i konkrete afgørelser uden at beskyttelsehensynet kompromitteres?”²³⁹

²³⁶ Bang *Materiel retssikkerhed. Et eksempel fra socialretten* (1984) s 33.

²³⁷ Bang *Materiel retssikkerhed. Et eksempel fra socialretten* (1984) s 33.

²³⁸ Bang *Materiel retssikkerhed. Et eksempel fra socialretten* (1984) s 39f.

²³⁹ Bang *Materiel retssikkerhed. Et eksempel fra socialretten* (1984) s 40.

5.5.1 Knappa resurser och rättssäkerhet

Särskilt i socialrätten har resursproblematiken uppmärksamats på följande vis; om lagstiftningens intentioner skall leda till 'socialt balanserade' resultat och konkret rättvis innehåll, måste ett rättssäkerhetsresonemang fokuseras på att de i lagen uttryckta sociala målen kan *garanteras* gentemot resurserna.

Ståle Eskeland har uppmärksammat hur den 'innehållsmässiga rättssäkerheten' på olika sätt ger upphov till problem när den konfronteras med begränsade resurser. En aspekt när resurserna inte står i ett rimligt förhållande till myndigheternas uppgifter – att realisera lagens intentioner – är en risk för att det över lång tid kan utvecklas en olaglig praxis som berör ett stort antal hjälpsökande. En annan fara består i att den enskildes psykiska och fysiska integritet kränks när resurser och anslagsmedel saknas; kanske kan man hävda att patientens fysiska integritet åsidosätts med en underbemannad personalstyrka, med besparingsåtgärder som resulterar i indragen hemtjänst, ty "graden av rettsikkerhet innenfor helse- og sosialseksjonen er proporsjonal med mengden av resurser."²⁴⁰ Begränsade resurser underminerar förutsebarheten i förvaltningens avgöranden eftersom det skönmässiga inslaget i beslutsfattandet ökar, menar Eskeland. Begränsade resurser kan således sätta sociallagstiftningen ur funktion; dvs "begrensede ressurser kan i slike tilfeller føre til en kaotisk snarere enn en klar – forutberegnelig – rettslig situasjon."²⁴¹ Velfärdsstatens resursfördelning rymmer och förvaltar således en avsevärd "undertrykkingspotensiale,"²⁴² som måste motverkas; men härom är meningarna minst sagt delade om vilka rättssäkerhetsstrategier som är de lämpligaste (se nedan 6.1.1).

Utifrån antagandet att det primära syftet med de socialrättsliga reglerna är att förverkliga vissa grundläggande värden i den moderna välfärdsstaten – ekonomisk och social trygghet – kan dessa även komma i strid med ett grundläggande rättsstatligt värde, nämligen rättssäkerheten. Men Eskeland menar att dessa värden går att förena.²⁴³

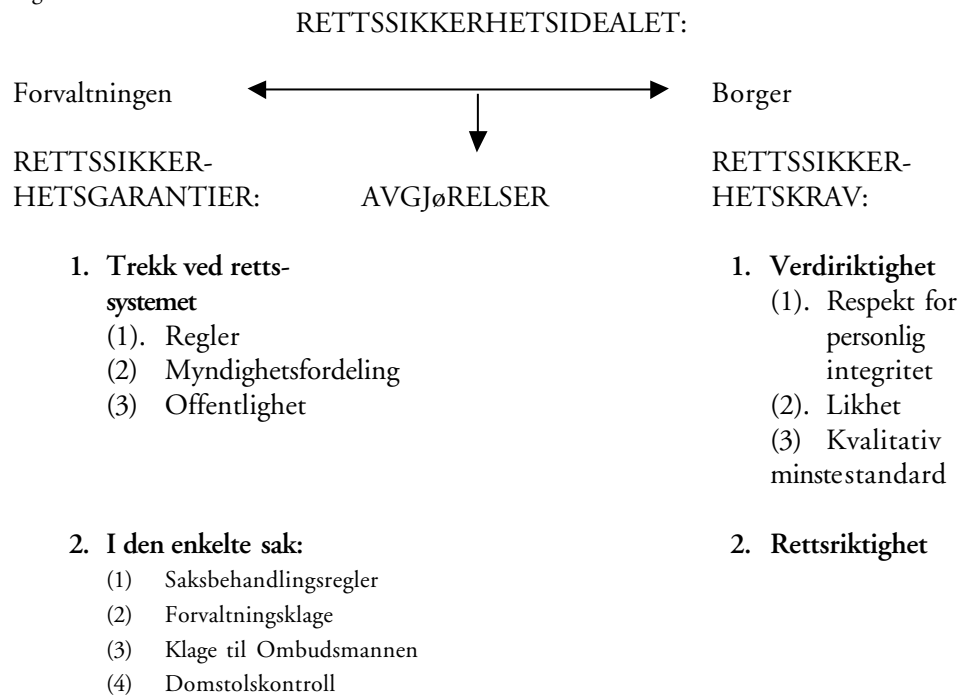
²⁴⁰ Eskeland *Ressurser, rettsikkerhet og forvaltningens ansvar* (1986) s 308.

²⁴¹ Eskeland *Ressurser, rettsikkerhet og forvaltningens ansvar* (1986) s 308.

²⁴² Eskeland *Ressurser, rettsikkerhet og forvaltningens ansvar* (1986) s 475. Jämför även Aubert *Rettsikkerhetssyndromet* (1986) s 49f.

²⁴³ Eskeland *Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 30 och *Fangerett. En studie av rettsikkerhet ved fullbyrdelse av fengselsstraff* (1988) s 50f.

Figur 5.4.



Kärnan i rättssäkerhetsbegreppet är alltså “en ideologisk karakteristikk av hvordan forholdet mellom borgerne og offentlige myndigheter *bør være*” och ett krav på att detta förhållande skall “organiseres og fungere i samsvar med visse grunnleggende prinsipper.”²⁴⁴ Detta betyder att rättssäkerhetsvärdet eller –idealet består av två delar, å ena sidan *rättssäkerhetskrav*, dvs “ulike krav til innholdet i forvaltningens avgjørelser” samt *rättssäkerhetsgarantier* dvs “rettslige virkemidler får å realisere kravene.”²⁴⁵ Rättssäkerhetskraven, alltså att förvaltningens avgöranden och beslut skall uppfylla vissa innehållsmässiga krav, består av ‘värderiktighet,’ ‘rättsriktighet’ och ‘kvalitativ minstandard.’ *Värderiktighet* innebär krav på skydd för kränkning av individens psykiska eller fysiska integritet samt ett krav på att lika fall skall behandlas lika, dvs likhetsprincipen; *rättsriktighet* är att avgörandena inte strider mot legalitetsprincipen. Värde- och rättsriktighet är, enligt Eskeland, “en integrert del av rettsstatsideologien” där kärnpunkten är att “retsordenen skal sette skranke for myndighetenes adgang til å gjøre inngrep overfor borgerne.”²⁴⁶

Poängen är nu att dessa traditionella rättssäkerhetskrav inte alltid fångar in vad Eskeland “vil kalle en *grunnleggende tilleggsdimensjon* i forholdet mellom

²⁴⁴ Eskeland *Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 25.

²⁴⁵ Eskeland *Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 29.

²⁴⁶ Eskeland *Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 26.

myndigheter og borgere i den moderne velferdsstat: Velferdsstaten har positive forpliktelser overfor borgerne – noe rettsstaten etter sitt idéinnhold ikke hade.”²⁴⁷ Velferdsstaten har derfor att garantera en viss ’minimumsstandard’ når det gæller tillgodoseendet av det grundlæggende velfærdsutbudet. Det vill säga att de förmåner staten erbjuder måste uppfylla vissa kvalitativa minikrav. Han förespråkar av dessa skäl därför en sk ’kvalitativ minstestandard’ såsom ett moment i det ’velfærdsstatliga’ eller ’moderna’ rättssäkerhetsbegreppet. *Detta krav är minst lika viktigt för att upprätthålla velfærdsstaten, som värde- och rättsriktighet var centrala upprätthållande moment i rettstaten. Det finns en viss likhet dock, nämligen att kvalitativ minstestandard indirekt också sätter grænser för statens myndighetsutövning.*

Detta velfærdsstatliga moment i rättssäkerhetsbegreppet möjliggör en lämplig bedömningsmall för att avgöra när myndigheternas iakttagande av en situation med knappa resurser inkräktar på minimikraven – och därmed är det i så fall, menar Eskeland, “ikke treffende bare å se problemet som et spørsmål om politike prioriteringer, det bør også ses som et spørsmål om rettssikkerheten i forvaltningen.”²⁴⁸ Det existerar alltså ett klart samband mellan rättssäkerhet och resurstillgång.

Alltså: rättssäkerhetskravet *kvalitativ minstestandard* gör det möjligt att upptäcka var och varför de velfærdsstatliga rättssäkerhetsproblemen uppstår samt hur de, med lämpliga rättssäkerhetsgarantier, kan åtgärdas. Eskeland belyser en rad sådana problem och framför allt är det när den sociala omsorgen bedrivs i privatiserad regi – under offentlig tillsyn dock – som likhetsprinciplen aktualiseras, dvs särskilt när den kvalitativa ministandarden sätts ur spel, eftersom vissa svaga grupper saknar ekonomiska möjligheter till likvärdig vård eller omsorg. Det kan även vara frågan om tvångsingripanden som både kan kränka den personliga integriteten och att den behandlade inte har möjlighet att dra sig ur en vårdssituation.

Dessutom uppstår olika typer av rättssäkerhetsproblem vid valet av reglerings-teknik – om sociala förmåner skall ges formen av specifika rättigheter eller blott formen av rätt till vissa velfærdsutbud, som rätten till god hälso- och sjukvård eller liknande. Eskeland menar att, “hvordvidt lovgiveren har valgt å gjøre noe til en rettighet eller til en rett til en rasjonert ytelse kan sies å være et mål for velferdsstatens utvikling. Jo flere og bedre sociale rettigheter borgerne har, jo høyere utviklingstrinn kan man si at velferdsstaten har nådd. Stort sett bli også rettssikkerhetsverdierende best ivaretatt gjennom rettighetsbestemmelser.”²⁴⁹ Rettighetsbestemmelser är bäst betjanta av preciserade regler, medan rätten till allmänna velfærdsrettigheter nödvändigtvis kräver ett större mått av skönsmässighet. Det innebär att de senare allmänna velfærdsrettigheterna är beroende av tillräckliga

²⁴⁷ Eskeland *Rettssikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 27.

²⁴⁸ Eskeland *Rettssikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 28.

²⁴⁹ Eskeland *Rettssikkerhet og andre verdier i sosialretten* (1987) s 36.

resurser, av Westerhäll benämnda som *kvasi- eller servicerättigheter* (4.3.2) vilket i praktiken innebär att individen enbart har "en rett til å stå i kø"²⁵⁰ – en 'körättighet.'

Valet av förvaltningsnivå som ett särskilt rättssäkerhetsproblem, är särskilt viktigt. Generellt kan sägas gälla, att ju lägre förvaltningsnivå, ju större variation i behovsprövning och –täckning. Särskilt markant är detta, enligt Eskeland, när primäransvaret för socialtjänsten flyttats till kommunerna. Det är inte bara variation mellan kommunerna vad avser bedömningen av den enskildes behov, utan även stora variationer mellan socialkontoren inom större kommuner. Faran är att kommunerna prioriterar sociala behov mot andra behov utan klara gränser. Å andra sidan kan ett lagstadgat ekonomiskt minibelopp leda till att kommunerna tillämpar dessa som maximumregler och inte ger anslag till behovstäckning därutöver, trots att behov finns.

Ragnhild Øvrelid har argumenterat för en "vidareføring av den tradisjonelle rettsikkerhetstankegang" vad avser frågan om individens förhållande i situationer där knappa resurser görs gällande. Att statens resursfördelande funktion för det första kan upplevas som ett 'voldsbruk,' fullt jämförbar med straffrätten och för det andra att staten kan komma att undergräva rättsliga positioner med indirekta styrmedel betyder för Øvrelid att en "tradisjonell rettsikkerhetstenkning fortsatt er viktig, fortsatt med sikte på en 'negativ sikkerhet,' men anvendt på nye relasjoner mellom stat og borger."²⁵¹ Dessa nya relationer är de välfärdsstatliga regleringarna med sociala rättigheter i botten. Øvrelid skiljer på de fall då resurslagstiftningens materiella innehåll är 'diffust' reglerat från de fall då resurslagstiftningen saknar ett materiellt innehåll, alltså enbart en procedurall reglering. I det förra fallet – om formkraven inte ens implicerar ett materiellt innehåll – har rättssäkerheten ofta kommit att inriktats på beslutfattandets procedurer jämte kontrollmöjligheter. Rättssäkerhetsgarantierna har ensidigt avsett förvaltningen – dvs den som förvaltar resurserna, men inte på medborgarnas rättskrav. Detta betyder givetvis att så länge procedurkraven är uppfyllda, så kan inte rättssäkerhetsproblemet uppstå. Dessa garantier förmedlar emellertid inga garantier för att resursprioriteringar av olika slag inte skall spela in. Det vanliga sättet är att garantera medborgarna klara odiskutabla materiella rättigheter; dvs specificerade rättskrav genom att ett 'minstestandarder' uppställs – dvs en nedre gräns som förvaltningen inte får gå under. I det andra fallet – alltså när resurslagstiftningen saknar materiellt innehåll – så kan man, med utgångspunkt i straffrättens definitioner av ingrepp, "få fastlagt et negativt materielt innhold som ressurslovgivningen må avvike fra."²⁵² I detta fall menar Øvrelid att rättssäkerheten blir "utsatt for forholdet/misforholdet mellom resurser og myndighet,

²⁵⁰ Bernt *Kan kommunalt selvstyre og rettsikkerhet forenes?* (1994) s 85.

²⁵¹ Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 37.

²⁵² Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 38.

slik at stor offentlig myndighet og knappe resurser vil aksentuere risikoen for maktmisbruk.²⁵³ Anledningen till att det överlåtes till förvaltningen att definiera innehållet i större flertalet av socialförmånerna är givetvis att innehållet skall fastläggas utifrån individ- och situationsbestämda behov och att enbart den som besitter viss specialkunskap kan fastställa den lämpliga stödåtgärdens som fattning och kvalitet. Detta medför att det på förhand inte kan fastslås ett förutsebart materiellt innehåll.

Särskilt stora rättssäkerhetsproblem uppstår, enligt Øvrelid, när förvaltningen, utöver att definiera innehållet i bidragen också delegerar resursfördelningen – myndigheterna kan med andra ord komma att definiera både det individuella och det allmänna vårdbehovet utifrån tillgängliga resurser. Øvrelid hävdar, i likhet med Eskeland, att det är både önskvärt och möjligt att fastställa vissa minimikrav – “et ‘gulv’ i velferdsstaten, en beskyttelse mot maktovergrep generelt, også på ressurslovgivningens område.”²⁵⁴ Det innebär att “både fordelingsspørsmålet og rettssikkerhetsspørsmålet kan løses gjennom utbygging av *borgernes* posisjoner,”²⁵⁵ utöver klarare regler beträffande förvaltningen samt att det definieras vad myndighetsmissbruk innebär och att gränser sätts för vad resurslagstiftningen kan innehålla. Det bör, menar Øvrelid, “være knyttet til en sammenheng mellom myndighet og fordelingsansvar, slik at det forplikter en *tildeling* av resurser til mottakerne.”²⁵⁶ Øvrelids rättspolitiska konklusioner innebär, att det enklaste sättet att lösa rättssäkerhetsproblemen är alltså att ge medborgarna rättskrav; dvs att det är *deras* rättigheter som skall lagfästas.

I den norska utredningen, NOU 1991: 20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*, uppfattas rättssäkerhetsbegreppet inte som något *a priori* definierat och fastlåst, utan ges följande vida och förutsättningslösa definition:

Rettsikkerhet er normer for et forhold mellom den offentlige forvaltning og private rettssubjekter, som åpenbarer seg gjennom lov, forskrifter, retningslinjer eller ulovfestede retsprinsipper, og som har som formål å sikre den private part fundamentale retsgoder og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser.²⁵⁷

Aslak Syse har dock ställt sig skeptisk mot denna definition på flera grunder: dels är han betänksam mot “at rettssikkerheten ‘åpenbarer seg’; dette er et vel bibelsk uttrykk som synes å peke på en naturrettlig idé om at rettssikkerheten eksisterer uavhengig av den konkrete konteksten. Etter min mening burde ordene erstattes med ‘kommer til uttrykk.’ Jeg er heller ikke enig i begrensningen til ‘fundamentale retsgoder.’ Også mindre betydningsfulle retsgoder bør i utgangspunktet

²⁵³ Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 42.

²⁵⁴ Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 43.

²⁵⁵ Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 44.

²⁵⁶ Øvrelid *Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder* (1987) s 45.

²⁵⁷ NOU 1991: 20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming* s 14.

sikres og fordeles på en rettssikker måte.”²⁵⁸ Syse avgränsar sig även mot att inräkna ‘kvalitativ minstestandard’ i begreppet, men menar att rättssäkerhetsbegreppet innefattar både formella och materiella aspekter. Syse pekar på att centralt i rättssäkerhetsbegreppet står respekten för *människovärdet* förankrat i den enskildes rätt till *självbestämmande* (autonomi) och rätten till *privatliv*.²⁵⁹ I detta sammanhang är det också centralt att notera att det moderna rättssäkerhetsbegreppet, enligt Syse, upprättar ett samband med centrala rättsliga värden och resurser. I norsk doktrin synes den sk Fusa- domen från 1990 ha haft en viktig roll i det att Høyesterett fastslog ”at dålig økonomi i et kommune eller annen mangel på kommunale ressurser, ikke kan rettferdiggjøre et tilbud om helse- og sosialtjenster som ikke holder et *kvalitativt minstenivå*. Det finnes *en nedre grense* for hva slags omsorgstilbud som lovlig kan ges, og denne grensen må trekkes individuelt ut fra den enkeltes behov.”²⁶⁰

5.5.2 Rättssäkerhet och kommunal självstyrelse

Som antytts, både i föregående avsnitt liksom i kapitel 4, är frågan om resurstilldelningen eller resursprioriteringen starkt förknippad med den kommunala självstyrelsen. Ett genomgående och centralt problem vad gäller den föregivna motsättningen mellan statlig normgivning och den kommunala självstyrelsen är, som Bernt framhåller:

Det kommunale selvstyre er tradisjonen i første rekke begrunnet i demokratiske verdier, knyttet til dikotomier som periferi-sentrum, legmann-embetsmann og folkestyreskperstyre. I denne situation er det et problem at våre rettssikkerhetsgarantier i så stor grad er knyttet til de andre ledd i disse begrepsparene; det er tale om sentral kontroll ved eksperter og embetsverk.²⁶¹

Med utgångspunkt i denna diskussion har Bo Smith relaterat rättssäkerhetsfaktorer till olika rättsliga styrformer:²⁶²

²⁵⁸ Syse *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete* (1996) s 39.

²⁵⁹ Syse *Psykisk utviklingshemmets rettsstilling* (1992) s 21.

²⁶⁰ Syse *Psykisk utviklingshemmets rettsstilling* (1992) s 23.

²⁶¹ Bernt *Kan kommunalt selvstyre og rettsikkerhet forenes?* (1994) s 67.

²⁶² Smith *Rettsikkerbedfordringen i lyset af den politisk/administrative udvikling* (1989) s 40.

Figur 5.5.

Styreform:	Regelstyring	Administrativ styring	Mål/rammestyring	Markedsstyring
Borgerens forventning:	Den lovede afgørelse/ydelse	Professionel behandling	Fleksibel problemløsning	Valgmulighed
Politisk administrativ dagsorden:	Rationalisering/utbygning	Decentralisering/samvirke	Modernisering/kratisering	Afbureau-
Retssikkerhedsfaktor:	Forudsigelighed	Procesgarantier	Resultatkontrol	Konkurrenceeffekten

Detta kan vidare inplaceras i en tidsmässig axel, där regelstyrning hänför sig till 1950-talet till mitten av 1960-talet, den administrativa styrningen från senare hälften av 1960-talet genom 1970-talet, i 1980-talet introducerades mål- och ramlagstiftning och från slutet av 1980-talet och framåt kännetecknas styrformen av en tilltagande marknadsstyrning. Vad särskilt avser de olika faktorer eller aspekter som bör uppmärksammas som rättssäkerhetsfrågor varierar de under de olika regleringsformerna. *Förutsebarheten* tillgodoses bäst med klart rättsstöd och med central regelstyrning; att det uppställs *processgarantier* är den mest adekvata rättssäkerhetsfaktorn vad beträffar tillsyn av förvaltningen, överprövning och olika former av medinflytande; en rättssäkerhet som fokuserar på *resultatkontroll* gör det möjligt att konstatera "om de flexibla problemløsninger, der tilbydes borgerne, er i harmoni med de fastlagte målsætninger. Dels for at borgeren kan nære tillid til at have fået, det man har krav på, dels fordi målopfyldelsen viser, om styringen fungerer"²⁶³ och slutligen bör rättssäkerhetsfaktorerna under den ökande marknadsstyrningen inom den offentliga sektorn fokusera på den *konkurrenseffekt* som kan uppstå.

Rättssäkerhetsmässiga problem uppstår givetvis i motsvarande grad och på skiftande sätt inom de olika områdena. Smiths poäng, som här måste understrykas, är framförallt att visa hur rättssäkerhetsproblem uppstår dels när en styrform används, som han säger, utanför sitt naturliga område, dels när de nödvändiga förutsättningarna inom det egna området inte genomförs.

De allvarligaste rättssäkerhetsproblemen uppstår, enligt Smith, vid administrativ styrning via statliga föreskrifter. Särskilt märkbart är det i lokala och regionala skillnader vad avser tillämpningen av sociallagstiftning där resultatet "ifølge kommunerne [er] en usikkerhed for borgerne, der ikke kender grundlaget for avgørelserne, og omkostninger for kommunerne, hvis faglige skøn underkendes i

²⁶³ Smith *Retssikkerhedsfordringen i lyset af den politisk/administrative udvikling* (1989) s 43.

strid med lovgivningens forudsætninger.”²⁶⁴ Den ökande processuella styrningen av kommunernas serviceutbud innebär både ingrepp i den kommunala självstyrelsen och rättssäkerheten “dels fordi vejledningsstyringen ikke fremtræder over for borgerne, dels fordi vejledningernes efterlevelse ofte forsinker sagsbehandlingen og dermed forringer betjeningen af borgerne.”²⁶⁵ För att samtidigt uppfylla dessa olika sammanhang måste rättssäkerhetsbegreppet formuleras bredare än det traditionella. Det bör inbegripa såväl *materiell* som *processuell* rättssäkerhet. Emellertid finns det nog så viktiga skäl att uppmärksamma det faktum, som var blott en tendens när Smith författade sin artikel (1989), nämligen att ’marknadsstyrningens’ konkurrensbaserade rättssäkerhetsaspekt införs i sektorer som vanligtvis varken är önskvärda eller möjliga att konkurrensutsätta.²⁶⁶

Ståle Eskeland har behandlat denna problemställning och vidgat den till en granskning av *Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre*. Ofta ställs rättssäkerhet och kommunal självstyrelse mot varandra som två oförenliga värden, menar Eskeland, vilket i “beste fall [er] en forenkling, i verste fall en gal problemstilling.”²⁶⁷ Medan rättssäkerhetsvärdena är viktiga *i sig själva*, är den kommunala självstyrelsen ett medel för att förverkliga *andra värden*, dvs genom att lokalisera beslutsfattandet till kommunerna förutsätts att besluten blir mer ändamålsenliga i relation till medborgarnas *behov* och att *resurserna* utnyttjas mer effektivt. Staten har delegerat en del av den statliga förvaltningen till områden som traditionellt sett inte varit del av denna, nämligen kommunerna. Det är statsrättsligt frågan om delegation av statligt beslutsfattande till kommunerna – vilket innebär att staten ofta inte kan ställas till ansvar i de fall kommunerna inte uppfyller de förpliktelser de blivit ålagda. Absolut centralt i denna tanke är emellertid att kommunal självstyrelse *icke* är detsamma som kommunal *suveränitet*. Problemet är nu, enligt Eskeland, att kommunerna ofta kan hänvisa till just ekonomisk resursbrist som orsak till att dessa inte har möjlighet att genomföra den delegerade lagstiftningen. Detta att alltså inte följa tvingande lagstiftning upplevs ofta som legitimt, eller som Eskeland formulerar det:

På grunn av manglende bevilgninger fra staten er kommunerne ‘nødt’ til å bryte loven. De har derfor også ‘rett’ til å fortsette med det. Det absurde, men treffende, uttrycket ‘tomme rettigheter’ er i ferd med å vinne fotfeste.²⁶⁸

Med andra ord har kommunerna under den krympande välfärdsstaten börjat tolka rättighetslagstiftningen som att den *inte* pålägger kommunerna några rättsliga plikter. Konsekvensen är givetvis, menar Eskeland, att:

²⁶⁴ Smith *Rettsikkerhedsforordningen i lyset af den politisk-administrative udvikling* (1989) s 47.

²⁶⁵ Smith *Rettsikkerhedsforordningen i lyset af den politisk-administrative udvikling* (1989) s 47.

²⁶⁶ För en kommentar till Smiths syn, se Henrichsen *Rettsikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 530ff.

²⁶⁷ Eskeland *Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre* (1992) s 69.

²⁶⁸ Eskeland *Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre* (1992) s 75.

Gradvis, men hurtig, vedtas det regler og innarbeides det en praksis som innebærer at det etter hvert blir opp til den enkelte kommunes økonomi og politikk å bestemme i hvilken *utstrekning velferdsstatens grunnleggende verdier* skal realiseres. Fremtredende representanter for staten og kommunene hevder at statlige begrensninger i den kommunale handlefrihet, f. eks. ved å gi borgerne rettigheter, strider mot prinsippet om det kommunale selvstyre. Som nevnt tidligere representerer et slikt syn en grunnleggende misforståelse: Selvstyre er ikke ensbetydende med suverenitet.²⁶⁹

Det vill säga, den kommunala självstyrelsen är icke likvärdig med att staten därmed kan "*fraskrive seg ansvaret* for at nasjonale oppgaver som er delegert til kommunene, bli løst på en tilfredsstillende måte."²⁷⁰ Genom att uppgifterna delegerats till kommunerna får staten tvärtom ett *särskilt ansvar* för att kommunerna genomför uppgifter och åtaganden på ett försvarligt sätt. Eskeland nämner en rad exempel där kommunernas kompetens eller kanske bristande resurser ger opphov till grava rättssäkerhetsproblemer: skolesektorn, omsorgssektorn, barnavården, sjukhusområdet samt hälsovården för psykiskt utviklingshæmmade.

I frågor som berør resurser og resursbrist aktualiseras de sparåtgärder som kommunerna ofta ställs inför. Lis Sejr pekar på olika rättssäkerhetsfaktorer som, enligt hennes mening måste beaktas vid sparåtgärder inom socialsektorn: för det första att genomförandet av åtgärderna är lagliga, för det andra att de inte inkräktar på väsentliga rättssäkerhetsmässiga hänsyn, för det tredje att de från en socialpolitisk synvinkel är acceptabla samt, för det fjärde att medlen är ändamålsenliga.²⁷¹ Sejr menar att överprövningssystemet är av särskild vikt för den enskildes rättssäkerhet och det på två sätt. Med *objektiv rättssäkerhet* menas "at systemet, når det bringes i funktion, faktisk også formår at sikre borgeren den ret, der tilkommer den pågældende" och med *subjektiv rättssäkerhet* avses det förhållandet att "et ankesystem ved selve sin eksistens gerne skulle være egnet til at give befolkningen tillid til systemet [...] at også førsteinstansen fungerer i overensstemmelse med almindelige retlige principper."²⁷² Det senare subjektiva rättssäkerhetsmomentet kanske kan benämnas för rättssäkerhetens *sociala* tillitsskapande *funktion*. Dessa båda rättssäkerhetsvärden gör det möjligt att ytterligare granska besparingsåtgärder och i synnerhet vad avser kommunernas ställning:

²⁶⁹ Eskeland *Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre* (1992) s 79.

²⁷⁰ Eskeland *Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre* (1992) s 79f.

²⁷¹ Sejr *Om besparelser og rettsikkerhed på det sociale område* (1991) s 371.

²⁷² Sejr *Om besparelser og rettsikkerhed på det sociale område* (1991) s 379.

Derimod knytter der sig større betænkeligheder til udviklingen i de organisatoriske ændringer, hvor tendensen ret entydigt har været en imødekommelse af kommunernes krav om udvidet kompetence, større indflydelse i ankesystemet og begrænsninger af den eksterne kontrol. En udvikling i retning af, at den politiske og økonomiske styring kommer til at spille en stadig større rolle for enkeltpersoners rettigheder, må give anledning til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.²⁷³

Asbjørn Kjønstad menar att rättighetstänkandet kan stå i kontrast till principen om kommunal självstyrelse, men å ena sidan för man skilja mellan situationer då en individuellt rättighet föreligger och där kommunen har att uppfylla lagstiftningens rättighet, å andra sidan där det är frågan om allmänna välfärdsrättigheter ('rätt till') där man får acceptera en konkurrens om de knappa resurser och en budgetmässig prioritering.²⁷⁴ Ståle Eskeland pekar på det viktiga förhållandet att (äkta, legala) rättigheter, till skillnad från allmänna välfärdsrättigheter ('rätt till') ger en grund för förutsebarhet och skapar också möjligheter för att realisera rättighetens innehåll genom överprövning.²⁷⁵

Bernt/Kjellehold menar att de motsättningar som kan uppstå mellan å ena sidan den statliga ambitionen, att genom lagstiftning definiera och säkra medborgarnas 'minimumsrettigheter' samt ge bästa möjliga rättssäkerhet för dem och å andra sidan den kommunala situationen. Denna centrala lagstiftning och det nationella målet om social trygghet genom vissa insatser, skall administreras på lokal kommunal nivå i närmiljön där de sociala problemen lättast upptäcks och åtgärdas. Å andra sidan står därför den kommunala önskan om lokal anpassning och problemlösning, till dels baseras på avvägningar mellan resursmässiga insatser som ställs mot andra behov och som också måste täckas av den kommunala budgeten. I allmänhet är den potentiella motsättningen mellan nationella ambitioner och lokala realiteter inte särskilt markerad när det gäller lagstiftning som begränsar myndigheternas ingrepp i medborgarnas vardag; dessa omständigheter är nog angivna i lag och det följer ur själva legalitetsprincipen att kommunerna, lika lite som andra statliga förvaltningsorgan, utan lagstöd inte kan begränsa medborgarnas handlingsfrihet etc. I dessa fall är rättssäkerhetsgarantierna (såsom negativ formell rättssäkerhet med förutsebarhetskriterier) i allmänhet okontroversiella. Kontroversiellt blir det däremot när det blir tal om ekonomiskt bistånd och utbyggnad av det välfärdsstatliga säkerhetsnätet: brytningen mellan nationell politik och kommunal självstyrelse kommer särskilt till uttryck i problemställningarna rörande vilka rättsliga plikter som kan ställas på kommunerna och i vilken utsträckning som staten kan styra, påverka och kontrollera den kommunala förvaltningen.²⁷⁶ Detta medför indirekt ett statligt ingrepp i den kommunala självsty-

²⁷³ Sejr *Om besparelser og retssikkerhed på det sociale område* (1991) s 385. För en kritik av det subjektiva rättssäkerhetsbegreppet som Sejr nyttjar, se Pedersen *Kan retssikkerhed overlades til juristerne?* (1992).

²⁷⁴ Kjønstad *Oversikt over lov om sosiale tjenester og grunnprinsipper i sosialretten* (2000) s 47.

²⁷⁵ Eskeland *Opplering* (1992) s 73.

²⁷⁶ Bernt/Kjellehold *Velferdsstat, rettsikkerhet og kommunalt selvstyre* (2000) s 304.

relsens prioriteringsfrihet. Principiellt står alltså en centraliserad nationell politik mot en decentraliserad kommunal förvaltning vilket medför grava rättssäkerhetsproblem i förhållande till medborgarens rätt till vissa insatser och välfärdsutbud.

Inom norsk rättsvetenskap och rättsdogmatik synes man vara ense om att såväl *processuell rättssäkerhet* i form av traditionella rättssäkerhetsgarantier, som syftar till att värna individerna mot olika former av ingrepp (vilket knyter an till det negativa frihetsbegreppet och frånvaron av yttre tvång), behövs liksom att det behövs en *materiell rättssäkerhet*, som innebär att rättsordningen och myndighetsutövningen säkrar medborgarna vissa grundläggande rättigheter.²⁷⁷ Denna distinktion synes vara en helt okontroversiell uppfattning i Norge – medan den i Sverige är helt frånvarande. I det förra fallet, processuell rättssäkerhet, uppstår i allmänhet inga oövervinnliga problem mellan medborgarens skydd och myndigheternas eventuella ingrepp under vissa omständigheter. De processuella rättssäkerhetsgarantierna efterliknar i allmänhet de som gäller för domstolsprocesser i allmänhet, dvs opartiskhet, partsdeltagande, transparens och överprövningsmöjligheter etc.

I det senare fallet hamnar uppfattningen om den materiella rättssäkerheten i brännpunkten, när det gäller förverkligandet av tvingande rättighetsreglering för kommunerna kontra individen. Denna på beslutets innehåll fokuserade rättssäkerhet har kopplat till kravet på en 'minstestandard' för de sociala tjänsterna, inneburit "at rettssikkerhet ikke bare ses som et spørsmål om formelt riktige vedtak truffet på grunnlag av en formelt korrekt saksbehandling. Rettssikkerhetsbegrepet gjøres till en overordnet vurderingsnorm som stiller krav til *resultatet* av rettsanvendelsen og forvaltningsskjønnet."²⁷⁸

Bernt/Kjellevoid menar följaktligen att "rettssikkerhet er også et krav om *sikkerhet for retten* – for at borgeren får det hun eller han har rett til, og at det ikke gripes inn i hans eller hennes *rettigheter*. Dette gjelder både som et direktiv til forvaltningen – lovfestede rettigheter skal respekteres og inngrep skal bare foretas så langt det er rettslig hjemmel for det, og til lovgiver – lov skal ikke gripe inn i borgernes grunnlovsfestede rettigheter."²⁷⁹ Detta har i norsk socialrätt medfört att kravet på materiell rättssäkerhet fungerat som ett värdemässigt argument för att stärka rättighetsskyddet och det innebär att det finns mer eller mindre starka antaganden för "at norsk rett skal forstås slik at den etablerer eller verner visse rettslige posisjoner."²⁸⁰ I praktiken betyder detta en diskussion kring hur lagstiftningen skall utformas för att trygga vissa positiva rättigheter, vilket i norsk rätt stöds av argument hämtade från diskursen om mänskliga rättigheter där krav om social trygghet är ett erkänt värde. I Norge, liksom i Dan-

²⁷⁷ Bernt/Kjellevoid *Velferdsstat, rettssikkerhet og kommunalt selvstyre* (2000) s 318.

²⁷⁸ Bernt/Kjellevoid *Velferdsstat, rettssikkerhet og kommunalt selvstyre* (2000) s 321.

²⁷⁹ Bernt/Kjellevoid *Velferdsstat, rettssikkerhet og kommunalt selvstyre* (2000) s 321.

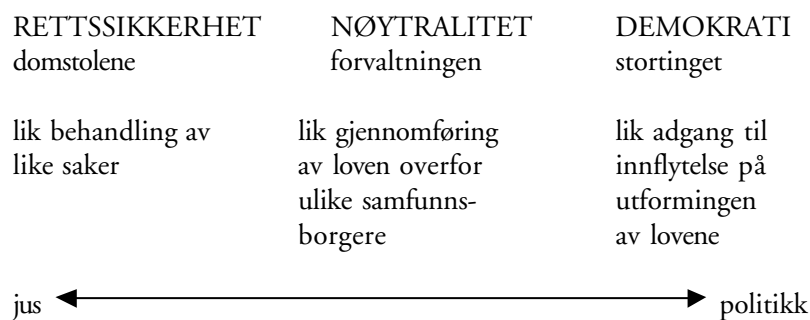
²⁸⁰ Bernt/Kjellevoid *Velferdsstat, rettssikkerhet og kommunalt selvstyre* (2000) s 321.

mark²⁸¹ och Finland, synes allmänt sett de sociala positiva rättigheterna ha en starkare ställning än i Sverige i förhållande till den kommunala självstyrelsen – åtminstone saknas behovet av särskilda sanktionsavgifter riktade mot kommunen. Å andra sidan kan det ju visserligen tyda på att den kommunala självstyrelsen är svagare utvecklad än i Sverige och att i de övriga länderna har centralmakten ett starkare grepp över kommunerna, eller tagit ett större finansiellt ansvar än i Sverige.

Liv Arum menar att de norska erfarenheterna med lokal förvaltning och kommunal decentralisering och inneburit att det primära syftet “med dette nasjonale arbeidet er å ivareta det lokale selvstyre, ikke å trygge rettssikkerheten, og slet ikke rettssikkerheten for minoriteter.”²⁸² Konsekvenserna har varit att de lagstadgade rättigheterna har skjutits åt sidan av hänsynen till lokal ekonomi.²⁸³

Ragnhild Øvrelid behandlar i *Rettsikkerhet eller demokrati?* frågan om hur idealet om demokratisk rättstat fungerar i verkligheten. Med rättssäkerhet menar hon “ordningar som sikrer borgerne mot en vilkårlig gjennomføring av offentlige vedtak. Offentlige inngrep overfor den enkelte borger må ha hjemmel i lov, og inngrepene skal praktiseres likt overfor dem som etter loven faller inn under den. Inngrepene blir forutsigbare og kontrollerbare. Rettsikkerhetsgarantier ivaretar hensynet til en konsekvent gjennomføring av de offentlige vedtak overfor sosiale grupper [...] rettsikkerhetsgarantier sikrer en almen form for den konkrete maktutøvelsen; gjennomføringen av lovnormerne.”²⁸⁴ Hon presenterar följande illustration av hur en demokratisk rättsstat tillfredsställer likabehandling av medborgarna givet den klassiska maktfördelningen – det är frågan om hur likhetsprincipen genomsyrar den demokratiska rättsstaten, men att de får delvis olika innehåll i relation till de tre maktsfärerna:²⁸⁵

Figur 5.6.



²⁸¹ Om de danske försöken att rättsligt reglera 'minimumstandarder,' se Henrichsen *Rettsikkerhet og moderne forvaltning* (1997) s 202ff.

²⁸² Arum *Trygghet for funksjonsbemedde* (1994) s 50.

²⁸³ Arum *Trygghet for funksjonsbemedde* (1994) s 58.

²⁸⁴ Øvrelid *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 11.

²⁸⁵ Øvrelid *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 13.

Problemet är naturligtvis att förvaltningen saknar demokratiska inflytelseformer genom representativitet, även om den givetvis inte kan karakteriseras som en odemokratisk kanal för inflytande. Øvrelid undersöker i avhandlingen de inflytandeformer medborgare och olika intresseorganisationer har på förvaltningen kontra idealet om rättsstaten, hennes konklusion är att "i modellen av den demokratiska rättsstat er det ingen innflytelsekanal fra borgerne til forvaltningen. All påvirkning fra borgernes side skjer gjennom den politiske kanal, til stortinget. Og all påvirkning fra forvaltningen kommer fra de politiske organer, regjering og storting."²⁸⁶ Till skillnad från Eskeland lägger Øvrelid som synes stor vikt på rättssäkerheten i domstolarna och inte förvaltningen, vilket inte hindrar henne från att påstå att "forvaltningen i realiteten opptre som lovgiver. Det blir da ett demokratisk problem at dette organet ikke, som stortinget, på noen måte er et representativt organ."²⁸⁷ Det innebär givetvis att "rettssikkerhets-, ikke demokratihensynet ligger til grunn. Selv om forvaltningens oppgave her er å opptre som stedfortredende lovgiver, anvendes domstolsidealet om nøytralitet, ikke stortingsidealet om representativitet."²⁸⁸ I princip kan alltså en traditionell uppfattning om rättssäkerhet vara motsatt demokrati.

Den svenska Socialstyrelsen har i två utvärderingar av den sk ädelreformen (1994 och 1995) särskilt beaktat rättssäkerhetsaspekter vid handläggningsrutiner inom kommunerna. I utvärderingen *Rättssäkerhet vid flytting till sjukehem* konstateras, att framförallt de handläggningsprocessuella reglerna är av omedelbar betydelse för den enskildes rättssäkerhet. I en stor del av fallen framkom "allvarliga brister när det gäller tillämpningen av de förvaltningsmässiga reglerna för utredning och dokumentation: i 18% saknas personakt; i 39% – 50% av fallen saknas utredningsdokumentation."²⁸⁹ Kommunerna måste, enligt utvärderingen, verka för klagörande rutiner, en för all personal tillgänglig information om lagregler samt utbildning av handläggande personal. Det är i första hand inte reglerna eller lagstiftningen i sig som bereder de största svårigheterna, utan bristen på kunskap om vikten av dokumentation. Utan tillförlitlig dokumentation är det givetvis svårt att i efterhand kontrollera huruvida en allsidig och rättvisande individuell behovsprövning verkligen skett. *Rättssäkerheten* måste ha samma kvalitetsmässiga standard som den *medicinska säkerheten*, menar socialstyrelsen.²⁹⁰ I rapporten *Rättssäkerhet inom hemtjänsten* konstaterades att det i nästan 10% av ärendena inte fanns laglig grund för beslutet.²⁹¹ I vart nittonde ärende fanns ingen personakt; i 33% av akterna fanns det inte dokumenterat vad den enskilde ansökt om samt att nästan hälften (42%) av handläggarna påverkas av kommunens

²⁸⁶ Øvrelid *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 28.

²⁸⁷ Øvrelid *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 296.

²⁸⁸ Øvrelid *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 298. För en i många stycken kritisk hållning till Øvrelid, se Mathiesen *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1985).

²⁸⁹ Socialstyrelsen *Ädelutvärderingen 94:10* s 18.

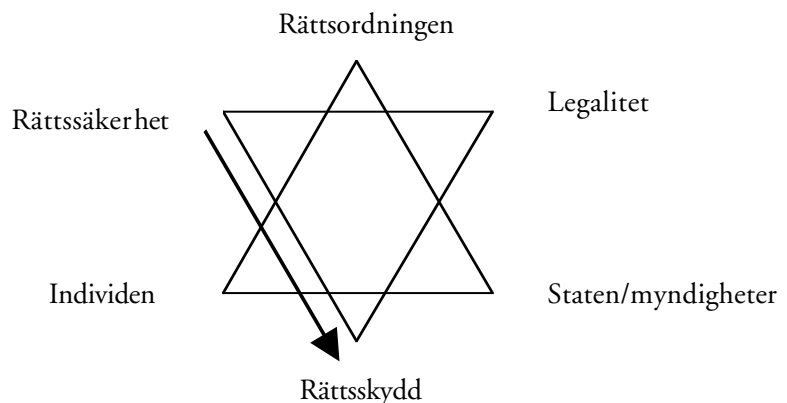
²⁹⁰ Socialstyrelsen *Ädelutvärderingen 94:10* s 18.

²⁹¹ Socialstyrelsen *Ädelutvärderingen 95:5* s 15.

ekonomi vid bedömningen av biståndsbehovet. Rapporten föreslår, för den enskildes rättssäkerhet, krav på dokumentation och menar även att behovsbedömningen inte får “bli styrd av tilldelade ekonomiska resurser utan ska utgå från den enskildes individuella behov” och att den enskildes rättssäkerhet innebär att “kommunerna har ett ansvar för att handläggarnas kompetens inom detta område förstärks.”²⁹²

Den modell som presenterades i avsnitt 5.1.2 kan tydliggöra förskjutningen av de rättsliga frågorna. Jag skulle vilja hävda att de sociala rättigheternas ställning tenderar att förskjutas *från* att vara en genuin rättssäkerhetsfråga *till* att bli, på grundval av hänsynen till resursfrågor, frågor rörande individens möjligheter till rättsskydd; dvs att garantera individens ställning i förhållande till myndigheternas praxis och tillämpning. Faran i detta hänseende är att rättsskyddsfrågan tenderar till att bli en organisatorisk fråga om rutiner och handlägningsprocedurer i förvaltningen. Frågan förskjuts från centrala frågor om förverkligandet av rättigheter, till en fråga om *andra värden*, såsom självstyrelse, budgetbalans, resurstillgångar etc, vilket innebär att resursbrist kan bli ett fullt legitimt skäl till att neka vissa rättigheter. Det är en tendens som innebär att den individuella rättssäkerhetsfrågan, som inkluderar frågan om rättigheters förverkligande, glider över till en administrativ rättsskyddsfråga, enligt följande illustration:

Figur 5.7.



Finns det då möjligheter att förhindra att centrala rättssäkerhetsfrågor omdefinieras till rättsskyddsfrågor? Med andra ord, hur skall sociala rättigheter kunna omfattas och tryggas genom det viktiga rättssäkerhetsidealet, utan att sociala rättigheter åter igen underordnas en ideologiskt förvrängande diskurs, denna gång genom den formella rättssäkerhetsuppfattningen? Ja, ett steg på vägen till svaret, är hur rättssäkerheten definieras och vilka värden det kan antas omfatta

²⁹² Socialstyrelsen *Ädelutvärderingen* 95:5 s 34.

och en uppsummerande diskussion i denna fråga följer i 6.1 där det eventuella behovet av ett nytt rättssäkerhetsbegrepp diskuteras.

5.6 Några rättsteoretiska ansatser

Avslutningsvis skall några mer rättsteoretiskt inriktade försök att djupare rättfärdiga och grundlägga rättssäkerheten i relation till vissa moment presenteras.

Åke Frändberg, som med enfaset tillbakavisar varje uppdelning av rättssäkerheten i formella och materiella varianter, förespråkar ändå vad jag skulle vilja kalla för en formell syn på rättssäkerheten. Utgångspunkten för resonemanget om rättssäkerheten är att det är ”kränkande för den enskilda individen [...] att utsättas för överhetens godtycke med avseende på rätten” och de olika formerna av godtycke – *rättsbrist* (brist på rättslig reglering), *rättspervertering* (regler finns, men överheten bryr sig inte om dem) och *rättsmanipulering* (nyckfulla och överrumplande rättsändringar) – motverkas av rättssäkerheten. Frändberg definierar rättssäkerhet som *förutsebarhet i rättsliga angelägenheter*: ”med rättssäkerhet i denna mening avses, grovt uttryckt, att rättssystemet skall tillhandahålla klara, tydliga och pålitliga svar på frågor av rättslig karaktär.” För att rättssäkerhet skall råda, måste, enligt Frändberg vissa villkor uppfyllas:

För det första krävs att rättssystemet har ett klart och adekvat svar på den ställda frågan, dvs. att det finns klara och adekvata regler. Men detta villkor är inte tillräckligt. Reglerna kan vara hur klara som helst, men det råder ingen rättssäkerhet, om man inte också har tillgång till dessa regler, dvs. att de är publicerade. Så det andra nödvändiga villkoret är att svaret är lätt tillgängligt för den frågande. Men inte heller dessa båda villkor är tillsammans tillräckliga för att rättssäkerhet skall råda. Hur klara och hur lättillgängliga reglerna än är, är de otjänliga som grund för förutsägelser, om det sedan inte blir så som reglerna utsäger. För om de rättstillämpande organen inte lojalt och korrekt tillämpar reglerna kan man ju inte förlita sig på dessa regler. Det tredje nödvändiga villkoret avser just detta att man kan lita på innehållet i reglerna.²⁹³

Som synes är Frändbergs definition eller tankar om rättssäkerhetsbegreppet inte renodlat formellt, eftersom det tredje villkoret hänför sig till de innehållsliga aspekterna, vad man skulle kunna kalla materiella krav på rättssäkerheten – eller, varför inte, materiell rättssäkerhet?

²⁹³ Frändberg *Om rättssäkerhet* (2000-01) s 274f.

5.6.1 Rationalitet och rättssäkerhet

Aulis Aarnio påstår att "rättssäkerhetsförväntan uppfylls när domaren fattar icke-godtyckliga och riktiga beslut [...] Riktiga beslut är detsamma som rättvisa beslut [...]. Om besluten är både förutsebara och rättvisa är de också rationella och godtagbara [...]. Rättssäkerheten hos Aarnio kan således omskrivas med hjälp av två begreppsbedjor: 1. icke-godtyckliga, förutsebara och rationella beslut och 2. riktiga, rättvisa och godtagbara beslut. Man kan tala om formell och materiell rättssäkerhet. Ett beslut som uppfyller dessa bägge krav ger Aarnio egenskapen rationell godtagbarhet."²⁹⁴ Aarnio menar att "undvikande av godtycke är detsamma som att eliminera tillfälligheter i domstolsverksamheten. Detta betyder enligt modernt språkbruk att domstolsavgöranden måste vara förutsebara. Förutsebarheten är nämligen en av grundförutsättningarna för mänskligt handlande."²⁹⁵ Men enligt Aarnio måste domstolens avgöranden vara både lagliga och acceptabla – dvs rättssäkerheten innehåller vissa *materiella* krav: "Domaren måste således besluta enligt gällande lag och samtidigt iakttaga sådana värden och värderingar som är allmänt accepterade i samhället. I begreppet 'rättssäkerhet' möts på detta sätt två centrala element, nämligen rätten och värdena eller om man använder allmänt språkbruk rätt och moral."²⁹⁶ Aarnio skiljer på rättssäkerhet i en snävare och i en vidare mening:

The expectation of legal certainty *sensu stricto* means that every citizen has the right for legal protection [...] However, the expectation of legal certainty can also be understood in a *broader sense (sensu largo)*. It covers two substantial elements, i.e. the demands (a) that arbitrariness be avoided and (b) that the decision be 'proper.'²⁹⁷ Neither of these very elements alone fulfills the expectation of legal certainty.²⁹⁷

Det räcker alltså inte med att:

The decisions are (very) predictable. For instance in a dictatorship the court practice may be nonarbitrary, i.e. the degree of the predictability may be really high and, at the same time, every single decision can heavily violate even the elementary demands of justice.²⁹⁸

I syfte att uppfylla en maximal rättssäkerhet bör man försöka uppfylla ett rationellt rättfärdigande, vilket innebär att:

²⁹⁴ Frände *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) s 163. Framställningen av Aarnios åsikt är hämtad från Frändes sammanfattning av Aarnios finskspråkiga bok *Oikeussäännösten tulkinnasta* från 1982.

²⁹⁵ Aarnio *Inledning* (1986) s 17.

²⁹⁶ Aarnio *Inledning* (1986) s 17.

²⁹⁷ Aarnio *The Rational as Reasonable* (1987) s 3.

²⁹⁸ Aarnio *The Rational as Reasonable* (1987) s 4.

The expectation of legal certainty is perfectly fulfilled only if (a) the decision (or interpretation) falls within the legal framework, (b) the discourse proceeds in a rational way, and (c) the decision complies to the prevailing value code.²⁹⁹

En rationell godtagbarhet innefattar således *både* formell rättssäkerhet *och* värderande moment. Med andra ord är förutsebarhet för Aarnio, liksom för Frändberg, ett nödvändigt men inte ett tillräckligt villkor för rättssäkerheten. Kan man då nå fram till det tillräckliga villkoret?

5.6.2 Materiell/etisk rättssäkerhet

Aleksander Peczenik har givit den definitionen, att även om ett rättssystem (eller ett rättsligt beslut) uppfyller den traditionella rättssäkerhetens formella kriterier och förutsebarhet är detta icke nog. Förutsebarhetskriteriet är, liksom hos Aarnio, ett otillräckligt moment i rättssäkerheten: formell rättssäkerhet räcker inte och kan icke regera i ensamt majestät. Peczeniks lösning är att komplettera förutsebarhetskriteriet med etiska överväganden. Rättssäkerhet innebär ”att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska värden.”³⁰⁰ Peczenik kallar denna form av rättssäkerhet för *materiell rättssäkerhet* och endast denna ”kan bilda den juridiska metodologins övergripande mål.”³⁰¹

Peczeniks 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.³⁰²

För att understryka vikten av resonemanget kring ’förutsebarheten’, skall Åke Frändberg komma till tals, där han drar ut konsekvensen av förutsebarheten i dess fulla längd och frågar sig:

²⁹⁹ Aarnio *The Rational as Reasonable* (1987) s 229.

³⁰⁰ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 94.

³⁰¹ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 99.

³⁰² Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 94.

Men vad innebär rättssäkerhet i ett samhälle, där elementära rättigheter förtrampas, annat än vissheten hos offren om förestående lidande och vissheten hos förtryckarna om att de [...] lugnt kan fortsätta sin hantering? På sin höjd har förutsebarheten det värdet att potentiella offer kan hinna sätta sig i säkerhet, men det är ju inte en rättssäkerhet av detta slag som en legalist vanligen har i tankarna. Eljest kan ett inslag av *rättssäkerhet* i ett sådant samhälle vara att föredra, ju större desto bättre; av det slag, nämligen, att myndigheterna inte är konsekventa i sin människokränkande tillämpning utan lämnar en del potentiella offer i fred.³⁰³

Frändberg påvisar, med önskvärd tydlighet, att det alls icke föreligger något *logiskt* sammanhang mellan kravet på förutsebarhet och rättssäkerhet, utan att frågan snarare är av stipulativ karaktär. En första slutsats måste således innebära, att rättssäkerheten inte enbart kan förstås som strävan efter maximal förutsebarhet.³⁰⁴ Den springande punkten i Peczeniks definition av materiell rättssäkerhet, är givetvis vad som avses med etisk godtagbarhet. Ett rättsligt beslut är icke rättssäkert om det är extremt förkastligt ur en etisk synvinkel. Nå, kan man fråga sig, vad är då *innehållet* i uttrycket 'etisk godtagbarhet'? Enligt mitt förmenande är detta en annan fråga, som hör till moralfilosofin. Poängen är att *över huvud taget* skapa utrymme för etiska moment och överväganden i rättssäkerheten. Men ett exempel ger dock Peczenik på ett extremt oetiskt rättssystem:

³⁰³ Frändberg *Rättsregel och rättsval* (1984) s 60.

³⁰⁴ Två olika synsätt som båda faller under en formell uppfattning av *the rule of law*, alltså egentligen legalitets- eller rättsstatsprincipen, men som ändå har intresse för rättssäkerheten bör nämnas. Det är å ena sidan den engelske rättsfilosofen Joseph Raz och å andra sidan den polske rättsfilosofen Kazimierz Opalek. Raz företräder en strikt formell legalism och företräder en absolut och formell uppfattning vis-à-vis *the rule of law*. För att kunna fylla någon som helst rimlig och användbar funktion måste 'the rule of law' begränsas till det rättsligt användbara, ty om den i annat fall jämföras med 'the rule of the good law' utmynnar begreppet i något slags för juridiska sammanhang irrelevant, samhällsfilosofi, hävdar Raz. Raz framhåller att "it is evident that this conception of the rule of law is a formal one. It says nothing about how the law is to be made: by tyrants, democratic majorities, or any other way" och "it may even be thought that this version of the doctrine is formal to the extent that it is almost devoid of content," *The Authority of Law* (1979) s 213 respektive 219. Opalek kritiserar både den absoluta uppfattningen av *the rule of law* och den naturrättsliga förståelsen. Han ställs inför ett dilemma, ty "the construction erected by formalism seems to crash when confronted with the argument that into the rule of law governing even by Fascist law is included; the only way of escaping formalism leads to natural law," *The Rule of Law and Natural Law* (1964) s 503. Med andra ord verkar valet stå mellan en rättspositivistisk syn och en naturrättslig variant — Opalek kan inte acceptera någotdera förslaget. Opaleks lösningsförslag är att *the rule of law* måste vara ett relativt begrepp. Poängen består i att begreppet ändå har ett visst innehåll "for it emphasizes the value of the adherence to law and its limitations," s 506. Relativiseringen av begreppet blir, praktiskt sett, en fråga om gradering, det har "a definite social value, but only to a certain extent, within definite bounds, dependent just on what kind of law is being adhered to," s 505f. Mattsson menar att rättssäkerhet ('legal certainty') innebär förutsebarhet, dvs "in my opinion predictability, in legal dogmatics, should concern the normative range of applicability of a rule and not decisions actually made. By 'normative range of applicability' I mean the range of normatively possible application of a rule (often illustrated in hypothetical cases). But these are normative *possibilities*, not empirical *probabilities*," *The Rule of Law in Legal Reasoning* (1984) s 374. Rättssäkerhetsbegreppet bör följaktligen begränsas "to the legal problems one is trying to solve, and not to social or political problems," s 378.

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.³⁰⁵

Jareborg ifrågasätter rimligheten i denna *rättsteoretiska materiella rättssäkerhet*, så som den framställs och förespråkas av Peczenik, och menar “etiskt grundad kritik av rätten snarast underlättas av att man använder ‘rättssäkerhet’ i den s.k. traditionella betydelsen.”³⁰⁶ Peczenik bemöter Jareborg – som menar att det inte var rättssäkerhetsbegreppet som var absurt, utan den nazistiska rättens innehåll – och hävdar helt konsistent att “ett rättssäkerhetsbegrepp måste anses vara absurt om det tillåter att en absurd rätt betecknas som rättssäker.”³⁰⁷ För att underbygga den materiella rättssäkerheten har Peczenik framfört vissa *faktorer* som befrämjar den, dvs rättssäkerhet är desto bättre:

- ju exaktare och generellare rättsreglerna är;
- ju bättre dessa regler återspeglar idealet om likhet inför lagen;
- ju långsammare reglernas förändringstakt är;
- ju fler statliga beslut som bestäms av sådana regler;
- ju öppnare rättsreglernas innehåll och rättstillämpningspraxis är för allmänhetens insyn;
- ju större den oavhängighet är som domstolarna åtnjuter;
- ju effektivare det ansvar är som åvilar maktthavarna;
- ju mindre rätten är beroende av andra samhälleliga normer och institutioner; och till sist
- ju bättre den juridiska argumentationen som stöder rättsreglernas tolkning och tillämpning.³⁰⁸

Ur dessa följer tio *rättssäkerhetsteser* av vilka här enbart återges den sammanfattande tesen:

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 rättsskipning och myndighetsutövning i hög grad bör vara förutsebara med stöd av lagen.³⁰⁹

Jag skall här inte redogöra för Peczeniks teoribildning kring den etiska godtagbarhetens olika sammanvägningskriterier, men nöja mig med att hänvisa till viss egen kritik (kapitel 6.1.2). Peczeniks definition har fjärmats tämligen långt från

³⁰⁵ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 97.

³⁰⁶ Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 89f.

³⁰⁷ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 97.

³⁰⁸ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 51f.

³⁰⁹ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 700.

Frändbergs mer formalistiska och traditionella rättsstatliga uppfattning av rättssäkerheten. *Men ändå inte tillräckligt långt*. Det finns anledning att ifrågasätta till och med Peczeniks vidsträckta rättssäkerhetsbegrepp och närmare bestämt dess relevans inom den välfärdsstatliga rätten, där det finns fog för att beakta ytterligare andra aspekter än etiska rättssäkerhetskrav (se 6.1).

5.7 Lokala rättssäkerhetsbegrepp *eller* rättssäkerheter och polyvalens

Utifrån teorin om polyvalens kan man se, att bakom de olika rättssäkerhetskonceptionerna återfinns skilda uppfattningar med hemvist i specifika rättsystematiska sammanhang. Det är tydligt att tre historiska faser i rättssäkerhetsbegreppets förändring kan urskiljas.

- Den första huvudlinjen utgår från början av 1800-talet med uppkomst i tysk doktrin. I kombination med den formella rättsstatsideologin är den, som sagt, i huvudsak negativt bestämd på det viset att den avser att skydda mot den statliga maktutövningens godtycke. Det är ett grundläggande motsatsförhållande mellan individen och staten, men samtidigt ett positivt försvar för de för rättsstaten kännetecknande rättigheterna och intressena. Denna rättsstatliga huvudlinje ger upphov till en *formell rättssäkerhet* – detta är den sk *traditionella* eller *klassiska* konceptionen som fortfarande har en stark ställning i rättsvetenskaplig litteratur och som *bör* ha en stark ställning inom vissa rättsområden, såsom straff- och processrätt. Återfört på olika rättsformer kan man tveklöst hänföra denna formella rättssäkerhet till den *autonoma* rättens revir med fokus på normrationalitet. I rättighetshänseende är det rimligt att karakterisera rättssäkerhetsförståelsen som starkt influerat av individuella negativa rättigheter och i synnerhet *frihetsbegreppet* förstått som *frihet från* (staten). Till yttermera visso betonas den enskildes förmåga att ha kunskap att kunna förutse vissa rättsföljder, dvs viljeteorin inom rättighetstänkandet bär spår i rättssäkerhetsbegreppet.

- Den andra huvudlinjen som uppkommer i 1950-talet kan betecknas på olika sätt: dels som varande en partiell uppgörelse med rättsstatstänkens traditionella begrepp och kan därmed benämnas som en *modern rättssäkerhet* (eller snarare: en icke-klassisk eller icke-traditionell rättssäkerhetskonception, hur man nu vill); dels erhåller själva distinktionen i en formell kontra materiell rättssäkerhet en framträdande roll. Det är en tydlig förskjutning som lyfter fram de välfärdsstatliga värdena som grundläggande för en utvidgning av det traditionella begreppet. Denna andra huvudlinje försöker anpassa begreppet till att omfatta vissa välfärdsstatliga värden och rättsprinciper. Grundtanken är uppfattningen att staten har vissa positiva funktioner, att fördela välfärd och verka för social rättvisa.

Välfärdsstaten bör som ett positivt tillstånd försvaras, men ändå bör kraven på vissa rättsstatliga principer inte fränkännas betydelse. Den materiella rättssäkerheten kan med visst fog hävdas vara ett uttryck för *responsiv rätt*. Sammankopplas rättssäkerheten i denna mening till rättighetstänkandet kan man, menar jag, se en förskjutning mot den intresseteoretiska inriktningen och där frihetsbegreppet snarast förstås som *frihet genom* (staten).

En väsentligt förändrad syn på rättssäkerheten framkommer här: en brottyta där en rättsstatlig rättsuppfattning vrids mot en välfärdsstatlig; en brottyta vilken beträffande rättssäkerheten synes vara av djupgående karaktär. Under 1950-talet framfördes vissa tankar om att ett annat, mer välfärdsstatligt orienterat, rättssäkerhetsbegrepp bör kunna artikuleras. Bland annat framkommer åsikter, att rättssäkerheten är en central statlig uppgift och att förutsebarheten kan komma att strida mot rättssäkerheten. En välfärdsstatlig kontext i rättssäkerheten försöker bryta igenom den rättsstatliga formella vedertagna innebörden. Rättens välfärdsstatliga inriktning och målrationaltitet kräver en motsvarande innebörd som tydliggör värdekontexten. Eftersom tolkningen blir målrelaterad och den rättsliga argumentationen allt mer socialt inriktad, så synes tydligtvis ett annat rättssäkerhetsbegrepp vara teoretiskt välgrundat. Rättssäkerhetsbegreppets kontext innefattar här välfärdsstatliga värden och idékomplex. Det typiska och kännetecknande för välfärdsstatens rättssystem utgör de sociala rättigheterna. Det finns inget direkt motsatsförhållande mellan staten och individen i dessa rättsområden. Dessa baseras på ett positivt ställt anspråk gentemot staten, som alltså har vissa förpliktelser. Det har dock alltmer kommit att uppmärksammas att dessa anspråk emellertid saknar positiva garantier mot godtycke; de saknar med andra ord ett adekvat rättssäkerhetsbegrepp.

• Den tredje huvudlinjen är att karakterisera som en fördjupad variant av den *moderna* rättssäkerhetskonceptionen och särskilt som en vidareutveckling av just den *materiella* rättssäkerhetens kontext. Denna tredje fas uppträder från mitten av 1980-talet och kännetecknande är intresset och beaktandet av olika rättsliga minoriteter, rättsligt resurssvaga eller rättsligt oskyddade grupper som utgörande en väsentlig aspekt i rättssäkerhetsbegreppets funktion. I synnerhet tar denna förståelse fasta på att sociala rättigheter som reella rättigheter och värden bör omfattas av rättssäkerheten. Men det är då väsentligt att inte bara utvidga eller supplera det traditionella begreppet, utan att kanske definiera ett nytt. Väsentligt här är att den tidigare uppfattningen av staten inte längre är odelat positiv – nu gäller att garantera de sociala välfärdssystemen mot vissa repressiva inslag i välfärdsstaten själv. Med andra ord kan välfärdsstatens nedmontering *de facto* riktas mot de sociala rättigheterna, varför rimliga rättssäkerhetsgarantier bör kunna etableras, utan dock att falla tillbaka i en traditionell rättsstatsmodell. Om rättssäkerhetsbegreppet och andra förnyande rättssäkerhetsgarantier skall kunna etableras, bör ett sådant övervägande uppmärksamma den *reflexiva rätten* och de systemspecifika rationaliteter subsystemen för med sig: dvs olika delom-

råden präglas av särskilda regleringsbehov, som är olika från ett system till ett annat (om denna reflexiva eller substantiella rättssäkerhet, se 6.1).

Dag Elingsen ger, i anknytning till de historiska huvudlinjerna, en tredelning av teorierna om rättssäkerheten. För det första kan *legalisterna* urskiljas, vilka hävdar att ”landet skal styres av lov og ikke av enkeltindividers vilkårlige oppfatninger. Lovens verdimesseige innhold er i seg selv uvesentlig. Det er likegyldig hvilke verdier som fremmes.”³¹⁰ Legalisterna företräder alltså den klassiska synen på rättssäkerhet, där lagtexten skall vara så precis så att den ger helt klara anvisningar, med andra ord förutsebarhet. De kan också kallas formalister. För det andra finns det dem som utvidgar begreppet något, av Elingsen benämnda *processteoretikerna* vilka ställer processuella krav till ”de rammer som loven skal brukes innen. Det er ikke nok å ha ret, man skal også få ret.”³¹¹ det är med andra ord frågan om rättstillgänglighet eller *access to justice*. Här finns krav till oavhängiga domstolar, reell möjlighet till domstolsprövning, rätt till försvar och möjlighet att överklaga. Kort sagt handlar det om att ”den rettslige prosessen skal foregå innen rammer som styrker den enkelte borger som part overfor staten i en konflikt.”³¹² Den tredje gruppen utgörs av *venner av velferdsstaten*, enligt Elingsen, som upplever en paradox: de ser nämligen att en människorättskränkande stat, utifrån legalisternas syn ändock kan karakteriseras som rättsstater om de uppfyller de formella rättssäkerhetskraven. Två utvägar finns då; *antingen* att begreppen rättsstat och rättssäkerhet förkastas som honnörssord *eller* att begreppet anpassas till välfärdsstatens krav. Begreppet är alltså så viktigt att man inte kan vara det förutan, men det bör förstås som att det ”er viktig å sikre borgerne mer enn et visst minimum av rettigheter. Staten skal aktivt arbeide for å sikre ’det gode samfunn’.”³¹³

Sammanfattningsvis är rättssäkerhetsbegreppet inte möjligt att precisera i sig utan varje precisering måste alltid ske utifrån en eller flera specifika kontexter. Med andra ord är begreppets innehåll relaterat till dess funktion i skilda rättsliga områden och knyter an till olika rättsystematiska värdesammanhang.

Detta betyder emellertid och å andra sidan inte att varje försök till precisering är ägnat att misslyckas, det vore fatalt om så vore fallet. Lika fatalt är det emellertid att överladda begreppet med ett antal antinoma betydelser – man får då ett rättssäkerhetsbegrepp som greppar omkring sig likt Adams Smiths ’osynliga hand,’ dvs en mystisk och mytisk illusion som är omöjligt att använda i någon mer handfast och konkret mening. Men inom rättsvetenskapen och rättsteorin finns en envist vidhängande föreställning om att rättssäkerhetsbegreppet kan ges en entydig definition: en olycklig *rättssäkerhetsmytologi* har fått spridning. Av dessa skäl, för att inte ordets kontext skall deprecieras fullständigt i en slags *laissez faire*,

³¹⁰ Elingsen *Rettsikkerhetsbegrepet* (1986) s 53.

³¹¹ Elingsen *Rettsikkerhetsbegrepet* (1986) s 54.

³¹² Elingsen *Rettsikkerhetsbegrepet* (1986) s 54.

³¹³ Elingsen *Rettsikkerhetsbegrepet* (1986) s 54.

synes det ändamålsenligt att se på dess olika funktioner och betydelser i en polyvalent miljö. Rättssäkerhetsbegreppet blir enbart självmotsägande om det pressas in i *en* av flera tillgängliga modeller. Det är också viktigt att inse att varje enskilt rättssäkerhetsbegrepp givetvis kan komma i konflikt med de andra, men det framstår som lämpligare att laborera med avvägningar *mellan* olika varianter av rättssäkerhetsbegreppet än att låta dessa motsättningar finna fortsatt existens *inom* det.

Som synes genererar motsättningar i den sk formativa kontexten, eller annorlunda uttryckt olika samhällstyper, motsättningar på principnivå vilket skapar antinoma konflikter: med andra ord ger rättssäkerhetsförståelsen utifrån skilda rättssystematiska förutsättningar upphov till antinoma konflikter (jfr 2.2.4). Rättssäkerhetsbegreppets inre spänningar blir lösliga om denna antinoma axiologiska karaktär accepteras, vilket medför att det kan renodlas i olika hänseenden (se ovan). Att däremot försöka tvinga in skilda formativa kontexter under *en* enhetligt definition är, numera, ogörligt utan det enhetliga rättssäkerhetsbegreppet måste överges, vilket kräver ett antagande om lokal rättssäkerhet eller snarare *lokala rättssäkerheter*. I annat fall, om rättssäkerhetsbegreppet inte ses som antinomt, kommer dess antinoma struktur att alstra antinoma verkningar i rätten, vilket kan förvärra situationen för de handikappade. Den kognitiva slutenheten och förlitandet på ett väldefinierat paradigm är kännbar i diskussionen om rättssäkerhetsbegreppets vara eller inte vara. Men en kognitiv öppenhet som bejakar flera på olika kunskapsintressen baserade rättssäkerhetsförståelser, öppnar för flera sidoordnade och värdebaserade lokalt koherenta sektorer.

Rättsosäkerhet kan alltså uppträda som ett resultat av ett oflexibelt rättssäkerhetsbegrepp: rättssäkerhetsbegreppet är i sig självt rättsosäkert...

Frändberg menar, och här är jag enig med honom, att: ”klarhet och precision måste gå före konformitet, även om en sådan också är betydelsefull. När dessutom någon konformitet inte existerar, föreligger desto starkare skäl att välja betydelse. En beteckning för ett konglomerat av värden, vilka inbördes kan komma i konflikt med varandra, är inte ägnad denna uppgift.”³¹⁴ Däremot är jag djupt, ja i grunden, oenig med den konsekvens han drar ur detta: ”en någorlunda preciserad betydelse, för den som vill tala tydligt, erbjuder begreppet ’förutsebarhet i rättsliga angelägenheter’ och denna betydelse har också god hävd i juridiskt språkbruk.” Per Henrik Lindblom bemöter Frändbergs definition med följande passus:

³¹⁴ Frändberg *Om rättssäkerhet* (2000-01) s 271.

Skall vi jurister kunna tala om rättssäkerhet med några andra – utom möjligen med (några av) oss själva på mindre nordiska kollokvier i allmän rättslära – är det knappast realistiskt att klamra sig fast vid den sk traditionella (formella) betydelsen av ordet, dvs förutsebarhet [...] och inget annat. Det vore då bättre att begagna en särskild term för denna förutsebarhet – jag tillåter mig föreslå ordet 'förutsebarhet'.³¹⁵

Jag vill avsluta detta kapitel med att påpeka en risk med antagandet om flera rättssäkerhetsbegrepp utifrån ett antagande om polycentri och polyvalens. Ett av problemen med tesen om flera rättssystem är, enligt Kristian Andenæs, att rättens autonomi försvinner. Faran är nämligen den att gränserna mellan de olika rättssystemen suddas ut, och att den argumentation som borde vara kännetecknande för, exempelvis, förvaltningsrätten och socialrätten istället kommer att förlita sig på "tradisjonelle forestillinger om rettssikkerhet og rettferdighet enn av de enkelte forvaltningsområders særpreg."³¹⁶

Av samma åsikt är Karsten Revsbech som hävdar att den polycentriska rättskälleläran skapar problem för den enskildes rättssäkerhet, eftersom myndigheterna använder olika rättskälleunderlag. Den enskildes rättsposition kan, enligt Revsbech, förbättras genom att en normativ polycentri-lära undviks, och att gällande rätt "i videst muligt omfang er en enhedsstørrelse. Det sikrer den højeste grad af forudberegnelighed og mulighed for at indrette sig."³¹⁷

Den berättigade oro som både Andenæs och Revsbech så tydligt uttrycker skall jag i nästa kapitel försöka stilla. Att den är möjlig att stilla, kommer an på benägenheten att frångå de vanebildande enhets- och autonomibegreppen och i konsekvens med detta acceptera *områdesspecifika* eller *lokala rättssäkerheter*.

³¹⁵ Lindblom *Tvekamp eller inkquisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur* (1999) s 654.

³¹⁶ Andenæs *Socialrettens subkulturer* (1993) s 389.

³¹⁷ Revsbech *Polycentri i den offentligtretlige retskildelære - en kritik* (1991) s 120.

Rättsliga möjligheter

Social rättssäkerhet, normativ polyvalens och lokal koherens

Men förmodligen är det omöjligt att behandla något mänskligt problem utan att ta ställning. Redan sättet att ställa frågorna och det perspektiv som anlägges förutsätter en rangordning av olika intressen; varje hållning inbegriper värderingar, och det finns inte någon så kallad objektiv beskrivning som inte avtecknar sig mot en etisk bakgrund. Det är bättre att redan från början redovisa de mer eller mindre underförstådda principerna i stället för att försöka dölja dem.¹

Simone de Beauvoir

6.1 Behov av ett nytt rättssäkerhetsbegrepp?

Detta avslutande kapitel är tredelat och kommer att fördjupa diskussionen i ett par områden. Detta kapitel är inget kapitel där all analys skall ske, utan det samlar upp en del resonemang som tidigare berörts och drar därför ut en del konsekvenser av dem. För det första vidareförs diskussionen om de lokala rättssäkerheterna till en problematisering av en social rättssäkerhet (6.1), för det andra väcks frågan om möjligheterna att uppställa en normativ polyvalenslära (6.2–6.3) och för det tredje diskuteras frågan om lokal koherens (6.4).

I kapitel 5 konstaterades att det knappast kan påstås råda konsensus om innebörden av rättssäkerhetsbegreppet i rättsvetenskaplig doktrin. Däremot råder kon-

¹ De Beauvoir *Det andra könet* (2002) s 36f.

sensus om *att* det är ett viktigt värde. Den centrala normativa frågan är följaktligen – med de tidigare redovisade aspekterna av rättssäkerheten – vad som *kan* eller *bör* göras inom välfärdsrätten. Den grundläggande frågan i detta hänseende och för detta arbete är hur det välfärdsstatliga rättssystemets värdesystem skall kunna omfattas av rättssäkerheten. Det finns en risk för att det anförda ‘traditionella’ rättssäkerhetsbegreppet ideologiskt påverkar de sociala rättigheterna genom att överbetona en formell rationalitetstyp, med åtföljande subsumtionslogisk regleringsteknik. Rättssäkerheten har uppenbara förbindelser med trovärdigheten för rätten i stort och därmed också för demokratin. Peczenik har betonat att etiska värderingar måste beaktas i det rättsliga beslutsfattandet för att uppfylla den materiella rättssäkerheten och för att vara godtagbart (5.6.2). Utan denna godtagbarhet kan det rättsliga beslutet inte ges någon djupare förankring och därmed heller inte vara fullt legitimerat. Rättssäkerheten är optimerad om det rättsliga beslutet är etiskt godtagbart, alltså legitimt i någon mening. Rättssäkerheten framstår därmed som ett tillstånd där legalitet (legalitetsprincipen) knyts samman med legitimitet i någon form (exempelvis etisk godtagbarhet).

Som framgått är rättssäkerhetsbegreppet värdemässigt och funktionellt komplext: där samexisterar de sociala och rättsliga värden som ursprungligen gav upphov till rättssäkerhetsbegreppet med de värden som genom rättssäkerheten *nu* anses skyddsvärda. Eftersom dessa värden härrör från skilda tidsepoker, betecknar rättssäkerhetens materiella sida olika idékomplex från dessa specifika epoker. Rättssäkerhetens innebörd kan därmed associeras till och variera med olika idékomplex vid skilda tidpunkter, men blir samtidigt *värdebemängd* med dessa idékomplex. Om rättssäkerhetens formella förankring således benämns som legalitetsanspråk och rättssäkerhetens materiella förankring (etisk eller social godtagbarhet) som legitimationsanspråk, kan man se, att under *rättsstatens* epok sammanfaller dessa båda anspråk. Denna konvergens kan förklaras på det sättet, att rättslig legalitet var tillräcklig för att uppfylla anspråken på legitimitet. Rättssäkerhetens formella kriterier var i samklang med rättssäkerhetens materiella idékomplex, såsom det uttrycks i den autonoma rätten. Den formella innebörden var alltså det logiska uttrycket för den materiella idésfären; *legalitet innebar automatiskt legitimitet*. I *välfärdsstaten* däremot svarar inte den formella strikta rättsliga förutsebarheten mot den nya samhällskontexten, utan denna kräver att behovsrationaliteten ges uttryck i mer *socialt* förutsebara eller acceptabla normer. Formella kriterier och formell förutsebarhet är inte tillräckliga, för att rättsliga avgöranden också skall vara eller uppfattas som legitima och godtagbara. Rättssäkerheten i traditionell rättsdogmatik är behärskad av en formell innebörd med en underförstådd rättsstatlig kontext med skydd av negativa liberala rättigheter, vilket appliceras i den sociala problematiken. En diskurskollision kan uppstå, där den rättsliga normrationella modellen ställs mot en social behovsrational diskursmodell och därmed missar de relevanta rekvisiten, varför hänsyn inte tas till de specifika rättsvärden rättsområdet genererar. I syfte att undvika att

rättsstatsideologin finner fotfäste i välfärdsideologin är det, som konstaterades i föregående kapitel, av vikt att särskilja olika rättssäkerhetstypologier. Den formella rättssäkerheten är den ideologiska överbyggnaden på den rättsstatliga bas som kännetecknas av de negativa liberala rättigheterna. Genom att de klassiska rättigheterna överbetonas – och därigenom den formella förutsebarheten – så får de sociala rättigheterna inget adekvat rättssäkerhetsskydd. Detta innebär ett dubbelt hinder; å ena sidan att sociala rättigheter nedvärderas, och å andra sidan att nya rättssäkerhetsuppfattningar undervärderas.

En fråga som tidigare väcktes (3.5.5 och 3.6 jämfört 5.7) är huruvida de reflexiva inslag som existerar inom ramen för den responsiva rätten kan vidareutvecklas i en välfärdsstärkande riktning, där de sociala rättigheterna ges ökad tyngd. Som tidigare påpekats bevitnas i den samtida förändringsprocessen olika motstridande tendenser; särskilt markant är att en revitalisering av autonom rätt och liberalt rättsstatstänkande skett det senaste decenniet, och därmed också en försvagning av den responsiva rättens fortsatta utvecklingsmöjligheter. Frågan som infinner sig är tudelad; dels en *defensiv* fråga huruvida det är möjligt att bibehålla responsiv rätt, dels i vilken omfattning det också finns *rättsliga möjligheter* att *offensivt* (legalstrategiskt eller nynormativistiskt) stärka reflexiv rätt. Vad särskilt gäller situationen för rättssäkerhetstänkandet är en autonomrättslig revitalisering synlig i den svenska rättssäkerhetsdebatten – något paradoxalt eftersom Sverige en gång i tiden genom Heckscher förde debatten framåt med distinktionen formell/materiell rättssäkerhet. Jag hävdar att detta inneburit en tillbakagång för förståelsen av den materiella rättssäkerhetssynen i samband med den responsiva rättens allmänna försvagning. Detta har i sin tur medfört att den autonoma rättens återkomst stärkt den formella förståelsen av rättssäkerheten, dvs formell rättssäkerhet har, åtminstone i Sverige, vunnit förnyat förtroende i rättsvetenskapliga kretsar (jfr 5.4.2 och 5.7). Saken är däremot, som framgått, annorlunda i Norge och Danmark. Frågan är dock om ett återupplivande av formell rättssäkerhet respektive uppehållande åtgärder av den materiella rättssäkerheten är fortsatt gångbara, och om det inte snarast är så att en nynormativistisk legalstrategi istället bör fokusera på ett utvecklande av en rättssäkerhet avpassad efter en kontext med reflexiv rätt, en 'reflexiv' rättssäkerhet. Detta blir temat för första delen av detta kapitel.

En strävan efter att konstruera eller inse betydelsen av ett nytt eller 'modernt' rättssäkerhetsbegrepp är således inte baserat på en naiv tro på staten som välmenande i alla sammanhang; tvärtom ligger ett skeptiskt antagande i grunden som beaktar riskerna med statlig och rättslig godtycklighet. Problemet som denna skepticism ställs inför är, att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet inför välfärdsstatens demontering inte ger något reellt skydd för de sociala rättigheterna, vilket, som Hydén påpekat, kan aktualisera allvarliga problem i välfärdsstaten (4.1). *Det krävs därför ett differentierat rättssäkerhetsbegrepp som förmår skyd-*

da dessa rättighetstyper även under välfärdsstaten och 'nätverksstaten.' Det handlar inte om att utmönstra rättssäkerhetsbegreppet, utan att förändra det.

De verkligt stora riskerna till skönsmässighet och godtycke ligger förmodligen inte i ett formellt godtycke, utan i de materiella bedömningsgrunder som ett rättsligt beslutsfattande innebär och att då ställa formella krav är åtminstone en felaktig strategi. Att ifrågasätta det formella traditionella rättssäkerhetsbegreppet utgör därmed ingen, som Jareborg hävdar, "exempellös nedvärdering" av detsamma,² utan en rimlig insikt att flera rättssäkerheter samtidigt måste beredas utrymme. *Denna samtidighet av flera rättssäkerheter, måste åter betonas. Det innebär att jämsides med 'moderna' eller 'nya' rättssäkerhetsuppfattningar återfinns 'traditionella' ståndpunkter, men de har olika innebörd i olika rättsområden.*

Nu syftar ju en 'modern' rättssäkerhetsuppfattning inte alls till att finna en ny legitimationsgrund för välfärdsstaten och dess maktutövning, såsom den formella rättssäkerheten ytterst gjorde i rättsstaten; alls icke ett knäfall inför makten. Tvärtom är det resultatet av en insikt i maktens olika former och att en strategi som önskar begränsa godtycke måste ha skilda säkerhetsanordningar i olika rättsliga sammanhang. Eftersom makten är diversifierad behövs differentierade begrepp. Thomas Wilhelmsson menar att en elaborering av olika allmänna läror (vilket här delvis har tolkats som att försöka lyfta fram skilda värdegrunder för de olika rättssystemens karakteristika) innebär att:

Olika möjliga systematiseringar i ett sådant läge [sanhälig och rättslig turbulens. HG] ökar rättssäkerheten i en viss mening. Det är härvid inte fråga om att förutsebarheten i det enskilda fallet skulle öka. En alternativ systematisering som utvidgar gränserna för vad som är rättsligt möjligt kan knappast ha en sådan inverkan, åtminstone inte i ett kort tidsperspektiv. Rättssäkerheten ökar emellertid i form av en ökad rättslig transparens. Genom att hämta fram och göra kända sådana nya tankemodeller som redan finns i en undertryckt form i det konkreta rättsmaterialet ökar de nya systematiseringarna möjligheterna att förutse vilka rättsliga argument som kan uppfattas som godtagbara.³

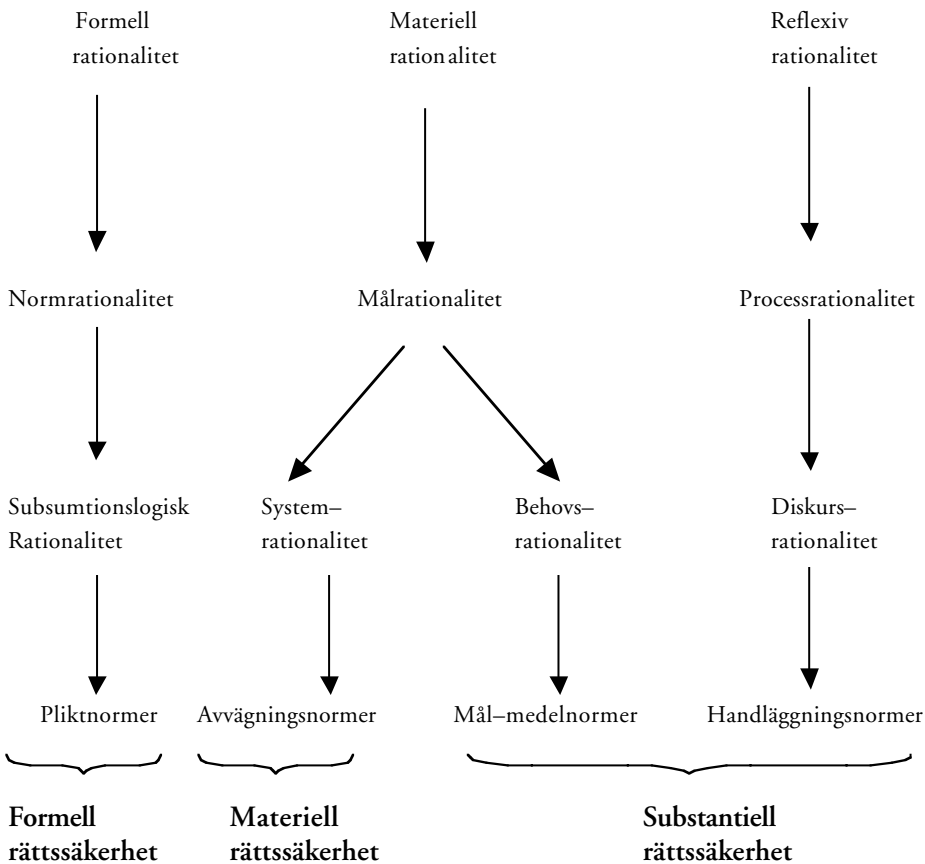
Att förespråka en 'modern,' 'materiell' eller 'ny' rättssäkerhet grundas i hög grad på ett skeptiskt och realistiskt förhållningssätt i fråga om rättstillämpningens möjlighet till godtycke och maktmissbruk; det är *just därför* som också rättssäkerhetens etiska eller sociala relevans *måste* beaktas. I denna rättssäkerhetssyn ligger ett vidare syfte än en tro på att enbart rättslig förutsebarhet är en tillräcklig garant för att motverka godtycke; eventuellt missbruk kan stävjas och lindras endast om etiska eller sociala överväganden inräknas i rättssäkerhetstanken. Optimism är tron på att en formell rättssäkerhet är tillräcklig för att motverka godtycklig makt- och rättsutövning; den formella rättssäkerheten har en begränsad räckvidd, men rättssäkerheten *har* en djupare (etisk eller social) innebörd än den strikt formella.

² Jareborg *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s 87.

³ Wilhelmsson *En social avtalsrätt? – Några kommentarer* (1993–94) s 505f.

6.1.1 Olika rättssäkerhetsstrategier

Frågeställningen i det följande är hur de historiska huvudlinjerna (5.7) och de skiftande åsikterna om rättssäkerhetsbegreppets innebörd bör hanteras i normativt hänseende. Utifrån den generella rättsliga differentiering som skett genom olika förändringsprocesser, kan de olika rättssäkerhetsbegreppen, eller åtminstone strategierna, inplaceras i det övergripande schema som presenterades i avsnitt 3.5.5:



Till denna modell kan så fogas ett historiskt raster, som ytterligare förtydligar sambandet mellan samhälls- och statstyp och rättssäkerhetsbegrepp:⁴

⁴ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 593.

19. årh.:	20. årh.:	21. årh.:	
Landbrugssamfund	Industrisamfund	Informationsamfund	Samfund
Retsstat	Velfærdsstat	Miljøstat	Stat
Formal ret	Materiel ret	Refleksiv ret	Retsform
Bureaucrati	Teknokrati	Adhocrati	Forvaltning

De två första modellerna är, som framgår av de tidigare resonemangen (bl.a. 3.5), välkända samhälls- och statstypologier: det är rättsstaten med den formella rättens kännetecken respektive välfärdsstatens materiella rätt. Det intressanta, som redan berörts, för resonemangen i det följande är den tredje modellen, som enligt Henrichsen delvis 'hörer framtiden til' och som framgår har dess karakteristik mycket gemensamt med Teubners teori om reflexiv rätt. Det välfärdsstatliga industrisamhället övergång till ett informationssamhälle kräver idag andra lösningar än tidigare. Håkan Hydén menade att problemet med den välfärdsstatliga överinterveneringskrisen hängde samman med att den rättsliga regleringen främst inriktades på symptomen (som diagnostiserats på skilda sätt av olika författare, se 3.5.5), dvs välfärdsstaten har huvudsakligen varit 'reaktiv' eller 'reparativ.' Henrichsen menar att den framväxande samhällstypen kräver en annan form av styrning; den reparatoriska funktionen måste ersättas med en aktiv form av samhällsreglering "hvor de samfundsmæssige problemer i højere grad angribes – og dermed forebygges – dér, hvor de opstår, nemlig 'i miljøet'."⁵ Det vill säga att uppkomna problem löses i närmiljön och lokalt. Detta betyder samtidigt att de *ad hoc*-betonade lösningar som krävs, denna 'adhocratische administrationsform,' inte kan baseras på en strikt formell förutsebarhet.

Allmänt sett uppkommer därmed olika sätt att hantera eller bemöta den samhälleliga och rättsliga komplexiteten utifrån rättssäkerhetsaspekter, alltså olika strategier att söka minimera godtycke, men därmed inte sagt att det därmed tas ställning i legalstrategisk mening. Mer specifikt kan man emellertid se tre huvudsakliga möjligheter öppnas för olika strategier för att, som syftet är formulerat i detta arbete, trygga de sociala rättigheterna och deras förverkligande: och i detta hänseende är de utpräglade legalstrategiska varianterna av intresse.

a. En första linje består i att det formella rättssäkerhetsbegreppet bibehålls intakt. Med rättssäkerhet bör då blott avses förutsebarhet som ett distinkt värde och ingenting annat. Givet denna åsikt möjliggörs *avvägningar* mot andra rättsliga värden. Med andra ord är detta en formell operation, baserat på en strikt rättspositivistisk åtskillnad mellan regel och värde. Som påpekats är detta en position som framför allt kännetecknar svensk rättsvetenskap och särskilt tydligt

⁵ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 598.

framträdande är denna åsikt hos Frändberg, Beyer, Jareborg och Zila (jfr kapitel 5).

Rättssociologen Thomas Mathiesen menar emellertid att det inte är självklart att välfärdsrättsliga värden bäst skyddas av en extensiv (materiell eller liknande) uppfattning av rättssäkerheten. Han skiljer i dessa sammanhang på en individ- och rättighetsorienterad 'rettssikkerhetsjuss' och en systemorienterad 'styringsjuss.' Den senare kännetecknas dels av att regleringen genomgått en förändring från metodinriktad till resultatorienterad målstyrning; dels en öppning av rättssystemet åt ett politiskt håll samt och dels har, menar Mathiesen, juridiken 'fusionerats' med andra samhällsvetenskapliga områden. 'Rettssikkerhetsjussen' är regelorienterad, relativt snäv och betonar "presise krav til metode, bindende regler, klarhet i instruksjer, samt vekt på autonomi i forhold til politiske interesser og innsnevring av forvaltningsskjønnet."⁶ 'Styringsjussen' har präglat den välfärdsstatliga normgivningen, medan 'rettssikkerhetsjussen' har en stark rättsstatlig ton. Den moderna välfärdsstaten är tvetydig, menar Mathiesen, ty å ena sidan tilldelar staten resurser och å andra sidan har staten därigenom en betydande 'undertrykkingspotensiale.' 'Styringsjussen' får, enligt Mathiesen, till följd att, även om den är avsedd att skydda svaga gruppers intressen, maktstarka intressen kan göra sig gällande i högre grad. Thomas Mathiesen är bekymrad för den responsiva rättens möjliga repressiva drag, därigenom att de intressen som förmår "gjennomtrengje" retts grenser og prege retten som kilder, er neppe svake gruppers interesser, men [...] maktstarke interesser."⁷ Målrationaliteten, "politiseringsen og samfunnsvitenskapeligjøringen [er] tendensielt åpene for maktsterke interesser og preget av en teknokratisk orientering der verdigrunnet, verdispørsmålene, og statens undertrykkelsepotensiale nedbetones."⁸ Det 'öppna' rättssystemet utgör alltså från legalstrategisk synvinkel ett allvarligt problem i skyddet av svaga gruppers intressen och enligt Mathiesen är därför en defensiv strategi grundreceptet i hanterandet av rättssäkerheten, för att motverka maktstarka intressen.

Frågan är därmed om resurssvaga grupper, exempelvis funktionshindrade, och deras intressen kan tillvaratas och stärkas med en 'rettssikkerhetsjuss' i en reflexiv rättsform präglad av 'styringsjuss.' Omvänt är det givetvis frågan om hur garantier mot godtycke från starka intressegrupper kan etableras. Enligt Mathiesen uppfattning är det så att "rettssikkerhetsjussen' i dag trenger en gjenreisning, som 'svar' på 'styringsjussens' fremmarsj" och det är till och med, enligt honom, så att "det er en viktig oppgave for progressive jurister i og utenfor universitetene å forsvare de gamle trekk ved den juridiske utdanning som prioriterer rettssikkerhetshensynene, og rollen som partsrepresentant fremfor overordnet styrer."⁹ Därför är den av Mathiesen föreslagna rättssäkerhetsargumentationen först och främst ett defensivt medel. Att 'rettssikkerhetsjussen' återupprättas som defensivt

⁶ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 474.

⁷ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 468.

⁸ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 472.

⁹ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 475.

medel innebär dock inte att Mathiesen är blind för att den har klara begränsningar som offensivt instrument. Med andra ord: "rettssikkerhetsargumentasjonen er ikke egnet som offensivt virkemiddel med det mål å skape 'det gode samfunn.'¹⁰ Att Mathiesen alltså förespråkar en defensiv formell rättssäkerhetsstrategi sammanhänger alltså med välfärdsstatens nedmontering – den defensiva strategin är trots allt också en legalstrategi.

b. Den andra möjligheten består i *utvidga*, *extendera* eller *supplera* det redan etablerade traditionella rättssäkerhetsbegreppet. Här är syftet att försöka *överföra* den formella rättssäkerhetens förutsebarhetskriterier till andra rättsområden, även de som kännetecknas av mål- och ramlagstiftning baserade på behovsrationalitet.

Jørgen Dalberg-Larsen ansluter sig delvis till Mathiesens defensiva hållning, men förespråkar ändå en mer offensiv hållning i relation till rättssäkerheten och menar att "det er mest fornuftigt at fastholde en ret snæver traditionel definition af retssikkerhed, så man nogenlunde ved, hvad man herved taler om" och därvid faller det sig rimligt att man önskar utvidga rättssäkerhetsbegreppet "da bør det nok gøres sådan, at man udvider med krav, hensyn og værdier, der ligesom de klassiske er borgerrelaterede, og som [...] kan siges at ligge i en naturlig historisk forlængelse af de klassiske."¹¹ Till väsentligen samma kategori, det vill säga att utgå från eller extendera det formella rättssäkerhetsbegreppet, kan Peczeniks 'materiella rättssäkerhet' och Aarnios 'rationella rättssäkerhet' (5.6) räknas. Detta extenderade rättssäkerhetsbegrepp är emellertid inte direkt avpassat efter välfärdsrättsliga förhållanden, utan syftar till en mer allmän bedömningsgrund.

Ett steg utöver Mathiesen och Dalberg-Larsen tar Wilhelmsson utifrån teorin om de 'allmänna lärorna.' Wilhelmsson utgår från "tendenserna mot ett öppnare och mer flexibelt normeringsmönster"¹² där den precisionsinriktade rättsdogmatiken delvis förlorat sin legitimationsgrund. Utifrån påpekandet, att rättsordningens 'nya element' snarare är behovsrationalellt än subsumtionslogiskt strukturerade förespråkar Wilhelmsson att en alternativ 'allmän lära' bör beakta både "de materiella värden som ligger inbäddade i de behovsrationala elementen i rättsutvecklingen och det värde som kommit till uttryck i det traditionella formella rättssäkerhetsidealet."¹³ Det vill säga, det är möjligt att jämsides ett utvecklande av materiell rättssäkerhet också bibehålla kravet på formell rättssäkerhet, enligt Wilhelmsson som hävdar att "rättsvetenskapen kan bidra till en ökad materiell rättvisa vid rättstillämpningen i komplicerade fall utan att samtidigt offra kravet på formell rättssäkerhet blott genom att utveckla nya och i förhållande till sam-

¹⁰ Mathiesen 'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn (1986) s 477.

¹¹ Dalberg-Larsen *Hvad er retssikkerhed, og hvordan kan den fremmes?* (1995) s 123f.

¹² Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna* (1986) s 36.

¹³ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna* (1986) s 36 (Min kursivering, HG).

hällsutvecklingen mer adekvata allmänna läror.”¹⁴ Vad avser rättssäkerhetsuppfattningen, tycks Wilhelmsson mena, att den kan utvecklas i en ’materiell’ riktning, dock utan att helt offra kravet på formell rättssäkerhet. Som tidigare påtalats tar de ’allmänna lärorerna’ fasta på motstridande sociala, etiska och filosofiska intressen som rätten uttrycker, varvid en alternativ rättsdogmatik kan extrahera nya huvudregler och, där det är befogat, låta huvudreglerna och undantagen byta plats i en slags ’principväxling’ och där en parts ”ekonomiska och sociala behov beaktas.. [...] vid utarbetningen av systemets allmänna principer.”¹⁵ Jag menar att Wilhelmsson endast till hälften genomför en ’principväxling’ i relation till rättssäkerhetsförståelsen, men jag menar att en konsekvent ’principväxling’ är möjlig att åstadkomma om den innefattar försöket att förmedla en ’ny’ förståelse.

c. Den tredje möjligheten är att alltså försöka etablera ett *nytt* begrepp; ett med den formella och den materiella rättssäkerheten jämsides existerande begrepp. Tidigare har redovisats att detta begrepp utgör en tredje historisk utvecklingslinje och har gemensamma drag mer den reflexiva rättens substantiella rationalitetsformer (5.7). Carsten Henrichsen urskiljer två typer av bredare rättssäkerhetsvarianter: den ena utgångspunkten består i att förena den formella rättssäkerheten (där förutsebarheten ingår som kännetecken) med en ”hensynsfullhed, forstået som et principielt krav om hensyntagen til det enkelte tilfældes særlige problemer ved den administrative skønsudøvelse i forbindelse med offentlig servicevirksomhed, erstatter forudsigelighedskravet til den offentlige myndighedsudøvelse”¹⁶ – alltså en *materiell rättssäkerhet*. Henrichsen framför, i linje med den av mig själv uttryckta uppfattningen, också den åsikten att den rättsliga förändringen (alltså, rättsfältets förändrade funktioner) kräver ett differentierat rättssäkerhetsbegrepp, men hävdar samtidigt, att ”kernen i det *almene* retssikkerhedsbegreb er (fortsat) statsmagtens og de offentlige myndigheders respekt for den enkeltes integritet, hvilket negativt udtrykt er et spørgsmål om at undgå magtmisbrug over for borgerne. Men dette hensyn kan realiseres på forskellige niveauer, svarende til at der kan udskilles forskellige retssikkerhedsformer.”¹⁷ Formell och materiell rättssäkerhet är alltså *konkreta* former av rättssäkerhet som uttrycker generell förutsebarhet respektive ändamålsenlig serviceverksamhet. I kontrast till dessa former kräver rättsutvecklingen ett rättssäkerhetsbegrepp där, ”kravet om en ligeværdig behandling af de forskellige interesser, der berøres af reguleringen, bliver det centrale kendetegn for borgernes retssikkerhed,”¹⁸ Närmare bestämt utpekar Henrichsen en ytterligare rättssäkerhetskategori:

¹⁴ Wilhelmsson *Social civilrätt* (1987) s 71.

¹⁵ Wilhelmsson *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorerna* (1986) s 37f samt Bruun/Wilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* (1983) s 712f.

¹⁶ Henrichsen *Retssikkerhed – en begrepsanalyse* (1993) s 325.

¹⁷ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 600f.

¹⁸ Henrichsen *Retssikkerhed – en begrepsanalyse* (1993) s 325.

En substantiel form for retssikkerhed, der skal sikre en ligeværdig behandling af borgerne. Det retssikkerhedsmæssige krav retter sig her mod indsatsens formålstjenlighed set i forhold til de værdier, hensyn og interesser, som de pågældende institutioner skal realisere. Det er en form for retssikkerhed, der har særlig relevans i en situation, hvor de styrende organer aktivt søger at påvirke og præge udviklingen af samfundet i overensstemmelse med de forandringer af social og teknologisk art, som finder sted. I denne proces må aktørerne – politikere, professionelle og bruger – indgå som ligeberettigede parter i forsøgene på at afklare problemerne og finde løsninger på dem.¹⁹

Detta rättssäkerhetsbegrepp med krav på likvärdighet och likaberättigat inflytande, benämner Henrichsen *substantiell rättssäkerhet*.²⁰ Henrichsen har uppställt följande typologi över de tre rättssäkerhetsbegreppen på följande sätt:²¹

	Formel retssikkerhed	Materiel retssikkerhed	Substantiel retssikkerhed
Hensyn	Forudsigelighed	Hensynsfuldhed	Ligeværdighed
Krav	Lovlighed	Hensigtsmæssighed	Formålstjenlighed
Garantier	Judicialisering	Professionalisering	Politisering

Carsten Henrichsen innovativa drag är att i utvecklandet av den substantiella rättssäkerheten införa 'likvärdighet' i begreppet, alltså att medborgarna behandlas likvärdigt utifrån sina egna förutsättningar.²² Beslutet skall också vara ändamålsenligt utifrån de procedurala ramar som ges. Detta kräver ett visst inslag av rättspolitiska initiativ.

Henrichsen menar att till 'miljöstatens' och adhocariets kännemärken hör hänsynen till en likvärdig behandling av medborgarna. Det substantiella rättssäkerhetsbegreppet som skisserats utifrån denna iakttagelse (eller vision) ”må [...] ”

¹⁹ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 601. De ovannämnda strategierna baseras i huvudsak på de olika argumentationsmodeller Ketscher utmålade i avsnitt 2.5. Den uppfattning som präglar den första definitionen (a) är åtminstone vad gäller den svenska generella åsikten om begreppet tveklöst att hänföra till en traditionell rättsstatlig argumentationsuppfattning. Mathiesen är emellertid en särling i det svenska sällskapet, men det finns legalstrategiska skäl bakom hans 'retssikkerhetsjuss,' som givetvis saknas hos hans svenska kollegor. Den andra uppfattningen (b) att extendera det rättsstatliga eller formella rättssäkerhetsbegreppet till nya (välfärdsstatliga) samhällsområden torde ha gemensamma drag med den dogmatikavvisande modellen. Den tredje strategin (c) är klart nynormativistisk enligt Ketschers indelning men behöver för den sakens skull inte vara utpräglat legalstrategisk. Henrichsen hänför exempelvis *inte* sin teoretiska ståndpunkt till Erikssons legalstrategiska rättsdogmatik, se *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 295.

²⁰ Henrichsens karakteristik sammanfaller med mina egna anförda åsikter om en *substantiell rättssäkerhet* (kortare: *socialsäkerhet*), se Gustafsson *Rättssäkerheten, moralen och 'socialsäkerheten'* (1988) och *Rättssäkerhet och 'socialsäkerhet'. På spaning efter det begrepp som flytt* (1992).

²¹ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 591.

²² Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 341.

pålägga myndigheterna att skapa en dialog om lösningen af de samfundsproblemer, som udviklingen medfører. Det bliver da – ideelt set – myndighedernes opgave at fungere som mæglere i forhold til de konflikterende interesser, som en regulering af de pågældende områder bringer i fokus.”²³ Detta kräver att myndigheterna förmår tillvarata såväl kortsiktiga verksamhetshänsyn som långsiktiga samhällshänsyn, vilket i sin tur å ena sidan kräver klara politiska direktiv om de värden som skall realiseras, och å andra sidan att det också lämnas en tillräcklig frihet för att anpassa och justera mål och medel i takt med samhällsförändringarna.

Enligt Henrichsen innebär då ”garantierne for retssikkerheden – den ligeværdige behandling af virksomheder og borgere – må da bestå i institutionalisering af et sæt af forhandlingsnormer, der placerer myndighederne i den nævnte mæglerrolle med hensyn til fastlæggelsen af resultatkrav til de enkelte lokalområders miljø i vid forstand.”²⁴ *Likværdighet* och inte välfärdsstatlig ’hänsynsfullhet’ eller rättsstatlig förutsebarhet blir ledande moment, vilket kräver en mer ’innovativ’ praktik av myndigheterna framför välfärdsstatens teknokratiska målinriktning eller rättsstatens byråkratiska rigida regelbundenhet.²⁵ För att uppnå eller förverkliga den substantiella rättssäkerheten och de mål som Henrichsen sätter upp för ’miljöstaten’ krävs närdemokrati och brukarinflytande: ”etablering af brugerdemokratiske ordninger i tilknytning til ledelsen af de offentlige institutioner betegner i så henseende en radikal udvidelse af lokaldemokratiet, som kan give borgerne nok så direkte muligheder for at blive hørt i den kommunalpolitiske beslutningsproces.”²⁶ En sådan reflexiv kommunikation kräver en *verklig dialog* mellan myndigheterna och medborgarna.²⁷ Dessa krav, eller förhoppningar, stämmer väl överens med de åsikter Hans Petter Graver och Lars D Eriksson förfäktade som viktiga inslag för att utveckla den reflexiva rätten (se 3.5.5). Den emfas Henrichsen lägger på att utveckla närdemokratiska och deltagande beslutsformer ligger också nära Willkes åsikt om den moderna välfärdsstatens predikament som blott en ’local hero’ (jfr 3.2.2) och kanske är det på det lokala planet som den reflexiva rätten och den substantiella rättssäkerheten kan finna fotfäste.

Vilka konsekvenser har då substantiell rättssäkerhet för socialrätten och sociala rättigheter? Frågan är om man bör sätta ’minstestandarder’ och ’gulv’ (jfr 5.5) för de sociala rättigheter som tilldelats som insatser enligt LSS. Det vill säga, trots en preciserad rättighetslagstiftning kan inte dessa rättigheter garanteras, som framgått. Den optimism som sålunda fanns i välfärdsstatens uppbyggnadsfas och även in på början av 1980-talet har förbytt i realism eller pessimism. Istället för att som tidigare försöka expandera och bygga ut den responsiva rätten, torde den reflexiva rättens diskursiva incitament vara möjliga att utveckla.

²³ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 599.

²⁴ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 599.

²⁵ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 340.

²⁶ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 600.

²⁷ Henrichsen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997) s 340, 346.

Problemet är, som påpekats, att det traditionella rättssäkerhetsbegreppet inför välfärdsstaten inte ger något reellt skydd för de sociala rättigheternas sociala systematik; snarare tvärtom, ty ur ett formellt synsätt erkännes de sociala rättigheterna ingen med andra rättigheter *likvärdig* rättslig status. Det krävs därför ett differentierat rättssäkerhetsbegrepp som förmår skydda dessa rättighetstyper *även under välfärdsstaten*.

Den behovsrationella modellen innebär, att rättssäkerheten frångår och bryter med normrationalitetens formella förutsebarhetskriterier, till förmån för en ökad social tolkning med en kausal helhetsbedömning med emphasis på en social-politisk 'förutsebarhet' som lägger tyngdpunkten på en systematisk kontroll av den rättstillämpande myndigheten, för att motverka godtycke. Dessa sociala aspekter skulle, såsom ett rättssäkerhetskrav, vara inriktade på de rättsliga besluten beaktar de *sociala* verkningarna och effekterna.

Jag skulle således till Henrichsens karakteristik vilja infoga – och kanske förtydliga – att de olika varianterna därmed också handlar om det rättsliga beslutets konsekvenser och att ett beslut kan vara godtagbart på olika sätt:

	Formell rättssäkerhet	Materiell rättssäkerhet	Substantiell rättssäkerhet
Godtagbarhet	Rättslig godtagbarhet	Etisk godtagbarhet	Social godtagbarhet

6.1.2 Social rättssäkerhet?

Det ovan anförda betyder att en utveckling av rättssäkerhetsbegreppet i en alternativ riktning kan utvecklas, nämligen genom en introduktion av ett socialt moment i rättssäkerheten: *social godtagbarhet*. Den sociala godtagbarheten utgår från den förutsättningen att rättsliga beslut, även om de är förutsebara och rättsligt förankrade, kan få oförutsedda negativa konsekvenser i *socialt* hänseende. I de rättsliga situationer som involverar socialrättsliga frågor, bör en analys av de sociala konsekvenserna vara ett normalt inslag i en rättssäkerhetsbedömning och det rättsliga beslutet således vara *socialt godtagbart*.

För att inte förväxla denna genomgripande förändring i rättssäkerhetens materiella sida med andra former av sk materiell rättssäkerhet (jfr 5.6.2) ges denna sociala och substantiella rättssäkerhet den stipulativa beteckningen *social rättssäkerhet* eller '*socialsäkerhet*.' Mot detta har Peczenik invänt att "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.”²⁸ Vad jag här, delvis i linje med Henrichsens preciseringar ovan, åsyftar är emellertid något vidare och mer omfattande än Peczeniks åsikt, eftersom jag anser att den senare likaväl kan utsträckas till att omfatta ett socialt ansvar för också den formella rättssäkerheten och än vidare till all rättstillämpning över huvud taget. Det vore naturligtvis gott – men det är inte gott nog, eftersom det inte är tillräckligt preciserat som juridisk kategori, utan det ’sociala ansvaret’ i Peczeniks mening riskerar att konsumera såväl formell och materiell som substantiell rättssäkerhet, varför distinktionen dem emellan onödiggörs.

Skillnaden mellan den av Peczenik angivna definitionen av materiell–etiska rättssäkerhet och den här förespråkade sociala rättssäkerheten är bla att den förra i huvudsak baseras på en rättsstatlig normrationalitet men målrationella inslag (särskilt systemrationalitet), medan den senare utgår från de sociala och välfärdsrättsliga behovs- och diskursrationella modellerna. Dessutom baseras reflektionen på en uppfattning om skillnader mellan etisk och social konsekvens och rättfärdigande. En illustration till skillnaden är det tidigare anförda sk Hitlerargument (kapitel 5.6.2): om argumentet håller innebär det omvänt att alla rättsliga beslut som *inte* är etiskt förkastliga i den ovan synnerligen starka betydelsen därmed är etiskt godtagbara? Om de är etiskt godtagbara, är därmed dessa rättsliga beslut därför att karakterisera som uppfyllandes kravet på rimlig rättssäkerhet? Även om jag helt och fullt är enig med Peczenik om etikens prima facie–status, vill jag ändå framföra viss kritik. Min första invändning är att den etiska ribban för materiell–etisk rättssäkerhet är placerad för högt: få rättsliga beslut är av sådan dignitet att de skulle kunna jämföras med judarnas situation under Hitler–tyskland. Den andra invändningen är att Peczeniks etiska godtagbarhet underförstått medför ett antagande att det är möjligt att skilda samhällsliga värdebaserade rättsprinciper, olika rationalitetsformer och regleringstyper kan vägas mot varandra med den materiella rättssäkerheten som måttstock, vilket torde innebära att inga värden eller principer egentligen är inkommensurabla (se Peczeniks åsikt om detta, 2.1.2). Min tredje invändning eller påstående, är att ett beslut kan vara oacceptabelt ur en synvinkel utan att vara det ur en annan. Ett rättsligt beslut kan vara förkastligt ur social synvinkel, utan att vara extremt förkastligt ur en etisk synvinkel; dvs det sociala slutgiltiga övervägandet kan nå tidigare än det etiskt slutgiltiga, ändå att det etiska har en prima facie–giltighet. Beroende på tyngdpunkt och konkretionsgrad kan alltså ett rättsligt beslut vara socialt oacceptabelt och förkastligt men ändå vara etiskt prima facie–giltigt.²⁹ – eller annorlunda, ett rättsligt kan vara etiskt prima facie,

²⁸ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 100. I detta liknar Peczeniks eventuella invändning mot en social rättssäkerhet, paradoxalt nog, Jareborgs invändning mot Peczeniks ’materiella’ rättssäkerhet (6.6.2). Se vidare Peczenik/Schött *Juridisk konservatism* (1993) s 720 om kommentarer runt Gustafsson *Rättssäkerheten, moralen och ’socialsäkerheten’* (1988).

²⁹ Beträffande diskussionen om slutligt övervägande och prima facie–giltighet, se Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 459ff, 484ff och 661ff.

men inte socialt slutgiltigt övervägt. Översatt till rationalitetsterminologi: ett beslut kan vara behovsrationellt förkastligt, men samtidigt systemrationellt välgrundat.

Det ovanstående resonemanget om de sociala rättigheterna applicerat i relation till social godtagbarhet och social konsekvenshänsyn resonemanget baseras på ett antal förutsättningar. För det *första* att de sociala förhållanden som uttryckts i de sociala rättigheterna artikuleras inom ramen för en reflexiv rationalitet (jfr Teubner); de sociala rättigheternas tillgodoseende underkastas därmed direkt social resultatorientering. För det *andra* att de materiella värden som ligger inneslutna i det sociala rättighetssystemet beaktas genom en behovsrationell argumentationsmodell (jfr Eriksson). För det *tredje* har denna behovsorientering i den socialrättsliga rättstillämpningen, inneburit ett avsteg från likabehandling till en 'olikbehandling' i den individuella behovsprövningen, vilket betyder att rättssäkerheten, istället för en generell strikt förutsebarhet, bör lägga tyngdpunkten på en efterföljande systematisk kontroll av den rättstillämpande verksamheten, så att de sociala rättigheterna garanteras i det enskilda fallet med de specifika sociala omständigheter som föreligger. För det *fjärde* måste hänsyn tas till själva förekomsten av sociala rättigheter, såsom uttryck för *verkliga* sociala värden och intressen, och att de, som framhölls i avsnitt 4.3.3, är äkta legala kravrättigheter, som kan omfattas av en extensiv rättssäkerhetsuppfattning. I annat fall bör den inte särskilt tilltalande existensen av om omfattande skenrättigheter accepteras: alltså förekomsten av en stor mängd rättigheter som inte är rättssäkra. För det *femte* medför det att beslutsfattaren och rättstillämparen måste beakta de konsekvenser ett beslut som grundas på skönsmässiga överväganden rent faktiskt och socialt innebär. Även om beslutet kan sägas uppfylla den formella rättssäkerheten är det inte tillräckligt, även om beslutet är etiskt godtagbart och uppfyllandes den materiella rättssäkerheten är heller inte det tillräckligt, utan en strävan mot social godtagbarhet måste vara önskvärd – en social rättssäkerhet.

Rättstillämpningen bör alltså vara förutsebar, och inte godtycklig, i såväl rättsligt, etiskt som socialt hänseende. Ett nyckelbegrepp i rättssäkerheten är sålunda det individuella ansvarstagandet för tillämparen, eftersom rättssäkerheten definierats *inte* som en egenskap hos rättsordningen utan som ett begrepp som närmare bestämt avser relationen mellan medborgaren och tillämparens regel användning och det rättsliga beslutets konsekvenser (jfr avsnitt 5.1). Detta innebär att rättssäkerhet är en angelägen fråga inte bara ur medborgarens perspektiv, men också för tillämparen: *ur rättstillämparens perspektiv innebär det ett ansvarstagande för att det rättsliga beslutet är acceptabelt med hänsyn tagen till ett beaktande av de sociala konsekvenser det ger upphov till, och ur individens perspektiv innebär det att ett beslut inte skall upplevas som socialt oacceptabelt, utan att det skall vara socialt godtagbart.* Det innebär emellertid inte att varje för individen negativt avslag alltid skall förväntas i ett gynnande beslut eller dom, men det innebär ett krav på att det rättsliga avgörandet skall vara socialt välmotiverat, djupjustifierat och godtagbart.

Mer specifikt innebär det att rättstillämparen i sitt beslutsfattande måste beakta olika konsekvenser av beslutets verkningar, alltså beakta om det kan upplevas som godtagbart för den som möter beslutet: en djupare rättfärdigande innebär att beslutet övervägs i tre steg. Det första övervägandet innebär ett beaktande av den formella rättssäkerhetens förutsebarhetskriterium, alltså huruvida beslutet är rättsligt godtagbart (i grunden återfinns naturligtvis legalitetsprincipen), i ett andra steg bör beslutet testas mot den materiella rättssäkerheten där förutsebarheten viktas mot andra centrala värden och principer vari en reflektion över de etiska konsekvenserna måste följa. I det tredje steget aktualiseras så den sociala godtagbarheten i tillämpningsförfarandet, med andra ord om beslutet utgör en självständigt och tillräckligt begrundad social godtagbar rättsföljd.

Förutsebarhet får härmed ett avsevärt vidare omfång än det traditionellt givits i svensk rättsvetenskap (jfr 5.4.2 jämte 5.6–5.7), i den bemärkelse att ett rättsligt beslut, utöver att uppfylla legalitetsprincipen, skall ha *acceptabla konsekvenser* som är förutsebara i en vidare betydelse. Bland dessa acceptabla konsekvenser måste såväl rättslig och etisk–moralisk som social relevans uppmärksammas. *Rättsligt acceptabla konsekvenser* ligger nära den formella rättssäkerheten och dess nära samband med legalitet; *etisk–moraliskt acceptabla konsekvenser* har beröringspunkter med den materiella rättssäkerhet som bland annat Peczenik förespråkade och utvecklat; de *socialt acceptabla konsekvenserna* avser att närmare specificera den substantiella och sociala rättssäkerhet som här framförts. Tre rättssäkerhetskonskvenser urskiljs härmed: *formell* rättssäkerhet som siktar på legalitet, *materiell* säkerhet vilken syftar på beslutets legitimitet samt *social* rättssäkerhet som beaktar beslutets sociala funktion och godtagbarhet.

Sammanfattningsvis innebär det, att den formella rättssäkerheten i defensivt syfte fortfarande bibehålls i de rättsliga områden, där individen står i ett direkt motsatsförhållande till statlig maktutövning. Härvidlag har den klassiska subsumtionsmodellen, normrationaliteten samt det formella förutsebarhetskravet fortsatt relevans. Detta innebär, nota bene, att de rättigheter och de rättsområden (straff- och processrätten, viss civilrättslig och offentlighetsrättslig) som kännetecknas av ett *direkt* motsatsförhållande till staten *fortfarande* bör garanteras av ett traditionellt formellt betingat rättssäkerhetsbegrepp. Det traditionella begreppet är *inte* historiskt passé utan har en fullt berättigad samtidighet i just *dessa* områden. Detta är en följd av polyvalens. De lagar och normer som däremot ger uttryck för vissa allmänna, kollektiva och sociala intressen och målsättningar och där beslutsprocessen baseras på målrationalitet, och behovsöverväganden, är en rigid förutsebarhet inte längre möjlig. En substantiellt inriktad rättssäkerhet med emfas på kontrollmöjligheter kan i behovsrationellt syfte kunna ge indikationer på reella lösningsmöjligheter.

6.1.3 Rättighetslagstiftning och social rättssäkerhet

Utifrån dessa olika definitioner av rättssäkerheten skall avslutningsvis bedömas i vilken utsträckning LSS allmänt sett för individen kan bedömas som rättssäker i de tre anförda betydelserna.

- Uppfyller LSS kravet på *formell* rättssäkerhet? Ja, tveklöst. De garantier och de rättigheter som finns inbyggda i systemet är klara, preciserade och otvetydiga. Dessutom synes själva behovsprövningen inte ge upphov till andra antaganden eller slutsatser. Detta trots att rättstillämpningen uppvisar ett betydande inslag av fördröjd verkställighet. Frändberg menade (5.6) att ett av syftena med rättssäkerheten var att motverka sk *rättspervertering*, vilket syftar på de fall där regler finns, men där 'överheten' inte bryr sig om dem – det synes som om Frändbergs beteckning synnerligen väl beskriver tillståndet för LSS. Frändberg förespråkar dock, som tidigare nämnts, en formell rättssäkerhet som remedium, men den är i förevarande fall tandlös.

- Uppfyller tillämpningen av LSS den materiella rättssäkerheten? Ja, *givet* principen om kommunal självstyrelse – och de kommunalrättsliga rättsprinciper och rättsregler som är uppbyggda runt detta – är besluten etiskt godtagbara. Det vill säga en prioritering av lokal demokrati och lokala ekonomiska resurser är inte etiskt förkastlig. Det kan inte vara etiskt förkastligt, enligt denna syn, att sakna resurser. Jakande också i den meningen att kommunens svårigheter med att verkställa gynnande beslut (och domar) inte grundas på moraliskt eller etiskt tveksamma grunder, utan den fördröjning av verkställigheten som i många fall existerar är beroende på ekonomisk resurstilldelning och lagstadgad balanserad budget. Detta är inte moraliskt eller etiskt förkastliga värden i sig, utan annorlunda och värdefulla värden (utifrån den grundlagsfästa kommunala självstyrelsen). Å andra sidan kan hävdas att kommunerna har en *plikt* att följa gällande lagstiftning eller en *plikt att prioritera* – denna absoluta regelfölsamhet skall naturligtvis inte bara avse verkställigheten av sociala positiva rättigheter, utan måste avse all rättstillämpning. Men i detta ligger en paradox, ty i denna moraliska plikt till absolut regelgehör, är fröet till en rigid rättspositivism planterat med risk för en uppblommande formell rättssäkerhetsuppfattning.

- Uppfyller LSS kravet på *social* rättssäkerhet? Utifrån kriteriet om etisk godtagbarhet är det svårt att argumentera för att man skall avstå från kommunal självstyrelse till förmån för funktionshindrades rättigheter. Men tillämpas kriteriet *social godtagbarhet* eller *social konsekvenshänsyn* är förekomsten av icke verkställda gynnande beslut (fördröjd verkställighet) under inga omständigheter att betrakta som uppfyllandes rimliga krav på social rättssäkerhet. Att beslut inte verkställs inom rimlig tid, eller inte alls, kan medföra sådana socialt förödande konsekvenser, både för den enskilde själv som för anhöriga och personer i hans omgivning, att situationen inte är socialt acceptabel.

Rättssäkerhetsproblematiken är således inte enbart begreppsanalytisk eller lagstiftningsteknisk, utan framförallt krävs det en rättsvetenskaplig attitydförändring; såväl vad avser rättssäkerhetsbegreppets ideologiska belastning av formell förutsebarhet baserad på negativa rättigheter, som en förändrad syn på de sociala rättigheternas status. I detta avsnitt har framförts möjligheterna att uppställa några olika rättssäkerhetsbegrepp som delvis täcker olika rättsområden och olika samhällsområden. Syftet är att skapa och definiera begrepp som uppvisar sammanhang med områdesspecifika sektorer och det finns därför anledning att i det följande närmare problematisera det tidigare påståendet om lokala rättssäkerhetsbegrepp i relation till den vidare teoretiska diskussionen om koherens (se nedan 6.4–6.5).

6.2 Invändningar mot pluralism, polycentri och polyvalens

6.2.1 Hur (be)skriva gränsen: semantik eller oenighet?

Innan jag försöker precisera under vilka omständigheter det både generellt och inom socialrättsområdet är möjligt att upprätthålla en normativ polyvalenslära, är det dock viktigt att först uppmärksamma något av den kritik som riktats mot vissa inslag i de beskrivna rättspluralistiska varianterna, som beskrevs i kapitel 3.

Utifrån ett radikalt polyvalent perspektiv är de rättspluralistiska riktningarna på olika sätt otillräckliga. Den *klassiska rättspluralismen* har brister i flera hänseenden: för det första har den enbart beaktat sk primitiva samhällen och koloniala förhållanden, för det andra utgick den enbart från ett externt perspektiv och för det tredje försökte man tolka de normativa företeelserna i dessa samhällen *genom* den begreppsram som de västerländska rättssystemen tillhandahöll. När det gäller den *nya rättspluralismen* står den inför likartade problem, ty även här ges enbart externa förklaringar som saknar den interna dimensionen av rättslig förståelse. Den går inte in på rättssystemsnivå utan nöjer sig med att beskriva hur rättsfältet ingår i en mängd olika sammanhang, vars funktioner givetvis är mångfacetterade och ingår i pluralistiska sammanhang. Det karakteristiska för denna fas är att såväl rätten som rättsbegreppet *reduceras* till vaga sociala normer. Vinsten med rättspluralism i denna variant är emellertid att rättspluralism lyfts fram som en gemensam nämnare för alla samhällen, oavsett 'utvecklingsnivå.' Dess ovedersägliga förtjänst är naturligtvis också att den är nödvändig genom dess inriktning på moderna västerländska samhällen. Den allmänna kritiken kan även

specificeras: för det första tar teorierna inte hänsyn till rättens interna struktur och karaktär; för det andra tenderar de att reducera rätten, rättsbegreppet och rättsvetenskapen till ett socialt meningssammanhang i bredast möjliga betydelse, dvs ett oåtkomligt område fredat för rättsvetenskaplig teoribildning. Detta kan paradoxalt nog leda till att rätten *både* reduceras till ett socialt mönster utan särskiljande drag *och* stärks som en autonom sfär. Därmed försvagas rättsnormernas tydlighet å ena sidan, men å andra förstärks samtidigt föreställningen om rätten som ett slutet system.

Att rätten alltså *förstärks som autonomt fält* och tas som en förebild för normerande system i allmänhet, kan belysas med Leopold Pospisil som benämner samhällets olika normativa skikt för *rättsliga* nivåer och *rättssystem*, men vore det inte mer adekvat att tala om *normativa* nivåer eller *normsystem*? Pospisils poäng är dock att dessa sociala skikt så pass mycket liknar rättsliga fenomen – både vad avser sanktioner och auktoritet samt att de har en (minst) lika stor normativ betydelse – att en sådan karakteristik enligt honom är berättigad. Detta har dock inneburit att den interna analysen lämnats till traditionell rättsvetenskap och på detta sätt kanske förstärkt det inomvetenskapliga monocentriska tolkningsföretrådet.

Kritiken att *rättsbegreppet tenderar att förtunnas* innebär, att beteende definieras som social kontroll vilket till sin normerande styrka eller betydelse jämföras med 'lag.' Det vill säga, varje normstyrt beteende, varje social norm, antages stå i paritet med rättsliga normer – i den mer speciella bemärkelsen av informell, oskriven lag, icke kodifierad sedvänja och så vidare. En representant för denna riktning där rättsbegreppet tunnas ut, är rättssociologen Hans Petter Graver. Frågan Graver ställer sig, utifrån ett rättssociologiskt perspektiv, är i vad mån det är meningsfullt att använda en terminologi som använder de rättsvetenskapliga begreppen *rättssystem* och *rättsordning* och menar att snarare än "å snakke om *en* gjeldende rett eller *ett* rettssystem i et samfunn, bør man snakke om ulike normsystemer som dels angår ulike ting og som dels overlapper hverandre."³⁰ Graver menar att då det klassiska begreppet gällande rätt, som knutet till ett enhetligt rättssystem bundet till staten, inte längre kan upprätthållas, innebär det att "ulike normer er gjeldende i de ulike systemer."³¹ Slutsatsen blir således att rätten bör "oppfattes som en samfunnsmessig institusjon med normativt regulerte koblinger mellom ulike roller og aktører."³² Den juridiska rättsdefinitionen kan dock "tas som utgangspunkt for avgrensningen av den rettslige institusjon fra andre samfunnsmessige institusjoner."³³ Pospisils och Gravers synsätt är båda olyckliga, menar jag, av det skälet att svårigheter uppstår vid beskrivningen av pluralistiska strukturer och företeelser *inom* rätten. I det förra fallet överges studier av plura-

³⁰ Graver *Normative systemer – skisse til en oppløsning av rettsbegrepet* (1989) s 60.

³¹ Graver *Normative systemer – skisse til en oppløsning av rettsbegrepet* (1989) s 66.

³² Graver *Ann. af Dalberg-Larsen: Lovene og livet* (1990) s 97.

³³ Graver *Ann. af Dalberg-Larsen: Lovene og livet* (1990) s 97.

lism till en monocentriskt präglad vetenskap, i det senare monopoliseras dessa studier av externa perspektiv.

När de rättspluralistiska och polycentriska teorierna stannar vid en deskriptiv analys av allmän social och kulturell pluralism där de rättsliga normerna enbart utgör specialfall, och inte ens särskilt viktiga sådana, berättigar det en kritiker som Brian Tamanaha att fråga "why 'legal' pluralism rather than 'normative' pluralism or 'rule system' pluralism?"³⁴ Inte heller de som förespråkar pluralism och polycentri är befriade från rättsvetenskaplig skepsis: exempelvis undrar Gunther Teubner "where do we stop speaking of law and find ourselves simply describing social life?"³⁵ och Henrik Zahle frågar sig "how do we define law under these circumstances? Does pluralism lead to a dissolution of the concept of law? Or an extension? Or perhaps a relativization?"³⁶ Frågan är central, ty det är mer som står som spel än terminologiska dispyter: problemet är att pluralistisk teoribildning tappar bort det distinkt rättsliga vilket i sin tur medför svårigheter att analysera relationen mellan rätten och det sociala. Teubner menar att olika normer kan ses i ljuset av diskursiva arrangemang: "legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observes social action under the binary code of legal/illegal [...] the binary code [...] refutes categorically any hierarchically superior position of the official law of the State, but invokes rather the imagery of a heterarchy of diverse legal discourses."³⁷ Teubners ansats skapar givetvis utrymme för en analys av olika normers kommunikativa påverkan,³⁸ men löser enligt min mening inte problemet med jämförbarheten, dvs relationen mellan det *rättsliga* systemet och *andra* normerande system. Med andra ord byts det diffusa begreppet 'social kontroll' mot det inte mindre oklara fenomenet 'kommunikativ process.' En möjlig lösning består då i att reservera just *rättsnormer* för det rättsliga normsystemet, i vilket inbegripes både rättsregler och rättsprinciper (jfr 2.1.1), men att samtidigt framhäva att rättsfältet ingår i olika normerande sammanhang (jfr 2.2.3). Rättsprinciperna undflyr naturligtvis inte gränsdragningsproblematiken, utan tydliggör kanske framförallt en diffus zon där värdena

³⁴ Tamanaha *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism* (1993) s 199. Se även Dalberg-Larsen, som förespråkar ett 'graderet begreb,' *Rettens embed – en illusion?* (1994) s 117.

³⁵ Teubner *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1449.

³⁶ Zahle *The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics* (1995) s 197.

³⁷ Teubner *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1451.

³⁸ Teubner menar, utifrån en diskursteoretisk ansats, att den nya rättspluralismen måste fokusera på "the fragmentation of social self-reproduction in a multiplicity of closed discourses," *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1457. Därmed är det i en "horizontal dimension, in the relation of law to a variety of other language games, that we today observe pluralist norm production processes," s 1457. Insikten om rättslig pluralism gör "the law 'responsive' toward society by transforming social self-reproduction processes into sources of law production," s 1460; dvs de sociala processerna är rättens källor i en bredare normativ mening. Se även Ricœur *The Plurality of Sources of Law* (1994).

möts – och i denna gråzon är det givetvis omöjligt att med funktionell säkerhet särskilja ett socialt värde från ett rättsligt: dvs här är det epistemologiskt ohållbart att rättsvetenskapen enbart förlitar sig på rättsliga kriterier, varför sociologisk begreppsbyggnad också nödvändiggörs.³⁹

Huvudsakligen avser det rättsvetenskapliga problemet möjligheterna och svårigheterna att språkligt ge uttryck åt ett nytt paradigm med gamla eller åtminstone andra begrepp. Det är ett generellt problem när det gäller att beskriva skillnaderna mellan rättsmonocentrism och rättspluralism, då de grundläggande begreppen ingår i och ursprungligen formulerades i en monocentrisk ideologi;⁴⁰ dvs rättspluralismens begreppsarsenal blir, i värsta fall, blott en negativ spegelbild av monocentrismen, en 'vicious circle' vilken utsätter begreppen för 'conceptual colonialism'.⁴¹ Baoudouin Dupret menar emellertid att gränsdragningsproblematiken saknar såväl relevans som värde ur ett sociologiskt perspektiv – "the question of the boundaries of juridicity [...] is devoid of sociological relevance" – och hävdar följaktligen att "we should resolutely move away from legal categories and towards social categories:"⁴² eller med andra ord 'from the law to the norm.' Dupret förespråkar (inte olik Håkan Hydén), en 'sociology of normative plurality' vilken begynner med en "deconstruction of the norm" och fortsätter med "a mode of examination which concerns itself with the plurality of *loci* of norm production."⁴³

John Griffiths har senare beklagat att just termen *legal pluralism* kom att användas även för att beteckna de sociala normsystemen; han menar, samtidigt som han framhåller det triviala i att pluralisterna lägger energi på att positionera sig medelst olika begrepp (jag själv är tyvärr inget undantag), att andra begrepp hade varit bättre, såsom *normative pluralism* eller *pluralism in social control*.⁴⁴

³⁹ Teubner betecknar dessa begrepp, kanske principer, för 'institutionella länkar' mellan olika diskurser: "it is their very ambiguity that makes them the institutional links between legal and social processes. They represent, at the same time, social norms and legal norms, 'standards' as well as 'directives.' Like the ancient Roman god Janus, they have a double-faced character. While the concept is identical in law and society, it is nevertheless different; if you look at it from society 'outside' it is different from what you see if you look at it from law 'inside'" [...] "they have no fixed reference and take on a different meaning according to the context of the relevant discourse. They have no determined content but are *loci* for the socio-legal debate," *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* (1992) s 1458.

⁴⁰ De Lange *Divergence, fragmentation and pluralism. Notes on polycentricity and unity in law* (1995) s 113.

⁴¹ Dupret *Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world* (1999) s 30.

⁴² Citatet från Dupret *Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world* (1999) s 30ff.

⁴³ Dupret *Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world* (1999) s 38f.

⁴⁴ Griffiths *Preface* (1999) s viii. Twining hävdar att det är lämpligast att se 'legal pluralism' som underavdelning till det mer bredare begreppet 'normative pluralism', *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 83.

6.2.2 Contra et pro?

Utöver det semantiska (sken-)problemet, finns det givetvis andra mer djupgående invändningar, som explicit har riktats mot polycentrins konsekvenser; invändningar vilka har relevans även för en teori om rättens *polyvalens*. Det är i huvudsak tre relevanta invändningar; rättsskälreläran, de normativa aspekterna och de metodologiska uppgifterna. Kritikerna av polycentri-läran har sällan något att invända mot det empiriska sakförhållandet, alltså att ifrågasätta de faktiska splittrings- och polycentritendenserna, utan det är främst de normativa och metodologiska konsekvenserna av polycentrin som ställer sig problematiska. Här presenteras denna nordiska kritik av Peter Blume och Aleksander Peczenik.

a. Peter Blume bejakar förekomsten av rättsskällornas polycentri – ”polycentri er et fællestræk for alle retskilder”⁴⁵ – men vill inte acceptera föreställningen om en *rättens* polycentri: dvs begreppet ‘gällande rätt’ är fortfarande intakt enligt den traditionella rättsvetenskapens mönster. Blume försöker istället plädera för en kombination av en faktiskt konstaterbar rättsskälpolycentri *och* en rättsvetenskaplig metodologisk monism, som baseras på grundförutsättningen om rättens enhet. Blume menar att ”selv om retskildeanvendelsen er polycentrisk, er der for så vidt angår kriterierne for fastlæggelsen af gældene normer tale om ét retssystem. Gældbegrebet er dermed monocentrisk [...] der må skelnes mellem retten, dvs. de gældene normer, og rettens kilder;”⁴⁶ dvs begreppet ‘gällande rätt’ är monocentriskt och användbart inom hela rättsordningen. Till yttermera visso hävdar Blume att ett ”monocentrisk gældbegreb er ikke til hinder for anerkendelsen af nye retskilder.”⁴⁷ Rättens eventuella enhet kan, menar Blume, endast avgöras via ett studium av ‘kriterierna for fastlæggelsen af gældene normer’ – men därmed har hela problemformuleringen enligt min mening övergått i en frågeställning huruvida det föreligger en *faktisk* förekomst av en grundläggande rättsvetenskaplig *konsensus* avseende dessa kriterier. Blumes synnerligen starka tes är, att rättsystemet är “en helhed undergivet det samme erkendelsemæssige grundlag. Retsvidenskabens og den retlige dogmatik er dermed også en enhed.”⁴⁸ Som torde ha framgått finns det anledning till försiktighet att hävda att en sådan kunskapsmässig en(ig)het är för handen. Frågan innefattar egentligen två aspekter; *kan* en monocentrisk rättsteori skapa enhet – åtminstone i argumentation och tolkning – och, givet ett jakande svar, *bör* då rättsdogmatiken eftersträva en sådan enhet? Svårigheterna är oöverstigliga i att avgöra vilken argumentations- och tolknings-

⁴⁵ Blume *Til en ny retskildelære* (1990a) s 875.

⁴⁶ Blume *Til en ny retskildelære* (1990a) s 876f, *Polycentri og monocentri. Om retskilder og gældende ret* (1990b) s 20, 37 och *Polycentri og kunstig intelligens* (1993) s 165.

⁴⁷ Blume *Polycentri og monocentri. Om retskilder og gældende ret* (1990b) s 38.

⁴⁸ Blume *Polycentri og monocentri. Om retskilder og gældende ret* (1990b) s 37.

teori som *skall* eller *bör* vara vägledande vid de olika metodvalen. Eftersom inget svar är självklart heller på denna nivå reproduceras pluralismen även på det meta-teoretiska bedömningsplanet.

Två vägar är, såvitt jag kan se, öppna här: den ena är att *en* uppfattning av 'gällande rätt' och *en* rättskälrelära anses överordnad andra tänkbara varianter. Den andra är att rättsvetenskapen framledes måste laborera med *flera* sidoordnade rättskälreläror och ett flertal teorier om 'gällande rätt,' dvs den normativt-metodologiska aspekten blir då i samklang med den faktiskt konstaterbara polycentrin i övrigt. Enligt min mening, kan man inte, som Blume, bejaka en polycentri på epistemologiska grunder, men tillbakavisa den på metodologiska grunder, med mindre man offerar konsistens i teorin. Men kanske priset för enhet och koherens är inkonsistens?

Viktigt att notera är att den deskriptiva fasen – dvs konstaterandet av en möjligt förekommande 'polycentri', eller en eventuell 'monocentrism' – inte får försvåras av ett normativt önskemål om rättsordningens enhetliga struktur. Men Blume menar, att "netop i en normativ retskildelære er det muligt at tage stilling til hvilke kilder, der kan anvendes."⁴⁹ Frågan är givetvis i vad mån det är praktiskt möjligt, att på epistemologisk grund erkänna en konstaterbar rättslig polycentri, men ändock vidmakthålla en paradigmatiske rättsvetenskaplig metodologisk monism: vad kan man alltså vinna med en konstruktion som förutsätter en medvetet hållen diskrepans mellan epistemologi och metodologi? En konsekvens av Blumes resonemang är, att det rättsvetenskapliga forskarsamfundet har att bestämma sig för vilka källor som utpekar vägen till 'gällande rätt.' Jag överlämnar med varm hand detta klassiska företag till Blume som på vägen kan erinra sig Per Henrik Lindbloms upplysning om att "det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige."⁵⁰ En annan konsekvens av polycentrin är, enligt Vikner, att gällande rätt endast har mening och relevans "inden for et og samme myndighedssystem og ikke i retssystemet som sådan;"⁵¹ alltså en myndighetsspecifik gällande rätt, där gällande rätt inte entydigt kan bestämmas "på tværs af myndighedssystemerne."⁵² Gällande rätt är för Vikner ett rättstillstånd som uppkommer av myndighetens *specifika avgöranden* samt av medborgarens, den rättssökandes, upplevelse av att denna myndighet är det korrekta beslutsorganet.⁵³ Med andra ord skulle

⁴⁹ Blume *Til en ny retskildelære* (1990a) s 879.

⁵⁰ Lindblom *Lagtolkning eller rättstillämpning?* (1987) s 437.

⁵¹ Vikner *Den polycentriske ret* (1989) s 171.

⁵² Vikner *Den polycentriske ret* (1989) s 171.

⁵³ Vikner framhåver i sin definition det "realistisk-emotionelle element i retsfastsættelsen," *Den polycentriske ret* (1989) s 171. Vikner benämner denna utvidgade polycentri för *differentiell rätt* i det att "der i retssystemet ikke er tale om ét retsbegreb, om ét gældbegreb, men om en flerhed af retsbegreber og gældbegreber; retten er differentieret og fragmentarisk," *Den polycentriske ret* (1989) s 173. Boe förespråkar, utifrån det icke ovanliga tillståndet att en jurist ofta upplever ett "rettskildenød," ett relativt 'gällande rätt'-begrepp, *Forvaltningsrettslige polycentritendenser* (1993) s 285f.

det finna en mångfald *gällande rätter* och vi är nu tillbaka hos Thomas Wilhelmsson, som menar att: "då olika rättskällor har olika betydelse för olika myndigheter [...] upplöser sig det enhetliga begreppet 'gällande rätt' till ett spektrum av 'gällande rätter' uppburna av olika myndigheter med varierande roller i rättstillämpningen."⁵⁴

b. Ett uttalat *normativt* motargument till polycentrin innebär att det ligger ett värde i att hålla fast vid den rättsvetenskapliga uppfattningen att rätten inte är *normativt* splittrad. Detta normativa värde måste enligt min mening, för att ha någon plausibel relevans, väga tyngre än det rent faktiska förhållandet att rätten *de facto* är polycentrisk eller polyvalent. Det vill säga, det normativa sakskalet måste överskugga fakticitetens sakskalet. Vad är ett sådant normativt sakskalet? Ja, demokrati till exempel.

Aleksander Peczenik menar nämligen "att 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." Peczenik fortsätter med att "antagandet om rättssystemets enhet stärker den demokratiska rättsstaten, eftersom den hjälper till att underkasta olika slags normgivning riksdagens, folketingets eller parlamentets överhöghet; och det ökar rättsordningens rationalitet, och därmed rättssäkerhet."⁵⁵ Att rättens enhet stärker just den *demokratiska* rättsstaten är kanske inte alls säkert. Dalberg-Larsen menar tvärtom att om vi "befinder os i et land med et fascistisk eller kommunistisk *diktatur*, så forekommer det mig, at en hævde af tesen om rettens enhed her blot vil have som virkning at legitimere og forstærke styrets diktatoriske magtudøvelse."⁵⁶ Jag vill betona att frågan ingalunda är så enkel. Noteras kan att Peter Blume, trots reservationerna i övrigt, ger en *éloge* åt polycentrin i det att

⁵⁴ Wilhelmsson *Om kritisk civilrättsdogmatik* (1990) s 52f. Se även Graver *Normative systems – skisse til en opløsning av rettsbegrepet* (1989) s 60: "Gjeldene rett' er da ikke en, men et mangfold knyttet til ulike beslutningsroller."

⁵⁵ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 279.

⁵⁶ Dalberg-Larsen *Rettens enhed – en illusion?* (1994) s 128. Detta synes ha varit fallet såväl i den tyska nazismen som i den italienska fascismen, se vidare Corsale *Legal Pluralism and the Corporatist Model* (1994) s 101. Att det också är en fråga om demokrati hävdar exempelvis Podgorecki, som menar att pluralistiska rättssystem i regel är (åtminstone) decentraliserade såsom federativa rättssystem i USA och Canada, där vissa delar av rätten (invandring, skattelagstiftning) är centraliserade medan andra frågor tillhör decentraliserade delar av rättssystemet. Pluralistiska rättssystem är, menar Podgorecki, mer kongruenta med demokrati och förmår bättre tillvarata olika sociala gruppers politiska deltagande i högre grad, än moncentriska rättssystem, *Social Systems and Legal Systems – Criteria for Classification* (1985) s 9ff. Se även Banakar *Rättens dilemma* (1994) om spänningarna mellan det alltmer mångkulturellt sammansatta svenska samhället och vissa monokulturellt betingade inslag i dess rätt. Se också Moore *Legal Pluralism in Britain: The Rights of Muslims after the Rushdie Affair* (1998) samt, på samma tema, Shah *Legal pluralism – British law and possibilities with Muslim ethnic minorities* (1994).

”denne retsteori ikke blott er en teknisk teori, men også er en teori, der har sin baggrund i et ønske om et bedre, mere demokratisk, retssystem.”⁵⁷

Som tidigare nämnts kan oenigheten belysas om man betraktar grunderna för rättens påstådda enhet. Det vill säga: om föreställningen om rättens enhet uppstår i och med nationalstaternas uppkomst, är rättens splittring enbart en följd av upplösningen av dessa, och i denna mening nödvändigtvis inget negativt tillstånd. Om, å andra sidan, rättens enhet är oupplösligen förbunden med den demokratiska rättsstaten, är ju frågan rimligtvis om en upplösning av nationalstaterna nödvändigtvis medför en upplösning av den demokratiska rättsstaten och dess värden. Med andra ord: i vad mån kan demokratiska rättsstatsprinciper fortleva i en värld kännetecknad av en upplösning av det formella nationalstatsbegreppet eller, om man så vill, kan välfärdsprinciper överleva losskopplade från nationell bundenhet?

Några negativa konsekvenser av en polyvalent rettslära eller av att godta en värdepluralism, är bl.a. att om pluralismen öppnar upp för en värdediskurs med ojämförbara eller jämnstarka värden och intressen, så kan maktstarka grupper och individer komma att dominera över andra grupper, vilket innebär att pluralism, demokrati och ’rule of law’ motverkas.⁵⁸

Att den demokratiska rättsstaten berikas av olika former av pluralism – både intresse- och värdepluralism (olika moraliska och etiska uppfattningar) och kulturpluralism (alltså ett mångkulturellt samhälle), såväl som politisk pluralism (olika uppfattningar om politiskt deltagande osv) – är, tror jag, en okontroversiell åsikt. Frågan huruvida rätten positivt kan anamma denna allmänna pluralism och sociala differentiering, är givetvis den stora utmanande frågan inför den framtida rättsvetenskapen, men är samtidigt för stor att för besvara i denna framställning. Det teoretiska ’valet’ mellan rättens enhet (monocentri) eller splittring (polycentri) är således inte enbart, som ibland görs gällande, ett *normativt* ställningstagande. Ett tillbakavisande av rättens enhet innebär inte en skeptisk inställning till den demokratiska rättsstatens grundvärden, men främst ett tillägnande av historiska och sociologiska fakta.

c. Den anslutande *metodologiska* kritiken utgår från att även om rättsmassan är splittrad och rättsordningen polycentrisk, behöver det medföra inga eller ringa konsekvenser för den rättsdogmatiska metodologin: juristen skall fortsättningsvis argumentera *som om* rätten vore enhetlig. Det är med andra ord rättsvetenskapens själva konstruktiva uppgift att *skapa* enhetlighet och koherens av en i övrigt polycentrisk normmassa. Polycentri kan, enligt denna åsikt, även om de praktiska aspekterna kan synas överväldigande, inordnas under en (monocentrisk) metodologi och en monocentrisk gällande rättskonception. Det finns i själva begreppet om rättsvetenskapen en viss lojalitet och egenskap, hävdar Peczenik:

⁵⁷ Blume *Polycentri og kunstig intelligens* (1993) s 175f.

⁵⁸ Se Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 50 och Arthurs *‘Without the Law’* (1985) s 212.

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.⁵⁹

Peczeniks vetenskapliga och paradigmatiska utgångsläge i den metodologiska kritiken av polycentri-läran är alltså följande; ”rättssystemets enhet är den klassiska rättsvetenskapens (rättsdogmatikens) *grundantagande*, av samma slag som kausalitetsantagandet i naturvetenskap. Sådana antaganden kan varken bevisas eller motbevisas inom den ifrågavarande vetenskapen. De tas för givna och bestämmer (definierar) vad som menas med detta slags vetenskap.”⁶⁰ Av detta följer rättsvetenskapsmannens metodologiska klassiska *fiat*. Peczenik hävdar vidare att:

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.' Denna enhetsnorm *existerar* således i juristernas argumentationspraxis. Denna praxis är den gällande rättens *enhetsgrund*.⁶¹

Det vill säga: ”juristen [måste] tolkningsvis uppfatta utfärdandet [av normer] som *delegerat* av staten.”⁶² Argumentationen innebär alltså att även om rätten är polycentrisk skall juristen normativt argumentera för rättslig monocentri. Peczenik skriver att ”förekomsten av olika maktcentra och specialiserade rättskällevarianter är inget speciellt norskt eller nordiskt. Fenomenet finns i alla moderna stater” men ”i alla dessa länder finns även jurister och rättsteoretiker som visar hur den polycentriska normmassan kan inordnas i ett dynamiskt rättssystem.”⁶³ Det kan ju för all del vara så som Peczenik menar, att en jurist bör ”påpeka bristen [dvs rättssystemets upplösning] och bestämt avkräva att den avhjälps,”⁶⁴ men företaget synes så hopplöst stort, att det kanske är mer hoppingivande att utgå från faktum och tillsvidare, som Hanne Petersen rekommenderar, låta ”forskkel-

⁵⁹ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 278. För en kritik av Peczenik i denna fråga, se Töllborg *Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet* (1996) s 40.

⁶⁰ Peczenik *Anm. av Ken Uggerud* (1992a) s 585. Här vill jag anmärka att kausalitetsantagandena är avsevärt problematiska och en hänvisning till kvantfysiken torde räcka liksom en referens till Heisenbergs osäkerhetsrelation inom den moderna kvantmekaniken som ifrågasätter de fysikaliska lagarna om enkla orsaksantaganden.

⁶¹ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 278.

⁶² Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 278.

⁶³ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 276ff.

⁶⁴ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 279. Mer specificerat i Peczenik *Legal collision norms and moral considerations* (1992b) s 157, nämligen “both by interpretation de lege lata and by criticism de lege ferenda.”

ligheden [...] erstatte ligheden som ny enhedsværdi.”⁶⁶ Men detta betyder *inte* att alla argument, intressen eller värden har samma tyngd helt oavsett situation eller rättsområde – polycentrin bidrar alltså inte med obegränsad ‘laissez faire’ eller ‘anything goes’-vetenskap, utan har tvärtom goda förutsättningar att identifiera rättens polyvalens och diagnosticera värdenas funktion. Den *klassiske* rättsvetenskapsmannens tid är måhända förbi, men likväl kan sägas om rättsvetenskapsmannen: *eppur si muove!*

6.3 En normativ teori om polyvalens?

De stora och avgörande frågorna för de pluralistiska teorierna är som noterats flera, men främst står kanske denna: hur är det möjligt att ur det förhållandet att rätten är pluralistisk, polycentrisk eller polyvalent utveckla riktlinjer för rättsvetenskaplig forskning och formulera en normativ rättslära? En uppenbar invändning som med lätthet kan riktas mot rättens polyvalens är att den splittrade eller fragmenterade rätten lämnar fältet fritt för allehanda värden, att ‘anything goes.’ Det kommer med andra ord inte längre att finnas någon säker (ja, rättssäker) urskiljningsgrund för att avgöra vilka värden som skall anses betydelsefulla och därmed tillmätas relevans i rättslig argumentation och avvägning. Den springande punkten är alltså den etiska och normativa relativiteten implicerat av en polyvalent och polycentrisk rättsvetenskap: utan en monocentrisk spärr inträder ‘anything goes’ och rätten blir utsatt för ‘thrashing.’ Här möter den stora invändningen, nämligen att polyvalens motverkar sitt syfte och blir kontraproduktiv: dvs den leder till ohämmad subjektivistisk relativism. Öppnas pandoras ask svämmer rätten över av allehanda värden som det blir svårt att hålla stängen – problemet eller sanningen är dock, vill jag mena, att rätten *alltid* varit värdeladdad.

6.3.1 Relativism och ‘anything goes’?

Den avgörande frågan för rättens polyvalens är således normativ: leder beskrivning av polycentri också till normativ accept? Eller annorlunda: innebär en formmässig polycentri också en acceptans av innehållsmässig polyvalens? Hanne Petersen pekar på den fråga, som tycks oroa såväl traditionella rättsdogmatiker som mer kritiskt sinnade jurister:

⁶⁶ Petersen *Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 134.

Men når den retlige pyramide bryder sammen [...] betyder det så, at der er frit slag for alle polycentriske normsystemer?

Kan alle gøre krav på anderkendelse af deres normer, fordi det værdigrundlag de hviler på, kan være lige så godt som alle andres – hvad enten vi taler om rockerne, logebrøderne, Kvindeligt Selskab, indvandrerne, Naturfredningsforeningen? Kan alle gøre *det samme – lige* – krav på anerkendelse? Er alle krav lige gyldige?⁶⁶

Är det så att polyvalens leder till att alla värden är *lika giltiga* och att juristerna därför måste bli *likgiltiga* inför dem? Petersen förnekar detta och menar tvärtom att en polycentrisk rättsvetenskap leder till ett ökat intresse för värdefrågor:

Hvilke *værdier* er det, der ligger bag forskellige former for normer og normsystemer, og hvordan forholder disse værdier sig til hinanden? Supplerer de hinanden? Konkurrerer de med hinanden? Dominerer de hinanden? – Hvad er rettens og retsvidenskabens rolle i en situation, hvor flere normsystemer har og påberåber sig legitimitet?⁶⁷

Surya Prakash Sinha har kritiserat den moderna rättsuppfattningen för att den baseras på en 'single-value approach,' eller med andra ord en monocentrisk föreställning att "all true values are compatible so that there is one ultimate right answer to moral questions and the moral task is to come up with a single set of principles to resolve moral conflicts."⁶⁸ Här känns bland annat Ronald Dworkins tes igen, att det till varje rättsfråga existerar ett rätt svar – 'one right answer.' Juridiken och rättsvetenskapen har denna 'single-value approach' som signum, menar Sinha, vilket bland annat framkommer särskilt starkt i teorierna om rättens enhet, autonomi och koherens – eller kort sagt, i den rättscentralistiska ideologin. Sinha tillbakavisar denna 'monovalenta' ansats som både missvisande och farlig. *Missvisande* dels därför att mänskliga värden är mångfaldiga, alls inte harmoniska och inte kan reduceras till *en* sanning eller *ett* set av värden; dels därför att en sådan approach vilar på missuppfattningen att individen fritt och rationellt är förmögen att intresselöst välja de värden som synes mest tilltalande och därmed finna 'the right answer.' Detta bortser emellertid just från att det är den sociala kontextbundenheten och de historiska erfarenheterna som konstituerar individens kulturella identitet (på gott och ont). *Farlig* är en 'monovalent' syn därför att den skapar ett intryck av determinism, genom att hävda att de moraliska valen och värdena kan förenas under *en* sanning; farlig också därför att den ger "a false notion of comprehensiveness, that all solutions are contained within it, that all conflicts are reconciled within it, that all moral problems are referable to it. Thereby, it forces us to distort reality."⁶⁹ Slutligen finns en politisk konsekvens, enligt Sinha, eftersom "it provides a convenient justification for tyranny. Since

⁶⁶ Petersen *Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 135.

⁶⁷ Petersen *Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 132.

⁶⁸ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 44.

⁶⁹ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 45.

there is only one ultimate right answer because all true values are compatible, the task becomes that of discovering that answer and then implementing it. That is a sure prescription for tyranny.”⁷⁰

Sinha menar att den axiologiska polycentriska grundhållningen måste ifrågasätta 'the single-value approach' i rätten och utgå från en 'non-universality thesis of law' med vilket han hävdar att rätten inte är universaliserbar och att de rättsliga värdena inte är universella. Detta innebär i en global kontext en medvetenhet om att rätten inte har samma funktion, form eller uttryck i olika kulturella kontexter. Det medför också att denna kulturella förståelse bygger på en relativitet och därmed en pluralistisk medvetenhet också vad avser rättsliga värden. Det betyder, enligt Sinha, att: "legal polycentricity proceeds from the fact of the non-universality of legal values within a legal system and aims at making that system responsive to its axiological pluralism."⁷¹ Rättslig polycentri drivs av verklighetsuppfattningen till att acceptera moralisk och rättslig pluralism, vilket emellertid inte innebär ett reservationslöst accepterande av 'anything goes.' Rättslig polycentri leder enligt Sinha *inte* till radikal relativism:

Rejection of absolutism of the single-value approach does not mean acceptance of a radical relativism that precludes moral criticism and ends up maintaining that anything goes. The ethical pluralism of legal polycentricity does not preclude moral criticism of other people on the ground that no definitive answers are available or achievable, or that contradictory ethical views may be asserted without either of them being mistaken, or that all are equally valid patterns of life.⁷²

Mot påståendet (eller farhågorna) att pluralism leder till relativism och subjektivism, kan man till och med tvärtom anföra, att pluralismen inte alls är relativistisk eller subjektivistisk, utan vilar på en solid objektivistisk ståndpunkt. Att rättslig pluralism inte leder till fullständig relativism hävdar bla Sheldon Leader, som tvärtom karakteriserar pluralism och monism som objektivistiska. Det betyder inte att de jämsställs, utan enbart att de båda inte hör till relativismen. Vad avser den monistiska synen – Sheldon talar i dessa sammanhang om huruvida det finns eller inte finns ett rätt svar i juridiska tolkningssituationer och anknyter till Dworkin – är det naturligen så att den *per definition* inte är relativistisk, utan strikt objektivistisk. Med en monistisk tolkningssyn menar Leader föreställningen, att det finns *ett* rätt svar, men här finns två varianter: dels en kategorisk 'variant vilken menar att det *alltid* finns *ett* rätt svar; dels en mildare kontingent syn, som menar att det *ofta* finns *ett* rätt svar. Den förra varianten återfinns naturligtvis inom rättspositivismen, medan den senare, enligt Leader, kännetecknar Dworkins syn.⁷³ Mot den monistiska uppfattningen står så den pluralistiska varianten, som åberopar att det alltid existerar alternativa svar, men även här finns två arter:

⁷⁰ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 45.

⁷¹ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 43.

⁷² Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 45.

⁷³ Leader *Monism, pluralism, relativism, and right answers in the law* (1984) s 276.

dels en kategorisk, som hävdar att det *aldrig* finns *ett* rätt svar (utan alltid *flera* rätta svar); dels en kontingent pluralism som hävdar att det *ofta inte* finns *ett* rätt svar. Det förenande draget hos monismen och pluralismen, är det allmänna accepterandet av *att* rättsliga utsagor över huvud taget *kan* klassificeras som 'rätta' eller 'felaktiga' svar – relativismen förnekar detta, och menar att monismen har fel i tron på de rätta svaren och att pluralisten för snävt avgränsar kategorin rätta svar. Sheldon tillbakavisar dock relativismen, eftersom den ofta baseras på en tvivelaktig naturvetenskaplig dikotomi mellan fakta och värde: dvs det som finns är fakta, vilket gör att alla värden och värderingar fullständigt relativiseras och, följlaktigen, försvinner. Relativismen kan också leda till regelskepticism eller ren moralskepticism, eftersom den förnekar möjligheten att värdera rätt och moral utifrån någon neutral terräng,⁷⁴ vilket implicerar ett likställande och därmed nivellerande av alla värden. Pluralismen leder således, enligt Leader, *varken* till 'fakticism' *eller* 'skepticism.'

Pluralism gör till skillnad från monismen, inte anspråk på att uppställa en total uppsättning 'rätta svar' i en 'global theory.' Den förnekar monismens totalanspråk i den meningen, att den visserligen kan godta en 'global theory,' men enbart till priset av att en sådan teori endast kan ge partiella svar. Den av Leader företrädda *kontingenta pluralismen* förespråkar därmed hållbarheten i lokala teorier: "it can remain agnostic about pluralism at the level of global theories, being content to affirm it at the level of local ones."⁷⁵ Överförs detta resonemang på rättighetsdiskursen om mänskliga rättigheter är motsättningen mellan kulturellt bundna rättighetsperspektiv ('local theories') och universellt giltiga sådana ('global theories') välbekant – dvs partikularism-pluralism kontra universalism-monism, där den senare dessutom är starkt präglad av monokulturell eurocentrism. Den kontingenta pluralismen utgör ett förmedlande spänningsfält mellan 'global theories' och 'local theories.'

Rättspluralismen leder således inte till relativism, men otvivelaktigt är det emellertid så att rättspluralismens relativistiska tendens, vilket i grunden är ett motstånd mot rättsliga absoluta värden, objektivism och fundamentism, skapar stress i den traditionella rättsdogmatiken genom att öka den metodologiska och epistemologiska radien på ett högst påtagligt sätt:

It not only increases theoretical freedom in the field of law, it also dramatically expands the range of legitimate choices for practical legal reform. Yet, this practical advantage may well be the decisive reason why legal pluralism is still fighting an up-hill battle. Legal pluralism not only presents unwelcome challenges to legal theory, it threatens the actual legal establishment, the professional monopoly of lawyers; and it does so from within rather than from without.⁷⁶

⁷⁴ Leader *Monism, pluralism, relativism, and right answers in the law* (1984) s 277.

⁷⁵ Leader *Monism, pluralism, relativism, and right answers in the law* (1984) s 286.

⁷⁶ Sack *Legal Pluralism: introductory comments* (1986) s 4.

Det provocerande med polycentri och polyvalens är kanhända att kritiken kommer inifrån de egna rättsteoretiska leden och att spelet förs på monocentrins eget bräde, med dess egna pjäser och regler.

6.3.2 Normativ och metodologisk polyvalenslära?

En polyvalent rättsvetenskap måste emellertid (efter ett övervinnande av relativistiska motargument) gå längre än till att kartlägga och beskriva polycentri: den måste också vara kapabel att tyda vilka värden som ligger bakom olika normer och också ta ställning till hur dessa värden inbördes skall värderas. Konsekvensen av detta är, enligt Hanne Petersen, ett skift från en formhierarki till en värdehierarki, men en "sådan fremvoksende værdihierarki [vil] ikke være universelt, men måske snarere relationelt og måske også lokalt."⁷⁷

For mig at se må et polycentrisk udviklingsperspektiv gøre op med den postmodernistiske opfattelse, der opfatter alt – dermed alle værdier – som lige gyldige. *En polycentrisk retsvidenskab må bidrage med argumenter og instrumenter, der gør det muligt at foretage valg mellem værdier.*⁷⁸

Alltså: "anything doesn't go." Utgångsläget enligt Hanne Petersen är att teorin om polycentri måste syfta längre än till att blott konstatera en *rättskällemässig* polycentri (à la Zahle), den måste borra än djupare i det normativa sedimentet:

Polycentricity reveals and demonstrates not only formal but also axiological differences underlying the different legal systems. Norms generated within multiple centres, semi-autonomous fields or networks are *pluralistic* not only in form but also according to the values they promulgate.⁷⁹

Enligt Sinha skulle en normativ polycentrilära leda till att rättsvetenskapen såväl maximerar rättsordningens legitimitet som befrämjar tolerans och stabilitet. Som metodologi befrämjar den studiet av andra konfliktlösningar än tvångsmedel och den kan också öka förståelsen av rådande dominansförhållanden och därigenom möjliga motstrategier. Sinha menar att nytänkandet inom rätten för en polycentrisk rättsvetenskap genererar nya doktriner för rättstudiet, det alstrar nya individbegrepp som utgår från de värdekategorier de formas i och nya rättsliga institutioner som förmår befrämja en mer ändamålsenlig eller stödjande lagstiftning.⁸⁰ Om det också, i Sinhas följd, finns en beredvillighet för att överväga individbe-

⁷⁷ Petersen *Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 136.

⁷⁸ Petersen *Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 135 (Min kursivering HG).

⁷⁹ Petersen *Reclaiming Juridical Tact? Observations and reflections on customs and informal law as (pluralist) sources of polycentric law* (1995) s 171.

⁸⁰ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 51f.

greppet – ja, själva grundvalarna för rättssubjektet och rättssubjektiviteten – i någon form av normativ polyvalens- eller polycentrilära i en global och pluralistisk värld kräver det naturligtvis ett fundamentalt nytänkande även avseende medborgarskapets traditionella innebörd.⁸¹ Lars D. Eriksson anser att det nationellt anknutna medborgarskapet måste ifrågasättas, varvid man också måste försöka inse att demokrati inte längre är enbart en nationell angelägenhet. Givet detta, så bör man i en alltmer transnationell och global värld, för det första se vem som berörs av de beslut som fattas och, för det andra, hur man därmed skall kunna utveckla demokratiska beslutsmekanismer som kan tillämpas internationellt eller i det regionala närområdet: nya valkretsindelningar, som går utöver nationalstatsgränserna.⁸² För att genomföra detta polycentriska nytänkande menar Sinha att 'a program of legal polycentricity' måste innefatta två moment; dels en deskription och korrekt beskrivning av rättsordningen, dels en mer aktiv rättsvetenskap. Deskriptionen måste dock, enligt Sinha, utveckla en förmåga att uttrycka de normativa relationerna mellan olika normativa ordningar, eller kanske riktigare normerande system, och:

Develop a cognitive postulate for legal reality that comprehends this pluralism. The consequence of this approach would be that the concept of law is expanded to recognize the validity of normative claims not only of state law but of other normative orders as well. Or, it might reconceptualize the relationship of law and society.⁸³

Det aktiva, eller normativa inslaget i en polycentrilära, måste ock försöka "reform state law as to give an adequate recognition of this pluralism within the system of state law."⁸⁴ Också Hanne Petersen anger några metodologiska riktningar en polycentrisk rättsvetenskap bör beakta. För det första handlar det om att öka intresset för värdefrågan ('værdiespørgsmål') varvid polycentrin kan bidra med instrument till värdeval. För det andra, handlar det om att låta polycentrin bli en del av en bredare integrativ jurisprudence.⁸⁵ Med en polycentrisk grundsyn följer, enligt Hanne Petersen, konsekvenser för såväl den praktiskt verksamme juristen som för den rättsvetenskapliga forskningen:

⁸¹ Se exempelvis La Torre *Citizenship and Beyond: Remarks on Political Membership and Legal Subjectivity* (1997) och Rosales/Rubio-Carracedo *To Govern Pluralism: Towards a Concept of Complex Citizenship* (1997).

⁸² Se Eriksson *Staten i upplösning* (1995a).

⁸³ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 48.

⁸⁴ Sinha *Legal polycentricity* (1995) s 48.

⁸⁵ Petersen *Polycentri som utviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier* (1994) s 136.

Thus, I think it may be one consequence of a poly-centric approach to law and legal orders, to develop not only (new) methods to *find* the fragmented, particularized, pluralist, *conflicting* post-modern norms, and to *reveal* the principles they express, but also to train and *practice* the necessary 'juridical tact' to apply them.⁸⁶

Ett starkt försvar av normativ pluralism – och tillika ett starkt tillbakavisande av monism – finns utvecklat hos amerikanen Michel Rosenfeld. Han utgår från den faktiska omständigheten att samhällen består av medborgare som representerar en mångfald uppfattningar av det 'goda:' "pluralism thus far is one of a society composed of diverse ethnic, religious, cultural, or ideological groups."⁸⁷ Detta benämns 'faktisk pluralism' (eller 'pluralism in fact') vilket är utgångspunkten för att utveckla en teori som både bevarar och utvecklar 'normativ pluralism' ('pluralism as norm'). Rosenfelds slogan är att "pluralism as norm is best for pluralism in fact,"⁸⁸ och enligt honom är en normativ pluralism således det bästa sättet att bemöta de konflikter som uppstår i ett pluralistiskt samhälle: dvs en monistisk rättsteori har inte de metodologiska, kognitiva eller epistemologiska förutsättningarna för denna uppgift. Den normativa pluralismen har i sina händer en metodologisk pluralism, vilken kan karakteriseras som:

As a strategic tool, methodological pluralism may embrace any position that might help weakening the grip of the most dominant conceptions of the good [...]. In short, methodological pluralism encompasses all weapons and strategies that may be profitably put to use for purposes of undermining monism.⁸⁹

Till skillnad från den metodologiska pluralismen som kan ta vilket värde som helst för att underminera hegemoni och dominans, omfamnar den sk 'substantiella pluralismen' ett visst värde för att öka pluralism: "Substantive pluralism [...] embraces a particular conception of the good that prescribes inclusion and accommodation of as large a plurality of conceptions of the good as possible."⁹⁰ Till skillnad från monismen erkänner dock den substantiella pluralismen den nödvändiga och oundgängliga förekomsten av andra värden och uppfattningar om det goda. Substantiell pluralism kan genomdrivas på olika sätt – antingen mer begränsat eller mer radikalt. Å ena sidan alltså en mer *begränsad pluralism* – 'limited pluralism' – som är "prepared to accept existing hierarchies, or to recommend relatively modest changes, while mainly preaching tolerance of a plurality of conceptions of the good and peaceful coexistence among proponents of different such conceptions."⁹¹ Å andra sidan en *radikalt omfattande ('comprehensive') pluralism* som "seeks to level all existing hierarchies among conceptions of the good [...] calls

⁸⁶ Petersen *Reclaiming 'Juridical Tact'? Observations and reflections on customs and informal law as (pluralist) sources of polycentric law* (1995) s 182.

⁸⁷ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 201.

⁸⁸ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 200.

⁸⁹ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 206.

⁹⁰ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 206.

⁹¹ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 207.

for *equalization* of all conceptions of the good.”⁹² Den begränsade pluralismen är betecknande för moderna demokratier, medan den normativa pluralismen i grunden är för radikal för att direkt omsättas i konstitutionella termer, den står mer som ett kritiskt ideal eller som en normativ standard.

Normativ pluralism skiljer sig både från monism och relativism: från monism därför att ”normative pluralism holds that the good extends beyond any single conception of the good;” från relativism därför att “not all conceptions of the good are equivalent as the mere projections of contingent perspectives.”⁹³ Målet för den normativa pluralismen är att trygga värdepluralism, tolerans och kulturell mångfald. För en rättsteori som normativt skall kunna hantera dessa mål, krävs en differentiering av sk första-ordningens normer och andra-ordningens normer, där de senare syftar till att konstitutionellt garantera faktisk pluralism: ”the aim of comprehensive pluralism is to encompass, and to foster peaceful coexistence among, as many competing conceptions of the good as possible.”⁹⁴ Rosenfeld exemplifierar dessa andra-ordningens normer med bland andra:

Autonomy, empathy, dignity, and diversity rank among the highest values and occupy the place of second-order norms within the perspective of comprehensive pluralism.⁹⁵

Den naturliga frågan är givetvis varför *vissa* värden skall ges status av andra ordningens normer. Eller annorlunda: hur kan vissa värden förklaras som *mer* värdefulla än andra? Leder i så fall pluralismen inte just till det den vill undvika, nämligen en antipluralistisk monism. Den paradoxala situationen är alltför välbekant: hur skall den tolerante kunna bemöta intoleranta åsikter, utan att själv bli intolerant? Hur skall en demokrati kunna ingripa mot odemokratiska företeelser, utan att själv bli antidemokratisk? Svaret innebär dock inte ett relativistiskt ’slippery slope’ som leder till ett ’anything goes,’ utan det handlar om att *minimera exklusion och våld*:

Comprehensive pluralism figures, in part, as a conception of the good that claims superiority over its rivals, but only for the limited purpose of minimizing exclusion of other conceptions of the good. Conversely, comprehensive pluralism’s systematic leveling of conceptions of the good does introduce some measure of relativism, but it is a limited and narrowly targeted one, whose only aim is to undermine the pretensions to superiority of certain conceptions of the good. *Strictly speaking, therefore, comprehensive pluralism is not relativistic as between conceptions of the good; it is merely skeptical concerning any claim to a hierarchy among them.*⁹⁶

Med andra ord innebär det att en normativ pluralism inte kan tillåta intoleranta eller antipluralistiska normer av första ordningen, som underminerar andra ord-

⁹² Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 207.

⁹³ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 206.

⁹⁴ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 200.

⁹⁵ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 213.

⁹⁶ Rosenfeld *Just interpretations* (1998) s 208 (Min kursivering, HG).

ningens normer, eftersom detta i sin tur hotar att avskaffa tolerans och pluralism över huvud taget.

6.3.3 Leder värdefullhet till värdelöshet?

Leder polyvalens till värdenihilism? Ja, frågan om relativism och 'anything goes' blir egentligen brännande först om man hyser uppfattningen att juridiken är en neutral och värderingsfri vetenskap, och att också rätten är eller bör vara värde(rings)fri. Om man anser att rätten är värde(rings)fri finns en uppenbar risk att rätten också fränkänns eventuellt goda samhälleliga kvaliteter, eller att förmågan att upptäcka dem minskar. Utgår man däremot ifrån att rätten inte är värde(rings)fri är den heller inte kvalitetsfri – rättens polyvalens explicerar, tydliggör och öppnar dörren för de värden som redan finns och alltid har funnits strax under ytan. Genom att explicera värden är det möjligt att diskutera dem kritiskt och endast då är det möjligt att diskutera kvalitativa värden. Vidare möjliggörs grunderna för demokrati och etiska mänskliga rättigheter: det pluralistiska värdebegreppet möjliggör ett tillbakavisande av 'laissez faire' och 'anything goes.'

Ponera det monistiska resonemangen applicerat på dagens mångkulturella samhälle och på politisk pluralism. De västerländska samhällena, liksom det svenska, har blivit alltmer mångkulturella, vilket är ett irreversibelt faktum ('pluralism in fact'). Mötet med nya kulturella värderingar har såväl positiva som negativa konsekvenser och den fråga hamnat i brännpunkten är huruvida de upplevda negativa aspekterna av mångkulturalism, kan, skall eller bör bemötas med ett hävdande av 'svenska' normer och uppfattningar. Man kan givetvis ifrågasätta lämpligheten i att påföra ett monokulturellt synsätt på ett mångkulturellt samhälle. Det bästa sättet är inte att bemöta mångkulturalism med monokulturalism, utan att genom ett öppet förhållningssätt sätta ifråga även det svenska kulturella värdesystemet. Ytterst få är antagligen beredda att betala ett så högt pris som ett genomdrivande av monokulturalitet skulle innebära. Den andra analogin rör politisk pluralism. Det torde vara en allmänt utbredd uppfattning, att demokratis själva livsnerv närs av pluralism inom politiska preferenssystem⁹⁷ och att åberopa politisk monism brukar förfära: det är något signifikativt för icke-demokratiska eller auktoritära regimer.

Hur är det då möjligt att juridiken bekvämt och utan större åthävor, kan proklamera rättens enhet som remedium? Varför är juridiken den enda samhälleliga bastion där ett sådant argument fortfarande vinner gehör? En värderingsfri juridik (eller snarare tron därpå), kan utan problem exempelvis låta marknadslogik

⁹⁷ Här finns naturligtvis en uppsjö av internationell rättsfilosofisk litteratur som diskuterar pluralism och rättvisa, en debatt som fick förnyat bränsle med John Rawls *En teori om rättvisa* (1972) och den påföljande debatten med Michael Sandel, Robert Nozick, Michael Walzer, Charles Taylor, Brian Barry, Martha Nussbaum, Amartya Sen mfl.

råda i offentlig sektor eller ekonomisk vinstintresse styra i social omvårdnad – 'anything goes!' Det är en traditionellt värderingsfri rättsvetenskap (vilken varnar för 'anything goes') som bereder vägen för 'anything goes.' Det är med andra ord den värderingsfria juridiken – vilken flyr värdena och som därmed inte förmår upptäcka eller bekymra sig om värdenas olika rang – som nivillerar värdena. Att inte erkänna rättens polyvalens innebär att juristen frånhänder sig sitt ansvar till någon annan – förslagsvis lagstiftaren. Att tillbakavisa värdenas roll, att backa inför 'anything goes' och att förespråka en monocentrisk rättsuppfattning innebär inget motstånd mot 'anything goes,' utan blott ett frånhändande och en självpåtagen friskrivning från ansvar. Föreställningen om rättens värde(rings)frihet alstrar en skräck för 'anything goes,' dvs fasan för värdenas roll skapar tron att vilka värden som helst är giltiga. Men så är det inte, ty värderingsfrihet kan *inte* hålla 'anything goes' på avstånd. Monocentrism och den traditionella positivistiska rättsvetenskapens skrämselspöke för 'anything goes,' är en täckmantel för dess motstånd att *över huvud taget* befatta sig med värden. Det *sista* en jurist får göra är att försluta polyvalensen genom en monocentrisk normativitet: juristen *får inte resonera som om rätten vore en enhet, när den inte är det*. Det är ju just polycentri/polyvalens som *genom* att identifiera och exponera värdena *motverkar* 'anything goes' – det är just då det är möjligt att *se* att vissa värden *inte kan* appliceras förutsättningslöst i vilket område som helst. Thomas Wilhelmsson menar följaktligen, att:

Samtidigt tvingas den som skall fatta ett avgörande att göra ett öppet och medvetet val mellan de olika systematiseringar som erbjuds av de traditionella och alternativa principerna. När valet av värdegrund är öppet, krymper utrymmet för ett rent subjektivt, irrationellt godtyckligt avgörande.⁹⁸

Problematiken om relativism är inte bara relevant på ett teoretiskt plan, men har också bäring på mer jordnära diskussioner, bland annat i rättighetsdiskursen (som anförts i kapitel 4). En invändning som emellanåt riktas mot kravet på konstitutionellt skydd av sociala rättigheter (och ibland t.o.m. mot att erkänna sociala rättigheter full legal status), är att rättighetsbegreppet generellt sett förtunnas och att rättigheterna allmänt sett förlorar i status, vilket i förlängningen leder till en minskad tilltro till rätten och rättssystemet (jfr avsnitt 4.3.3). Vidare hävdas att om sociala rättigheter etiketteras varje socialt behov som statsmakten finner för gott eller som någon minoritet tillräckligt högt förmår artikulera, så innebär det ett relativistiskt 'anything goes' inom rättighetsdiskursen – respekt för allt leder inte till respekt för något. Norberto Bobbio hävdar dock:

⁹⁸ Wilhelmsson *En social avtalsrätt – några kommentarer* (1993/94) s 505f (Min kursivering. HG).

Vi kan inte se hur det är möjligt att ge historiskt relativa rättigheter en absolut grundval. Förresten behöver man inte vara rädd för relativismen. Den konstaterande mångfalden av religiösa och moraliska åskådningar är ett historiskt faktum som också undergår förändringar. Relativismen, som kommer från denna mångfald, är också relativ. Just denna pluralism är dessutom det starkaste argumentet för vissa mänskliga rättigheter, de mest hyllade, som religionsfriheten och i allmänhet tankefriheten.⁹⁹

Om jag nu får tillåta mig att vrida litet på Peczeniks påstående ovan ("att det enda effektiva sättet att kritisera grundantagandet om rättssystemets enhet skulle vara normativt"), så vill jag hävda att det enda effektiva sättet att kritisera polyvalens är *stilistiskt*: det är ju uppenbart att den polyvalenta förklaringsmodellens estetik med lätthet övertrumpas av den flyktiga elegansen i det normativa enhetspostulatet.

6.3.4 Polyvalens som epistemologisk grundval

Jag har ovan pekat på olika varianter av pluralism och polycentri, men jag önskar även ge en hastig bild av två skilda sätt att uppfatta den polycentriska teorin: här står den danska modellen mot den finska synen. I anslutning till en ontologisk skepsis, men epistemologisk öppning, är det möjligt att tolka polycentri-läran på skilda sätt. 'Retlig polycentri' användes alltså av Henrik Zahle för att markera den moderna förvaltningsstatens interna funktionsdifferentiering av skilda rättskällor. Rättslig polycentri innebär i Zahles interna rättsdogmatiska förståelse, en 'splittring' av positivismens ontologi; dvs Zahle förmår påvisa att den 'ontologiska kärnan' i betydelsen av rättsregler är fundamentalt och funktionellt polycentrisk. Man kan säga att den danska polycentrin utgår från en beskrivning av den ontiska mångfalden av rättsliga källor (jämte doktriner därom) och därifrån närmar sig den mer sociologiskt inriktade rättspluralismen. Den danska polycentri-läran vill integrera pluralismen i rättsdogmatiken. Alltså, *Retlig polycentri* "approaches legal science from within" och "attempts to reform the understanding of law from inside, it may even influence the approaches taken by legal doctrine."¹⁰⁰ Den danska polycentrin har alltså dragit ontologiska slutsatser av rättspluralismen förstådd som epistemologi. Den danska polycentrin är sammanfattningsvis mer rättsdogmatiskt och rättsteoretiskt inriktad.

I detta skiljer sig den finska "Polycentric Law"-teorin från den danska. Den finska varianten uppvisar ett bredare perspektiv på förståelsen av den rättsliga diversiteten genom ett mer utpräglat rättsfilosofiskt perspektiv. Genom att öppna för ett bredare perspektiv på rätten utifrån feministiska, psykoanalytiska och dekonstruktivistiska teorier och genom att betona en vidare syn på rättsfilosofin, frigörs rättens inneboende epistemologiska heterogenitet. Frågan om ontologi är

⁹⁹ Bobbio *Rättigheternas epok* (2001) s 24f.

¹⁰⁰ Petersen/Zahle *Preface* (1995) s 8.

därmed problematisk och ambivalent. Då den finska förståelsen inte är inriktat på rättsdogmatikens område eller problemställningar, skärps den filosofisk–epistemologiska infallsvinkeln, dvs om:

Manifestations of pluralism are possible in law in general, plurality must somehow be connected to the way in which we understand law itself. Instead of having many 'laws', as the Danes seem to assert, perhaps law itself accounts for the plurality of the world.¹⁰¹

Med andra ord, om rätten spelar någon avgörande roll som normerande system är dess pluralitet ett resultat av den polycentriska funktionen rätten har i själva vårt rättstänkande, i grunden av det rättsliga tänkandets konstitutionsförhållande (för att återknyta till Tuoris liknelse i 2.2.2): dvs rättsuppfattningen kan *i sig* och *aldrig* vara monocentriskt stabil. Bilden som den traditionella rättsteorin ger av rätten som en centraliserande och enhetliggörande instans, är en vrångbild mot vilken den finska polycentriteorin uppvisar en omvänd spegelbild:

If one can make any claim concerning the dispersion of former legal unities into manifold fragments, of, for example, a global (Eurocentric) legal culture into local cultures, *this plurality is an outcome of the polycentric function of law itself*. Law does not unify unconnected pluralities – it disconnects atomic fragments making the experience of plurality possible in general.¹⁰²

Det vill säga, lika väl som rätten är polycentrisk på grund av att samhället är pluralistiskt, så är samhället pluralistiskt därför att rätten är polycentrisk. Det är med andra ord inte möjligt att avgöra vad som är hönan eller ägget. Detta förhållningssätt – dvs att “polycentricity claims that *the working of law accounts for the dissemination of unities into the plurality of singularities*”¹⁰³ – är givetvis inte utan (rätts)politiska konsekvenser: det innebär en misstro mot de storskaliga modernistiska statsstyrda projekten (där rättens förmodade styrpotential varit framträdande) till fördel för postmodernismens små berättelser (narratologier), lokala kunskapsfält och mikropolitik. Det är ingen slump att det finska projektet med en effektiv ordlek kan benämna det polycentriska projektets sociala implikation som *polytiskt*.¹⁰⁴

¹⁰¹ Se Eriksson mfl *Introduction: A Polytical Manifesto* (1998) s 2.

¹⁰² Se Eriksson mfl *Introduction: A Polytical Manifesto* (1998) s 3.

¹⁰³ Se Eriksson mfl *Introduction: A Polytical Manifesto* (1998) s 10.

¹⁰⁴ Se i övrigt Carnera Ljungström *At værne om rettens gåde – Vor kommende retsvidenskab?* (2000) vari han kontrasterar ‘københavnerskolen’ mot den finska polycentri som ett tänkande på rätten utifrån dess ‘hvadhed’ respektive dess ‘athed.’ dvs enligt det förra synsättet kan man via olika kriterier och argumentativa analyser ge ett svar på ‘hvad’ rätten är, men enligt det senare perspektivet är sätten att uppleva rätten högst olikartade, då själva tänkandet om och erfarenheten av rätten utgör en konstitutiv problematik för rättstänkandet självt – det är ‘at’ tänka rättstänkandet, s 77. I denna mening har den finska skolan en uppenbar epistemologisk approach. Se vidare Andersson *Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millenieskiftet* (2000) som finner sympatiska drag i postmodern och dekonstruk-

En polycentrisk rättsfilosofi möjliggör vissa ställningstaganden:¹⁰⁵ för det *första*, innebär ett undvikande av en totaliserande rättsteori ingalunda att konkreta rättsstudier måste saknas, eftersom dessa mycket väl kan byggas upp kring betydelsekedjor som faller utanför de traditionella rättskällornas flöden. För det *andra*, innebär uppbrottet från föreställningen om rätten som ett slutet unifierat system och den binära logiken (jfr Luhmann), att en polycentrisk rättsvetenskap tänker det som rätten 'inte är,' dvs går utöver det som den traditionella rättsvetenskapen påstår att rätten 'är' och vara sant gränsöverskridande, varigenom rättens slutenhet kan brytas såväl inifrån som utifrån. För det *tredje* är en polycentrisk teori förmögen att upptäcka de myter och fiktioner vilka framställer rätten som ett enhetligt system eller paradigm. För det *fjärde* innebär en 'polycentrisk intervention' i den traditionella rättsteorins enhetsdiskurser en återupptäckt av fragmenterade, underordnade, lokala och specifika kunskapsformer. För det *femte* utkristalliseras så en 'polycentrisk etik' som omöjligt kan grundas på en universell sanning eller förnuft. Vägen ut är att inte fånga den (polycentrika/polytiska) etiska reflektionen i *en* teori eller systematisering. Men är systematik oförenlig med mångfald?

6.4 Enhet omdefinierad *eller* koherens och splittring?

Genomgående har det tidigare argumenterats för att rättslig monocentri och rättslig enhet vilar på oklara föreställningar om dels enhetsgrundens karaktär, och dels på vilket sätt en sådan enhet skulle kunna uppnås. De olika monocentriska förslagen har tillbakavisats som ohållbara: varken nationalstaten eller kulturella uppfattningar framstår som tillräckligt enhetliga, inte heller rättsanvändningen eller rättskällehanteringen är oproblematiska och inte heller uppmuntrar de minst sagt diversifierade normtyperna och den juridiska tolkningspluralismen till att bygga en enhet på. I slutet av kapitel 3.2.2 framfördes emellertid det hypotetiska påståendet, att *den enda kvarvarande legitima grunden för ett antagande om rättens enhet är att den måste utgöra en normativ målsättning*. Men är det alldeles självklart att strävan efter 'rättens enhet' bör vara ett regulativt ideal eller normativt mål för rättsvetenskapen? Kanhända, men det får givetvis inte innebära, att rättsvetenskapens *grundantagande* eller *postulat* uteslutande är att hänföra till betraktelsesättet att rätten i någon ontologisk mening *är* enhetlig. Vid ett antagande om rättens enhet, måste nämligen även den konsekvensen dras, att rätten *utvecklas* enhetligt eller uppvisar en konvergens mot allt större enhet.

tiv filosofi och dessutom lanserar en bra sammanfattande term för att markera att pluralism, polycentri etc inte är destruktiva tendenser: 'kritisk pluralism,' s 41f.

¹⁰⁵ Eriksson mfl *Introduction: A Polytical Manifesto* (1998) s 4–7.

Detta kan baseras på endera av två huvudfaktorer; *antingen* på grund av rättens internlogiska egendynamik *eller* på grund av externa faktorer och förlopp. I det senare fallet finns all anledning att betvivla om samhällets utveckling (det externa förlopp som ligger närmast till hands som förklaring) är enhetligt. I det förra fallet måste beläggas vilka mekanismer som har förmågan att göra rätten till ett enhetligt system, oaktat att rätten historiskt inte varit enhetlig: är det rättsdogmatikens metodologi och *vilken* avses så? Eller är det rättsvetenskapens epistemologiska grundantaganden och *vilka* är de? Föreställningen om denna rättens sär egenhet är desto märkligare, eftersom, såvitt jag vet, inget annat *normerande* system (religion, politik, etik, moral) förmår uppvisa enhetliga egenskaper av denna påstådda art.¹⁰⁶

Innebär då detta, att tanken på rättens enhet måste överges? Eller frågan omformulerad: vad kan föreställningen om rättens enhet rimligtvis innebära idag? Ställs frågan på detta sätt, är det inte självklart att man måste slänga ut barnet med badvattnet, ty jag tror nämligen att det finns behov av någon form av modifierad enhetsteori, även om jag här vill framföra en *stark* reservation till huruvida begreppet 'enhet' fortsättningsvis bör användas i rättsteoretiska sammanhang (jfr motsvarande resonemang om autonomi/heteronomi, 2.3.1). Roel de Lange har riktat kritik mot rättsteorins enhetsantagande på följande sätt, men ger samtidigt en öppning åt en förnyad reflektion av enhetstänkandet:

The unity of the legal order [...] does not, and cannot, mean that there can be no different doctrines and legal concepts on several functional areas of law. These differences have to be justifiable, both in terms of the goals of the functional area in question, and in terms of general principles of justice. Only in these terms is one able to 'rescue' the *idea* of unity of law while at the same time recognizing differences within the legal order.¹⁰⁷

I linje med dessa tankar öppnas möjligheten för att uppmärksamma enhetsbegreppet i delvis nytt sken, närmare bestämt infogat i en polyvalent miljö. Frågan är, närmare preciserad: är det möjligt att förena polyvalens med koherens?

6.4.1 Vad är koherens?

Samtidigt med framväxten av teorierna om pluralism och polycentri har en rätts-teoretisk motreaktion till dem vuxit sig stark, där frågan om rättens enhetsgrund

¹⁰⁶ Inte ens matematiken – denna den mest exakta av vetenskaper – utgör ett enhetligt system. Alltsedan matematikern Kurt Gödels dagar (1930–talet) är "den axiomatiserade logiken och matematiken [...] inte ett system, den har inte [...] slutenhet och perfektion," von Wright *Logik, filosofi och språk* (1980) s 86. Gödels berömda teorem säger, att ett system *antingen* är komplett, men då är det inte motsägelsefritt *eller* så är det motsägelsefritt, men inte komplett. Att utpräglat *normativa* eller *normerande* system (såsom juridiken och rätten) skulle kunna falsifiera Gödels teorem håller jag för högst osannolikt.

¹⁰⁷ De Lange *Divergence, fragmentation and pluralism. Notes on polycentricity and unity in law* (1995) s 109.

aktualiserats med ny begreppsarsenal och ny teoribildning. Som tidigare nämnts ovan (3.1), har den rättsvetenskapliga debatten om rättens enhet lämnat den historiska skolans belastade enhetsuppfattning bakom sig och även på olika sätt distanserat från Luhmanns mer svårtillgängliga teori. Den moderna rättsteorin har dock funnit en relativt ny ansats i teorier om *rättens koherens* eller *sammanhang*. Koherensbegreppet är emellertid inget okomplicerat koncept, utan i likhet med andra begrepp, som exempelvis demokrati och rättvisa, är svårigheten att få ett hållbart och gediget kriterium på koherensbegreppet kännbart. Koherens kan i all enkelhet beskrivas som att ett system (rätten) är sammanhängande eller bör uppvisa sammanhang. I en vidare mening kan det syfta på en övergripande (rättslig) kunskaps- och sanningsteoris koherens och motsägelsefrihet, men i en konkretare betydelse kan också avses att (den rättsliga) argumentationen skall uppvisa koherens. Båda varianterna syftar till att skänka (rätts)systemet en hög grad av acceptans och legitimitet – ju mer koherent, desto mer acceptabel är (rätts)systemet, tycks tanken vara. Koherensteorin har gjort anspråk på att utgöra ett alternativ till de klassiska sanningsteorierna – såsom konsensus, pragmatism, korrespondens mfl.

De klassiska sanningsteorierna inom kunskapsteorin och filosofin brottas med en rad olika problem.¹⁰⁸ Den sk *korrespondensteorin*, som innebär att en utsagas sanninganspråk måste jämföras med verkliga empiriska fakta, möter just svårigheter med att definiera 'verkliga fakta' och finna en rimlig avgränsning i själva 'jämförelsen' och också vad det är som skall överensstämma med verkligheten. Den sanning som kan presteras är blott approximativ och tentativ varmed korrespondensteorin alltså innebär att en utsaga eller hypotes kan vara sannolik, men inte desto mindre helt falsk. En annan sanningsteori är den sk *konsensusteorin* vilken refererar till den allmänna enigheten om ett visst sakförhållande som kännetecknande sanningen. Det vill säga, finns det en (allmän, auditoriell, universell) enighet eller konsensus, givet vissa giltighetsanspråk, om vissa fakta eller utsagor, är det i denna mening också troligt att det finns en korrekt överensstämmelse mellan verkligheten och den uttryckta samstämmigheten – giltigheten ligger med andra i vissa intersubjektiva föreställningar och i att vissa metoder är intersubjektivt godtagbara. De aktörer som är aktuella vid bestämmandet av omfattningen av samstämmigheten, kan vara mer eller mindre omfattande – i teorierna finns mer specialiserade grupper eller professioner, men där finns också Chaïm Perelman som utvecklat tankar om det universella auditoriet. Invändningen mot konsensusteorin är ju exempelvis att den geocentriska världsbilden en gång var allmänt omfattad, men inte desto mindre falsk; att relativitetsteorin allmänt ansågs felaktig, men visade sig korrekt (än så länge). Sammanfattningsvis är det svårt att nå konsensus om (vad som skall vara) konsensus. En *pragmatisk* sanningsteori hävdar att en teori eller hypotes är sann, om den har ändamålsenliga och förutsedda conse-

¹⁰⁸ En del av framställningen av dessa, liksom invändningarna, härrör från Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 652–660.

kvenser, om det är fruktbart eller nyttigt i praxis. Problemet är bland annat hur stor effekt eller konsekvens som måste uppnås. Ett annat problem är också, att falska hypoteser kan få ändamålsenliga konsekvenser; tron på Gud hjälper prästen att utöva sitt värv och ger tröst åt den sörjande, men bevisar det Guds existens?

För att undvika de nämnda sanningsteoriernas tillkortakommanden – jämförelse-, auditorie- respektive fiktionsproblemen – har koherensteorin sökt fånga det enigmatiska sanningsbegreppet genom att betona *internt sammanhang*. Enligt koherensteorin är en utsaga eller ett påstående sant om det på ett motsägelsefritt sätt sammanhänger med eller har sammanhang med en rad andra sats, utsagor eller påståenden. Det enskilda påståendet måste alltså stödjas av en mängd andra påståenden liksom påståendet också måste stödja dessa: ”i sista hand är det inte den enskilda utsagan, utan systemet av sammanhängande utsagor som är sant. Det kan därför talas om grader av sanning, allt efter om en teori (dvs. en mängd av sammanhängande utsagor) är mer eller mindre i närheten av det alltomfattande systemet av sanna utsagor.”¹⁰⁹ Om ett system förmår lösa eller hantera interna motsättningar och konflikter, dvs inkonsistens, och därigenom uppnå motsägelsefrihet, är systemet koherent. Ju färre konflikter och ju lägre inkonsistens, desto högre koherens. Koherens är alltså graderbar.¹¹⁰

Inom rättsvetenskapen har koherensbegreppet rönt särskilt stor uppmärksamhet av naturliga skäl, eftersom de invändningar som riktats mot de klassiska sanningsteorierna också har drabbat rättsvetenskapens sanningssträvanden. *Korrespondensteorin* har av hävd varit ett problembarn för rättsvetenskapen i inskränkt mening, eftersom en korrespondensteori förutsätter (åtminstone) att juridikens och rättsfältets funktioner analyseras och förklaras med hjälp av samhällsvetenskapliga och sociologiska teorier och empiriska undersökningar. Denna tvärvetenskaplighet har varit dåligt representerad inom rättsvetenskapen – i de fall korrespondensteorin har beaktats inom rättsteorin har den legat nära Ross prognosteori, där kunskapen om domstolarnas eventuella utfall kan jämföras med ’verkligheten.’ Annars har korrespondensteorin varit förbehållen rättssociologin. Ett problem med korrespondensteorin är, som ovan nämnts, att det förutsätter en skarp skillnad mellan två jämförelseobjekt, dels en *utsaga* om verklighetens beskaffenhet och dels en *uppfattning* om verklighetens beskaffenhet: för rättsvetenskapen är denna kompatibilitet högst tveksam, då det rättsliga systemet inte är frikopplat från en ’yttre verklighet’ och då juridiken är intresserad av de normativa orsakerna och effekterna i ’verkligheten.’ För juridiken som i allmänhet inte förlitar sig i någon större utsträckning på empiriska studier eller samhällsvetenskapliga analyser av kausalsamband är frågan prekär – förutom detta är ’verk-

¹⁰⁹ *Filosoflexikonet* (1988), under ’sanning.’

¹¹⁰ Om koherensteorier i allmänhet se Walker *The Coherence Theory of Truth. Realism, antirealism, idealism* (1989), Rescher *The Coherence Theory of Truth* (1973), Lehrer *Theory of Knowledge* (1990), Clay/Lehrer *Knowledge and Skepticism* (1989) och Bender *The Current State of the Coherend Theory* (1989).

ligheten' problematisk som stabil kategori, eftersom rättsvetenskapen är en normativ vetenskap som ständigt syftar till att förändra 'verkligheten' och omdirigera normernas flöde. *Konsensusteorin* har också den i rättsliga sammanhang visat sig problematisk på flera sätt. Dels rör det svårigheten i att avgränsa det juridiska auditoriet: vilka jurister avses? Är det en fiktiv lagstiftare, domarrollen, handläggaren, åklagaren eller advokaten, är det juristprofessionen eller de (icke-jurister) som tillämpar rätten, eller rentav klienter och allmänheten som kommer i kontakt med rättsliga avgöranden? Det andra huvudproblemet består i att nå konsensus om vilka grundvärden som är centrala i rätten – här är ju teorierna legio – och vilka frågor som är relevanta, vilket naturligen skiljer sig åt beroende på kunskapsintresse och samhällsperspektiv. Konsensus om ett visst rättsligt förhållande är dessutom ingen garant för dess 'sanning.' För rättsvetenskapens vidkommande har Aulis Aarnio påtalat juristauditoriets relevans för att avgöra giltigheten i rättsliga utsagor och beskrivningar av 'gällande rätt.' Vad särskilt avser Aarnios teori är det, för det första, besvärligt att avgränsa det relevanta juristauditoriet (vilka jurister?) och för det andra, svårt att enas om gemensamma kriterier för relevans; lägg därtill problemen i att överhuvudtaget enas vad som är de viktiga frågorna. Den *pragmatiska* sanningsteorin inom rättsvetenskapen lider av risken att pragmatiska fiktioner blir förhärskande på bekostnad av andra mer verklighetsanpassade normativa instrument – tydliga pragmatiska instrument är sådana tentativa fiktioner som 'gällande rätt,' 'rättskällor,' 'juridisk person,' 'viljefrihet' mfl. En risk och fara med en pragmatisk rättsvetenskap och juridik är att fiktioner tenderar att få ett eget liv fjärmat från den sociala verkligheten och att juridiken blir instrumentell – ett tydligt drag av instrumentalism bär (särskilt den amerikanska) rättsrealismen, medan fiktionstanken dominerade inom rättspositivismen och särskilt begreppsjurisprudensen under 1800-talet. Domaren kan tro på den kelsenska grundnormen, men finns grundnormen för den skull? Dessutom kan kontroversiella hypoteser (om ras, kön etc) användas för att rättfärdiga vissa etiskt oförsvarliga handlanden.

Koherens är, som ovan nämnts, en intern egenskap hos ett väl avgränsat system som uppvisar en hög grad av sammanhängande föreställningar eller normativa påståenden: härav koherensteorins lockelse för rättsvetenskapen, som ju omhuldat enhetstanken. Ett koherent system skapar meningssammanhang. Neil MacCormick menar att koherens skapar *mening* åt ett system: "coherence [...] is the property of a set of propositions which, taken together, 'makes sense' in its entirety."¹¹¹ Mer specifikt avses med normativ koherens "the justification of legal rulings or normative propositions more generally in the context of a legal system conceived as a normative order."¹¹² Peczenik menar att "det är värdefullt att försöka framställa rättssystemet som ett sammanhängande regelkomplex, där en

¹¹¹ MacCormick *Coherence in Legal Justification* (1992) s 312.

¹¹² MacCormick *Coherence in Legal Justification* (1992) s 311.

viktig uppgift för jurister är att eftersträva konsekventa avgöranden.”¹¹³ En koherensteori om kriterier för ett avgränsat system innefattar samtidigt höga anspråk på att samtidigt vara ’sann;’ och ju mer systemet uppvisar koherens med verkligheten eller ens världsbild, desto större sanningsanspråk har den. Peczenik menar att koherensteorin till och med har ontologiska antaganden: ”en världsbild överensstämmer närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering den har.”¹¹⁴

Vad är då vunnit med koherensteorin och vari består dess attraktionskraft? Det synes som om koherensteorin framförallt kan bidra till att klargöra och precisera systematiserings- och tolkningsgrunder i den juridiska argumentationen. Att alltså ge instrument för sammanhängande tolkningar och justifikationsgrunder. Koherensteorin har också fått den mer konkreta betydelsen inom rättsteorin att snarast inriktats på att beteckna *koherent justifiering genom koherent argumentation*: dvs den epistemologiska sanningsteorin (epistemisk koherens) har kommit i skymundan och till viss del övergivits, till fördel för rättfärdigandeanspråk i rättslig argumentation. Koherens betyder i dessa sammanhang att en argumentation måste stödas av, förutom materiella regler också allmänna sakskaäl och att värderingar som stöds av skäl ger en bättre grund för värderingarna. Vidare skapar längre kedjor av skäl och mer generella skäl en säkrare grund och större koherens i argumentationen. Ju högre grad av koherens, desto bättre rättfärdigande av argumentens bärighet och relevans: en motivering är bättre ju mer sammanhängande den är. Som centralt framstår också förmågan att kunna urskilja den koherenta styrkan i olika argumentationslinjer och framförallt möjligheterna att sammanjämka dem, där så är möjligt: dvs olika argumentationstyper kan ömsesidigt stödja varandra.¹¹⁵

En rad teoretiska tveksamheter vidlåter dock koherensteorin om den syftar till att beskriva eller omfatta hela rätten (rättssystemet, rättsordningen); alltså när den som rättsteori försöker ange drag som skall göra rätten i dess helhet koherent – vanligen benämnt som *normativ koherens* eller *normativ koherensteori*. Sådana kriterier har otvetydiga drag av enhetsresonemang eller annorlunda uttryckt, torde en normativ koherens endast kunna uppnås om rättssystemet definieras som en från andra normerande system avgränsad enhet. Frågan är emellertid om det ens inom ett sådant slutet rättssystem är möjligt att skapa koherens, finns det en enhetlig värdegrund inom rättssystemet självt som kan alstra koherens?

Det finns olika betydelser av koherensteorin. Om med koherens avses ett *komplett* rättssystem, torde associationerna gå till någon form av begreppsjurisprudens och dess tro på rättssystemets förmåga att omfatta alla nuvarande och tänkbara fall – detta kan lösas via ett antal utvägar, å ena sidan kan man reglera i detalj och ange tänkbara undantag (minns härvid begreppsjurisprudensens omöjliga

¹¹³ Peczenik *Juridikens teori och metod* (1995b) s 86.

¹¹⁴ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 659.

¹¹⁵ Se Peczenik *Juridikens teori och metod* (1995b) s 86ff, *Vad är rätt?* (1995) s 573ff och *Legal collision norms and moral considerations* (1992).

kodifikationssträvanden), å andra sidan kan man låta rättsnormerna vara så flexibla som möjligt (med ett optimalt utnyttjande av generalklausuler och ramlagsliknande arrangemang). I det senare fallet måste rättsteorin förlita sig på en hög grad av självständig, ansvarstagande och kreativ rättstillämpning. I det förra fallet kan man dock fråga sig om ett rättssystem måste vara komplett – finns det inte ett värde i att lagen uppvisar luckor, till gagn för individernas frihet? Men då rättssystemet är stadd i ständig social omvandling, är det kompletta systemet (som måste vara statiskt) en dröm – och en mardröm för ett fritt demokratiskt samhälle.

Ges en alternativ definition av koherens som betecknande ett *motsägelsefritt* system, så ställs man inför åter andra invändningar. De exempel som vanligtvis anförs på ett motsägelsefritt system, är att en situation inte skall kunna bedömas under två skilda regler; dvs det bör inte finnas någon norm som tillåter en handling, och en annan norm som förbjuder samma handling. Detta låter naturligtvis rimligt, men ändå trivialt; rättshistorien torde uppvisa ytterst få exempel där sådana uppenbara motsägelser varit för handen. För dessa fall gäller för övrigt de sedvanliga kollisionsnormerna: *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori* och *lex posterior derogat legi priori* etcetera. Däremot så kan det vara angeläget att söka uppnå koherens i den meningen, att effekterna av en reglering inte blir oavsedda och att de rättsliga konsekvenserna inte mynnar ut i motsägelsefulla normerande funktioner för individen. Som en garant för intern konsistens står måhända lag- och normprövningsinstitutet jämte lagrådets granskande roll, RF 11:14§. I denna triviala mening – eftersom rättssystemet är motsägelsefritt på en basal nivå – har koherensteorin ringa förklaringsvärde: den förmår bara att upphöja det självklara till teori.

En av de mer uppenbara invändningarna mot koherensteorin, är att rättssystemet mycket väl kan vara koherent, men att det likväl kan betvivlas om rätten fördenskull återger en korrekt beskrivning av de verkliga förhållandena. Riskerar inte rätten med andra ord att bli ett slutet – ehuru konsistent, motsägelsefritt och koherent – system fjärmat från samhällliga realiteter? Rätten måste väl på något sätt vara kopplad till samhället om dess styr- och problemlösningsförmåga skall nå framgång? Med andra ord, hur vet man att den valda koherenta domen, regleringen, argumentet eller rättfärdigandet är korrekt och den lämpligaste lösningen?

Problemet med och invändningarna mot koherensteorin är vad som avses med 'sammanhang' och hur två sinsemellan oförenliga men koherenta system kan skiljas från varandra: det vill säga, man kan mycket väl tänka sig två konkurrerande uppfattningar, teorier eller hypoteser om ett sakförhållande, vilka båda är internt koherenta men som båda inte kan vara sanna (samtidigt). Koherens som epistemologisk teori eller sanningsteori har fundamentala svårigheter att utifrån en metanivå avgöra sanningshalten hos konkurrerande koherenta argument och

teorier.¹¹⁶ Ett talande exempel på det sistnämnda är den eviga dispyten mellan teisten och ateisten: båda presterar två koherenta system, men båda är oförenliga. Vad avgör sanningen i denna fråga? Tron, brukar det klassiska svaret lyda – men är 'tron' koherent, men inte 'otron'? På samma sätt kan en överklagad dom, som får antas vara koherent, få en annan utgång i högre instans, utan att den senare kan anses vara inkoherent – prejudikatvärdet i den högsta instansens domskäl kan i denna mening syfta till större och framtidsinriktad systematisk koherens, men det betyder naturligtvis *inte* att avgörandet är 'sant' i någon allmän vetenskaplig mening, utan det är möjligtvis ett lämpligt domslut baserat på sammanhängande domskäl, som syftar till ett normativt ställningstagande som bör beaktas vid framtida avgöranden.

Alltså, hur skall en koherent teori om rättsliga satser kunna kopplas till 'verkligheten,' en koherent teori om faktueella satser, utan att hamna i korrespondens? Var finns kopplingen? Peczenik menar att en intern motiveringskoherens kan förenas med korresponstensteorin, så att den interna koherenta justifieringen kan rättfärdigas om den korresponderar väl med en yttre verklighet.¹¹⁷ Förutom att koherens blir graderbar tenderar den i kombination med en korresponstensteori att bli en sannolikhetsteori, varvid koherensteorin inte nämnvärt lyckas fjärma sig från de ovan nämnda klassiska sanningsteoriernas problem. Aarnio hävdar å sin sida att koherensteorin primärt handlar om (rättsliga) tolkningar och att tolkning som sådan inte behöver korrespondera med en yttre verklighet – tvärtom handlar en 'tolkningskoherens' om att skapa horisontella överensstämmelser mellan olika språkspel (med referens till Wittgensteins senare språkfilosofi). Men när är en sådan horisontell överensstämmelse för handen? Ja, Aarnio lyckas inte heller finna den för koherentisten avgörande yttersta 'fixed point' genom vilken rättens sanning eller korrekthet kan avgöras. Det *går inte att veta*, när språkspelen är klart – "and what becomes a problem is precisely the question of at which stage it is that the game can be said to be 'ready.'" ¹¹⁸ Eftersom den 'yttre världen' också den enbart kan tolkas, består koherensteorins styrka i att nå överensstämmelse mellan tolkningen av det normativa (normativiteten) och det faktiska (fakticiteten). En sådan överensstämmelse förutsätter dock en gemensam grundsyn på såväl tolkningsteorin som tolkningsobjektet. Aarnio hävdar att det är genom 'horisontella kopplingar' och 'contextual connections' som koherensen blir acceptabel, men dessa kopplingar och 'connections' kan naturligtvis inte vara oändliga (interminable), utan "the proposed interpretation must be in harmony with all that is otherwise known about the legal order."¹¹⁹ Inget litet projekt!

¹¹⁶ Se Wolenskis invändningar mot koherensteorin som sanningsteori och svårigheten att veta vad som är en koherent representation av 'världen:' bygger inte själva förmågan att avgöra representationsproblemet på en korresponstensteori? *Coherence and knowledge* (1998) s 30ff.

¹¹⁷ Peczenik *Vad är rätt?* (1995) s 658 och mer utförligt *Law, morality, coherence and truth* (1994) s 170ff.

¹¹⁸ Aarnio *Why coherence – a philosophical point of view* (1998) s 38.

¹¹⁹ Aarnio *Why coherence – a philosophical point of view* (1998) s 38.

Aarnio uttrycker det så här:

It is the theory of coherence that offers a means of defining [...] what kind of contextual connections (horizontal couplings) yield *the most extensive possible acceptance in the respective legal community*.¹²⁰

Aarnio tvingas här, emellertid, återinföra auditoriebegreppet, och därmed konsensusteorin, som en ad hoc-hypotes till koherensteorin. Det konsensusteorin ostridigt kan bidra med i denna kontext är att det relevanta auditoriet kan enas om att vissa frågor är centrala och viktiga, *inte* att en *vis* lösning är den sanna. För juridikens del menar Aarnio att det relevanta juristauditoriet kan enas kring vissa basala och helt okontroversiella paradigmatisiska grundföreställningar: "(1) antaganden om beskaffenheten hos rättstolkningens objekt, (2) antaganden om doktrinerna om källorna till gällande rätt, (3) antaganden om gällande metodiska principer och regler för rättstolkning och systematisering, och (4) antagandet att det finns vissa särskilda värden och värderingar som är förhärskande i den rättsdogmatiska tolkningen och dess syften."¹²¹ Eller kortare: antaganden om objektet, rättskällorna, metodiken och tolkningen. Implicit medför det att även en kritiker och skeptiker måste förhålla sig, om än negativt, till dessa grundföreställningar, eftersom det är just värdet av deras betydelse som är kontroversiell. Tyvärr explicerar Aarnio inte det kunskapskritiska momentet: kan dessa 'shared beliefs,' 'mutual beliefs,' dessa 'intersubjective relations' inom rätten, dessa rättens 'horizontal couplings' och 'contextual connections' vara någonting annat och mer än de ovan anförda punkterna? Om inte dessa problematiseras eller ifrågasätts, kommer rättsförståelsen alltid att vara fången i en given 'epistemisk miljö' och koherens alltid att konservera *vissa* 'beliefs' i rättens kärna.¹²² Detta är allvarligt, ty det innebär att:

Den interna konsistens som krävs av rättsdogmatiken *förhindrar* den i själva verket från att upprätthålla substantiell 'pluralitet' i fråga om olika intellektuella alternativ i sin utveckling.¹²³

¹²⁰ Aarnio *Why coherence – a philosophical point of view* (1998) s 39 (Min kursivering, HG).

¹²¹ Aarnio/Uusitalo *Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen* (1983/84) s 266.

¹²² Om koherensteorins konserverande effekter (koherensteorins konservatism), se Rabinowicz *Peczenik's passionate reason* (1998) s 17f.

¹²³ Aarnio/Uusitalo *Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen* (1983/84) s 269.

6.4.2 Värdenas roll och koherens

Det avgörande problemet för koherensteorierna är egentligen inte tesen om det koherenta systemet i sig, alltså den strängare varianten om 'completeness' eller konsistens¹²⁴ – ett sådant komplett system skulle vara möjligt att hantera om rättsordningen enbart bestod av klara binära rättsregler i Dworkins anda. Koherens och konsistens är åtminstone teoretiskt inget större problem inom ramen för en rent strikt rättspositivistisk teori. Problemet är snarast hur koherensteorin skall behandla de underliggande värdestrukturerna (polyvalens) som *de facto* existerar inom rätten. Måste teorin acceptera en motstridig värdepluralism på bekostnad av inkoherens eller å andra sidan förespråka koherens men negligera värdenas centrala roll? Tvärtemot att exkludera värden menar Robert Alexy att rättens koherens kan räddas om man beaktar att rätten också består av principer (jfr Dworkin), vilket, enligt honom, innebär att konflikter mellan disparata och externa värdegrunder kan transformeras till en rationell avvägningssituation *inom* rätten. Eftersom en sammanvägning alltid måste inkludera värden (rättsprinciper), är sammanvägningen en metod att uppnå koherens. Värdepluralism strider, enligt Alexy, inte mot den globala koherensen, utan koherens tycks förutsätta en värdepluralism.¹²⁵

Man kan ställa sig frågande till denna allsmäktiga koherensteori som Alexy frambringt: den betyder nämligen att alla värden, såväl rättsliga som icke-rättsliga, kan *inkluderas inom* ett omfattande koherenssystem, där *alla* värdesatser på något sätt översätts till rättsliga argument. En första invändning består i att riskerna för en juridifiering eller ett förrättsligande synes överhängande; moralen (livsvärlden) kan komma att koloniserats av rätten (systemet) genom denna juridifiering av värden och mellanmänniska relationer.¹²⁶ Man kan även starkt ifrågasätta koherensteorins förklaringsvärde, ty om allt på något magiskt sätt inkluderas i koherensbegreppet, blir teorin i Alexys variant osedvanligt nebulöst. Alexy bejaktar alltför oförbehållslöst och okritiskt denna koherensens "all-embracing or overarching character,"¹²⁷ medan den pluralistiska grundhållningen är skeptisk till totaliserande teorier.

Den vidare frågan om koherensteoriens värde kan också ställas: det vill säga, är det säkert att en koherent modell, ett koherent rättssystem och en koherent

¹²⁴ Lindahl aviserar försiktighet i användandet av 'konsistens/inkonsistens' i rättslig diskurs, eftersom termerna i huvudsak syftar på logisk konsistens/inkonsistens och blir svårhanterligt vad gäller normsystem, *Conflicts in system of legal norms: a logical point of view* (1992) s 40f.

¹²⁵ Alexy *Coherence and argumentation or the genuine twin criterialess super criterion* (1998) s 45ff.

¹²⁶ Alexys syn är besläktad med en form av rättspositivism, som de senare åren i det tysta flyttat fram positionerna, nämligen en sk 'inclusive legal positivism' som det finns anledning att på olika grunder ställa sig kritisk till.

¹²⁷ Alexy *Coherence and argumentation or the genuine twin criterialess super criterion* (1998) s 46.

justifikation per automatik medför acceptans? Kan koherens ha en etisk effekt? Christian Dahlman ställer frågan om koherens verkligen är ett moraliskt värde:

When it comes to law you therefore simply can not say that a description of the world is more true if it is large and more coherent. Here coherence always means absence of conflicting ways of interpretation. The greater the coherence the greater the number of absent perspectives. The problem with this is that with the absence of perspectives, the absence of preferences and values based on these perspectives follow. A legal system that is highly coherent can not embody the plurality of preferences and values in society.¹²⁸

Det föreligger alltså en ofrånkomlig spänning mellan koherens och värden. Det kuriösa och säregna med juridiken (som följer ur rättssystemets axilogiska flexibilitet) är förekomsten av en ofrånkomlig mångfald av teorier, förklaringsmodeller, regleringstekniker och olika grundvärden som behövs för att förstå och förklara rätten. En total koherensteori som åsyftar rättssystemet i dess helhet måste, vilket Dahlman anmärker, bli högst selektiv där koherens vinnas på bekostnad av konkurrerande tolkningsmöjligheter. Det är, enligt denna syn, inte så att koherenstheorin *reducerar* antalet värden (tolkningar, teorier etc) utan snarast sker en selektion av vissa av dem: därmed består koherenstheoriens metod i att uppställa vissa interna selektionsmekanismer för rättens enhet, en åsikt som är starkt besläktad med Luhmanns autopoietiska teori.¹²⁹

Dahlman tolkar koherentismens förespråkare så att de helt enkelt söker en basal etisk miniminivå, såsom att massmord och etnisk utrotning är etiskt oförsvarliga. Att helt enkelt sätta en nedre gräns för etiskt oacceptabla styrelseskick och rättstillämpningar. Det är kanske allt.¹³⁰ I sådana fall är förvisso mycket vunnit, men inte särskilt nytt *sub solis*. Frågan kvarstår dock hur koherenstheorin kan avgöra vilken av flera koherenta justifikationskedjor som är mest acceptabel och vilket moraliska värde, av flera, som väger tyngst. Koherentisternas svar är naturligtvis att en justifikation alltid måste vara koherent och att rättfärdigandet alltid – och i sista instans – är och bör vara etisk grundad. Det ligger så att säga *é contrario* i själva begreppet en positivt laddad etisk valör som besvarar sig själv genom några enkla negativa retoriska frågor: Vem vill ha en inkoherent moralisk världsbild? Vem önskar en inkoherent juridik? Vem kan förespråka medveten inkoherens som något att eftersträvasvärt?

Om koherens förstås på detta tämligen begränsade sätt, såsom angivande vissa kriterier på sammanhängande motivering och argumentation, så presenterar den självfallet nyttiga synpunkter på de juridiska resonemangen och är till viss del praktiskt inriktad. Den ovan beskrivna argumentativa koherensen framstår alltså som relativt oförarglig, jämfört med den övergripande och totala koherentismen. Men också den argumentations- och justifikationsinriktade koherenstheorin kan

¹²⁸ Dahlman *Does making the law more coherent also make it more acceptable?* (1997) s 122.

¹²⁹ Se avsnitt 2.3.1 och 3.1.1.

¹³⁰ Dahlman *Does making the law more coherent also make it more acceptable?* (1997) s 122.

drabbas av samma invändningar som den totala varianten, då rättfärdigandet ibland påstås hänga samman med den mest sammanhängande världsbilden.

Sammanfattningsvis är koherens *antingen* något oerhört komplext (i meningen att genomföra och uppnå) *eller* något lika trivialt. I det första fallet – total koherens – ställer koherensbegreppet för höga eller orimliga krav vilket gör det svår genomförbart som ett metodologiskt program. I det andra fallet hypotetiserar koherentismen sedvanlig juridisk argumentation till en överbelastad metodologi och teori. Återigen: i det förra fallet blir koherensteorin inte särskilt brukbar, i det senare fallet bidrar den inte med något nytt, även om den kan ge värdefulla kriterier för att skärpa den rättsliga argumentationens styrka och interna hållbarhet.

6.4.3 Lokal koherens och polyvalens

I vissa avseenden är koherensteorin besläktad med monocentrin och uppvisar därmed också en rad liknande problem: eller snarare, den baseras på en föreställning om rättens enhet och tenderar, precis som monocentrismen, att generera vissa diskutabla föreställningar. Willem van der Velden menar att koherensteorierna, eller åtminstone idén om ett perfekt koherent rättssystem (och varför skulle koherentisterna nöja sig med mindre?), inte bara förstår rättssystemet som deduktivt, men också som starkt axiomatiskt och hierarkiskt.¹³¹ Hans kritik är att koherensteorin inte tar hänsyn till det faktiska rättssystemets struktur: ”Models of poly-hierarchical structures or even non-hierarchical structures aren’t proposed. Everyone uses a model of a *mono-hierarchical structure*: priority rankings have to be established and if possible a hierarchy with a highest value or principle.”¹³² Van der Velden hävdar vidare att i pluralistiska samhällen är värdenas mångfald och diversitet liksom konflikterna mellan dem en faktisk realitet, som inte kan negligeras. På samma sätt har uppdelningen av olika rättsområden uppstått på grundval av karaktäristiska skillnader i social kontext och situation, och inte på grund av lagstiftarens bristande insikt i koherensteori. Eftersom rätten är fundamentalt konstituerad av olika värden, principer och mål, kan van der Velden till och med inta en ytterligt radikal position:

¹³¹ Van der Velden *Coherence in law: a deductive and a semantic explication of coherence* (1992) s 263f.

¹³² Van der Velden *Coherence in law: a deductive and a semantic explication of coherence* (1992) s 281. Van der Velden analyserar koherensteorierna såsom de framställts av Alexy, Peczenik, MacCormick och Dworkin.

Of course, no one will argue for the replacement of the aspiration towards coherent systems by the aspiration towards incoherent systems. However, we can take the position – a possibility that is rarely considered – *that a certain degree of incoherence isn't only inevitable, but also [...] desirable*. At the same time we may accept a certain degree of collision between values and differentiate between desirable and undesirable *types of collision*.¹³³

Eftersom värdena har en fundamental signifikans och kritisk funktion i rätten, måste en viss grad av inkoherens tolereras, varigenom en jämvikt mellan olika rättsliga rättsområden kan upprätthållas, dvs en jämvikt som försöker undvika destruktiva konsekvenser genom att andra rättsområdens specifika rationaliteter skapar ideologisk påverkan i andra områden. Van der Velden menar att koherentisternas (särskilt Alexys) 'totala' hierarkiserande teorier bör undvikas, eftersom:

The critical and dynamic function of values is nullified by demanding priority rankings. By establishing a hierarchical structure within the set of values and between the values and other levels of the practical system of statements, the number of possible systems of statements – at a lower level – is decreased and finally the system is reduced to only one particular, inflexible system.¹³⁴

Den *totala koherentismen* måste välja bland ett antal värden och grundförställningar, principer och funktioner, som de avgörande och väsentliga ur vilka det koherenta sammanhanget kan konstrueras. Men givet det stora antal motstridiga värden, principer och paradigmatiska åsikter som ryms inom rätten, är en sådan selektion tämligen godtycklig. Samma svåra valmöjlighet torde också uppstå i valet mellan olika regleringstekniker, rationalitetsformer och argumentationstyper (jfr figur 6.1). Koherensteorin leder med andra ord till en viss oönskad relativism i relation till det stora antal alternativ som står till buds. Koherensteorin måste därför som ett minimum förutsätta en utvecklad metateori, som förmår att avgöra relevanta rationalitetskriterier, värden och bärande juridiska argument. Här finns anledning till försiktighet och skepticism – inte mot koherenstanken, men mot de metaanspråk och totaliserande ambitioner den implicit alltså måste omfatta. Om koherens fortsättningsvis skall bibehålla sitt värde, får den inte överlastas utan bör enligt mitt förmenande begränsa sin jurisdiktion och formuleras mer anspråkslöst. Ett sådant modifierat system kan, som Luc Wintgens framhåller, exempelvis vara ett stratifierat koherensbegrepp, där olika koherensanspråk ställs på skilda nivåer i rätten.¹³⁵ På en första nivå ('the lowest level of norm production') som innefattar rättsregler, kan förväntas en hög grad av konsistens och därmed koherens; den första nivån uppvisar emellertid också inkonsistens, särskilt i 'hard cases' och mer principiella rättsfrågor, varför det krävs koherens

¹³³ Van der Velden *Coherence in law: a deductive and a semantic explication of coherence* (1992) s 281f.

¹³⁴ Van der Velden *Coherence in law: a deductive and a semantic explication of coherence* (1992) s 282f.

¹³⁵ Se Wintgens *Some critical comments on coherence in law* (1992) s 118–121.

också på en högre nivå som förmår lösa dessa regelkonflikter eller rättfärdiga just den ofrånkomliga existensen av första ordningens inkonsistens. Den andra nivån ger rättfärdiganden, systematisk tolkning och försöker skänka koherens åt rätts-systemet i dess helhet; rättstillämparen får här en framskjuten roll och centralt blir också att tillmäta andra normer och principer från andra rättsområden relevans. Men inte heller kan motsättningar, antinomier eller heterarkiska konflikter¹³⁶ mellan de skilda rättsområdena alltid lösas ens med systematisk tolkning, eftersom maximerna eller principerna kan vara 'inkommensurabla,' dvs olösliga inom systemet. Lösningen måste sökas och rättfärdigas utanför systemet med tolkningar härrörande från andra normerande system och andra icke-rättsliga argument. Denna tredje koherensnivå innefattar bedömningar av rättens funktion och underliggande värdesystem satt i en samhällelig kontext, men viktigt är att total koherens i denna aspekt beror på valet av utom-juridiska värden, vilka naturligtvis är allt annat än givna, tvingande eller nödvändiga. Just *skillnaden* mellan olika värden synes spela en stor roll. Luc Wintgens uppfattning har vissa likheter med den strukturella uppfattning av rätten i olika nivåer som här framförts: *inom rättsordningen skulle det således finnas förutsättningar för en relativt hög grad av sektoriell koherens, medan rättssystemet uppvisar en selektiv värdekoherens och rättsfältet har en ytterst begränsad funktionell koherens.*

Utifrån teorierna om pluralism och polycentri blir koherensaspekterna inom rättsordningen naturligtvis högst problematiska. Jag menar dock att de kan undvikas om ambitionerna för koherens differentieras. Min uppfattning är, att en normativ koherens kan ha något värde måste den tolkas i en mindre ambitiös och mer restriktiv riktning. Koherenstanken behöver alls icke uppges. Det torde vara möjligt – och enligt mitt förmenande också önskvärt – att förena en koherent systematisering av ett rättsligt delområde, utan att lyfta anspråken till en heltäckande omfattande teori som omspannar hela rätten eller som baseras på enhetsantaganden. Det rättsteoretiska valet behöver med andra ord inte stå mellan total koherens eller total inkoherens – utan en position som uttrycker någon form av relativ koherens kan, givet polyvalenta utgångspunkter, vara teoretiskt välgrundad. Neil MacCormicks ovan nämnda uppfattning i koherensfrågan kan omtolkas i en mindre anspråksfull riktning som nödvändigtvis inte behöver innebära ett förespråkande av total normativ koherens: koherens kan uppnås "by reference to some 'underlying' principle or value or coherent set of principles and values which can be conceived as justifying the rules and rulings (the norms) under consideration."¹³⁷ Med andra ord kan ett mindre set av principer och värden skapa tillräcklig koherens bland vissa rättsregler och rättsområden.¹³⁸

¹³⁶ Se ovan 2.1.2 och 2.2.4

¹³⁷ MacCormick *Coherence in legal justification* (1992) s 320 [Min kursivering. HG].

¹³⁸ Lindahl diskuterar inkoherensproblem som uppstår i en värdeimplementering och hur bakgrundsvärdena skall kunna infogas koherent, både sinsemellan och i relation till hela rättssystemet. Frågan är dock vad som avses med bakgrundsvärden och på vilket sätt de beaktas i

Den engelske rättsteoretikern Joseph Raz vänder sig mot total, eller med hans terminologi, 'global coherence' därför att en sådan "impose coherence on the whole of the law," vilket enligt Raz är felaktigt av flera skäl. För det första så underskattar den 'globala koherentismen' "the degree and implications of value pluralism, the degree to which morality itself is not a system but a plurality of irreducibly independent principles;" för det andra så idealiserar den 'globala koherentismen' "the law out of the concreteness of politics. The reality of politics leaves the law untidy. Coherence is an attempt to prettify it and minimize the effects of politics."¹³⁹ Såväl moralisk och social som politisk värdepluralism är ofrånkomliga egenskaper som reflekteras i rätten, menar Raz. I den meningen är pluralism inte en systematisk defekt, utan tvärtom ett normaltillstånd för den mänskliga tillvaron: "moral pluralism means that conflict is not a result of any imperfection but is the normal state for human beings."¹⁴⁰ Värdepluralism innebär att 'various irreducibly distinct and competing values are valid.' Sammantaget betyder det, enligt Raz, att:

Value pluralism does not mean incoherence. Sound moral principles are consistent, and should be consistently applied in the law. The coherence to which value pluralism is hostile is the felt need [...] to subsume the plurality of values under as few as possible supreme principles. While these attempts ought to be resisted, we must recognize that the application of each of the distinct values ought to be consistently pursued, and this generates pockets of coherence which exist, or should exist, where the law should reflect one overriding moral or evaluative concern.¹⁴¹

Raz hävdar vidare att "the consideration of moral pluralism shows, however, that local coherence is, because of moral pluralism, of great importance. I call it local coherence because there are many isolated decisions which amount to an unconstrained choice between different possible compromises between conflicting values."¹⁴² Han menar vidare att *lokal koherens* innebär 'coherence of doctrine in specific fields.' Raz förespråkar sålunda en sektoriell koherens ('local coherence' eller 'pocket-coherence') framför en övergripande koherens ('global' eller 'total coherence'), eftersom "coherence, one might say, is everywhere. But it is local rather than global coherence."¹⁴³ Hur skall då rättsteorin ställa sig till denna till olika rättsområden anpassade (förpassade) koherens? Ja, Peczenik har hävdat att:

mer uttryckliga stadganden, i förarbeten och i rättstillämpningen, se *Conflicts in system of legal norms: a logical point of view* (1992) s 48ff.

¹³⁹ Raz *The Relevance of Coherence* (1994) s 298.

¹⁴⁰ Raz *The Relevance of Coherence* (1994) s 301.

¹⁴¹ Raz *The Relevance of Coherence* (1994) s 299.

¹⁴² Raz *The Relevance of Coherence* (1994) s 302.

¹⁴³ Raz *The Relevance of Coherence* (1994) s 303.

Juridikens existensberättigande beror på att den interna sammanhangsvinsten väger tyngre än den externa sammanhangsförlusten. Detsamma gäller den juridiska argumentationens eventuella splittring i ett antal olika varianter, anpassade till olika rättsområden. Juridikens interna differentiering är rationell endast om den medför en viktigare koherensvinst inom respektive delområden än koherensförlust inom helheten.¹⁴⁴

I min översättning: rättens polycentri är rättfärdigad endast om den medför en viktigare lokal koherensvinst än global koherensförlust. Utifrån teorin om rättens polyvalens finns det anledning att bejaka en koherensvinst inom respektive delområde, som viktigare och mer central än den påstådda koherensförlusten. Eftersom global koherens aldrig existerat, är förlusten dessutom enbart skenbar...

Är normativ koherens då fortsatt möjlig? Tja, som alltid beror det på. Jag tror ingen vill eftersträva systematisk normativ inkoherens, men däremot menar jag det är centralt och tvunget att överge idealet om *total* eller *global* normativ koherens. Detta grundas i förekomsten av en mångfald av bakomliggande rättssystem med inbördes skilda karaktärer med olika argumentations- och justifikationsmodeller: detta leder till möjligheten att påstå att specifika koherenskriterier inom ett område inte direkt kan överföras till ett annat artskilt område. *Gentemot en generell koherensteori med anspråk på att tillskapa global koherens torde en polyvalent teori kunna utveckla mindre omfattande partikulära koherens som fokuserar på områdesspecifik, sektoriell eller lokal koherens.*

Förutsättningarna för att skapa en områdesspecifik eller *lokal koherens* innefattar naturligtvis en acceptans av polycentri och polyvalens inom rätten. En lokal koherensteori respekterar skilda rationaliteter och argumentationstekniker inom härför tillämpliga rättsområden. Som har framförts innebär rättens polyvalens att rättsordningen är uppdelad på en mängd artskilda rättsområden med bakgrund i olika rättssystem som format dem. Det medför även att rättsvetenskapens centrala rättsbegrepp och rättsprinciper får skilda innebörd, beroende på vilken rättsystematisk förklaringsgrund som eftersträvas. Det finns inget i denna karakteristik som motsäger att lokal koherens torde gå att uppnå inom skilda rättsområden. *Något samband mellan sektoriell eller områdesspecifik systematisering och rättens enhet behöver, enligt min mening, således inte uppställas.*

Givet en *lokal* koherensmodell kan ett rättssystemets särskilda historiska värdegrund studeras jämsides med dess aktuella 'spår' i rättsordningen. Olika rättssystem skapar alltså begränsade lokala koherensområden inom rättsordningen. Rättsordningen är blott inkoherent om anspråken syftar till total koherens, medan en lokal koherensteori tydliggör hur existensen av olika koherensfält är skilda från eller överlappar varandra. Detta har föranlett Ulf Stridbeck att hävda, att "vad som torde eftersträvas inom [...] området är att *begrepp* och *principer* sammanbinds med varandra så att det bildas koherenta normsystem inom det

¹⁴⁴ Peczenik *Juridikens teori och metod* (1995b) s 89.

konkreta rättsområdet.”¹⁴⁵ Observera att det enbart är tal om att skapa koherens inom ett enskilt väl avgränsat område, utan att lyfta anspråken större än så.

Så som koherens här har definierats har begreppet om ‘rättens enhet’ visat sig vara ett såväl överflödigt som ohållbart postulat inom rättsteorin. Koherensteorin är *endast* av intresse om den förstås såsom lokal koherens inom ramarna för en polyvalent rättsuppfattning. Denna koherens är inte given, utan definieras utifrån vissa för området styrande principer och ändamål. *Definierad på detta sätt, kan uppfattningen av den lokala koherensens ändamålsenlighet aldrig vara ett monopol för juristprofessionen.*

Ett tillbakavisande av *global* koherens innebär avslutningsvis ett återvändande till de ovan nämnda sanningsteorierna. De behöver inte vara kontradiktoriska, utan kan på skilda sätt söka besvara olika sanningsfrågor – detta betyder då, att teorierna kan komplettera varandra, men i olika avseenden. Transponerat till det rättsliga lokalt koherenta delområdet, kan konsensusteorin användas för att (försöka, nota bene!) nå samstämmighet i att *vissa* frågor är centrala för området (däremot lämnas frågan huruvida man kan nå substantiell konsensus öppen); korrespondensteorin skulle kunna användas för att uppnå approximativa (men heller inte mer!) jämförelser mellan rättsområdets normer och andra normerande system; pragmatismen kan vara användbar för att ange tjänliga rättsliga konstruktioner och godtagbara heuristiska fiktioner (men inte mer!) som lämpar sig för en rad praktiskt genomförbara operationaliseringar. En rad rättsliga fiktioner existerar naturligtvis redan, ‘rättssubjekt,’ ‘gällande rätt,’ ‘aktiebolag’ mfl vilka alla i viss mån är ‘sanna’ om de visar sig kunna påverka verkligheten på avsett funktionellt sätt; men andra pragmatiska verktyg kan givetvis konstrueras, liksom äldre kan dekonstrueras och rekonstrueras efter nya samhällsförhållanden. Koherensteorin skulle då bidra med att skapa lokalt sammanhang i det avgränsade rättsområdet mellan rättsfältets externa samhällsfunktion, de relevanta rättsprinciperna och rättsreglernas faktiska tillämpning. I förlängningen härav följer, att rättsvetenskapen måste vara metodologiskt ödmjuk inför uppgiften att kunna uppställa totala heltäckande teorier, begrepp och principer.

De kriterier som kan uppställas på lokal koherens torde vara, att koherens föreligger mellan de rättsregler som finns (i rättsordningen) och de ändamål och funktioner lagstiftningen avser att fylla (rättsfältets funktioner). Det bör naturligtvis också finnas ett koherent samband mellan å ena sidan rättsfältets funktioner och rättssystemets bärande principer, å andra sidan koherens mellan principerna och reglerna. I konkret hänseende måste således uppmärksamheten riktas på huruvida det finns olikartade rättssystematiska rättsprinciper (repressiva, autonoma, responsiva) som verkar parallellt i det aktuella området.

¹⁴⁵ Stridbeck har i sin studie av rättsförhållandet mellan eldistributörer och abonnenter konstaterat att det elrättsliga området är ett rörigt och inkoherent system, *Från kontrakt till social rättighet* (1992) s 331.

6.5 Lokal koherens, sociala rättigheter och social rättssäkerhet

Vad är då konsekvenserna av normativ polyvalens? Hur kan normativ polyvalens ha någon rättsvetenskaplig roll och rättsdogmatisk funktion? Polyvalens förekommer i olika skepnader och på alla rättsliga nivåer, men det innebär *inte* att koherens måste saknas: istället är det möjligt att alltså kraftigt modifiera koherensteorin som åsyftandes lokal koherens mellan funktioner, värden, principer, regler och tillämpning i ett särskilt avgränsat rättsområde.

Lokal koherens motstår den globala koherensens frestelser. Den totala koherensen baseras på *ett* sammanhängande system och har därmed starka beröringspunkter med rättslig enhet och monocentri. Denna baseras implicit på en förståelse av utveckling som linjär evolution och bejakar inte den omfattande värdedifferenteringens betydelse för rättsvetenskapen. Lokal koherens innebär sammanhang eller överensstämmelse mellan funktionsvärden (eller rättsfältets ändamål), värdeprinciper (rättsystem), reglering (rättsordning) samt tillämpning. Lokal koherens medför att det enskilda området systematiseras efter de grundläggande värden som kännetecknar det och normativ polyvalens innebär att på ett systematiskt sätt bearbeta värdegrunderna, såväl på principiell nivå som i ett funktionellt perspektiv. Att inte tillerkänna relevansen av lokal koherens, som sektoriell systematik, för polyvalens skapar en överhängande risk för att området dels systematiseras utefter andra områdesspecifika värden, dels att området underordnas en global koherensmetod. Att skapa stark lokal koherens är ett legalstrategiskt medel (inom rättsteorins område) för att bjuda motstånd mot främmande systematiseringsgrunder; att skapa systematisering utan ett enhetsantagande. Såsom ett legalstrategiskt eller offensivt medel, kan det inte kopplas till en statisk uppfattning om 'gällande rätt,' utan tillskapandet av lokal koherens blir, och måste förbli, ett temporärt konstaterande, vilket måste tillåtas variera med föränderliga samhällsprocesser.¹⁴⁶ Det innebär vidare ett erkännande av djupa värdekonflikter inom rätten och utifrån dialektiken mellan det rättsligt och samhälleligt möjliga, hävdar Wilhelmsson att:

¹⁴⁶ Den lokala koherensen kan anses baseras på lokala kunskapsanspråk och Villa har uttryckt denna tanke på följande sätt, *Normative coherence and epistemological presuppositions of justification* (1991) s 431:

Unfortunately, the epistemological level of analysis is very much neglected by contemporary legal philosophy. This is, in my opinion, a wrong attitude: as a matter of fact, background epistemological theories very strongly affect legal theories, for instance by supplying methodological models for legal science and practice, or giving help and interpretation of relevant legal 'data.'

Det ligger därför inte nödvändigtvis något motsättningsfullt i att samtidigt förneka tron på ett konsistent rättssystem och att arbeta för att bygga upp allmänna läror. Tvärtom: utgående från att det rättsliga tänkandet alltid med nödvändighet har en delvis systematisk karaktär är det uppenbart att systembyggandet i sig är av betydelse med hänsyn till förverkligandet av det rättsligt möjliga och också med hänsyn till utvidgningen av gränserna för det rättsligt möjliga. Att bygga system av allmänna läror är m.a.o. en väsentlig uppgift också för en alternativ dogmatik; man bör blott erkänna att man återigen rör sig i ett spektrum av möjliga systematiseringar i stället för att söka efter det 'verkliga' (korrekta) systemet.¹⁴⁷

Om den lokala koherensen är lyckosam och framgångsrik, innebär det att nynormativistiska sammanhang kan tillskapas inom det välfärdsstatliga rättssystemet: ett sammanknutet, sammanhängande lokalt fält av vissa grundläggande värden som förenar sociala rättigheter och idén om social rättssäkerhet. Lokal koherens kan således fungera som en legalstrategisk rättsteori för att trygga välfärdssektorer. Detta är inte mer chockerande, än att företräda en monovalent 'global koherens.'

Betraktas så LSS i ljuset av lokal koherens så innebär det att dess rättighetskaraktär vidareutvecklas genom att stärka de reflexiva inslagen ytterligare, det innebär vidare ett medvetandegörande av att sociala positiva rättigheter är *äkta legala kravrättigheter*. Dessutom måste rättstillämpningens sociala konsekvenser uppmärksammas i ett ansvarstagande för den sociala rättssäkerheten. Sist men inte minst måste "de sociala behov och intressen som finns nedlagda i LSS *tas på orden, uppfattas såsom uttryck för denna ordnings primära mål* och inte endast såsom instrument för att hålla systemet vid liv," för att nu travestera Lars D Eriksson (2.5). Behovsrationaliteten i LSS måste tas för vad den är och alltså inte som en systemrationell argumentation (4.7), som gynnar motstående intressen, bland annat den kommunala självstyrelsen. Främst handlar den lokala koherensen i detta avseende om att de värden, funktioner och regleringstekniker som lagen uttrycker hänger samman på ett funktionellt sätt: det betyder att sanktionsproblematiken eller frågan om utökad statlig finansiering inte primärt är anknutna till det värdemässiga grundlaget, utan främst står enligt min mening frågan om en grundläggande attitydförändring inom rättsvetenskapen visavis sociala rättigheter och rättssäkerhet. Alltså i grunden en ideologisk fråga.

Den nynormativistiska hållning som genomsyrat detta arbete består huvudsakligen i en dekonstruktion av ett antal begrepp eller idéer som i en re-konstruktiv anda förvänts till att tjäna ett antal syften. För *det första* har själva det teoretiska fundament som ofta nyttjas för att nedvärdera sociala rättigheter befunnits orimligt och tvärtemot vad som vanligen framhävs, är det just sociala rättigheter som egentligen kan karaktäriseras som äkta rättigheter. För *det andra* har rättssäkerhetsbegreppet dekonstruerats – det finns ingen stabil essentiell begreppskärna – och omdefinierats i legalstrategiskt syfte, för att trygga sociala rättigheter och, därmed, utsatta grupper och människor. Allmänt sett finns det ett principiellt intresse av att diskutera olika rättssäkerhetsvarianter, framför att hävda

¹⁴⁷ Wilhelmsson *En social avtalsrätt? – Några kommentarer* (1993–94) s 504.

den singularit rätta definitionen. *För det tredje* har det rättsteoretiska begreppet koherens i legalstrategisk mening re-konstruerats som lokal koherens, ty genom att skapa lokalt koherens inom vissa områden – där rättens funktioner kopplas samman med de sammanhållande värdeprinciperna och de adekvata rättsreglerna härför – kan vissa välfärdsområden säkras. *För det fjärde* har en ontologisk grundhållning tillbakavisats som ett diskutabelt gränssättande förhållningssätt, medan däremot epistemologi kan användas i ett gränsupplösande syfte för att ifrågasätta invanda tankesätt inom rättsteorin – epistemologin har därmed en viss offensiv inriktning. Epistemologin leder till en axiologisk vakenhet.

Den nynormativistiska hållningens strategi är legalstrategisk vilket inneburit ett (ut)nyttjande av vissa begrepp, såsom sociala rättigheter, lokal koherens och social rättssäkerhet. Denna begreppsstrategi syftar till en rekonstruktion av välfärdsstatliga grundvärden och jag vill tro att de begrepp jag delvis omskapat och omdefinierat har förmått 'bräcka upp' frågeställningarna och blottlagt gamla ideologiska föreställningar, och dessutom också lyft fram välfärdsvärden. Verktygen har använts för att sätta i funktion nya rörelsemönster. Det är möjligt att ambitionerna är högt satta, men inom en rättsteoretisk diskurs är det ungefär vad som kan göras; det vill säga att genom en diskursiv, semantisk och begreppslig legalstrategi och dekonstruktion öka medvetenhetsgraden om begreppens 'värdeimpregnering.'

Denna avhandling har vuxit fram under en omvälvande epok: den har bevittnat välfärdsstatens partiella nedmontering där nyliberalism och marknadsekonomi alltmer behärskar den diskursiva arenan, men den har också upplevt den mest intensiva globaliseringen någonsin (möjligen den koloniala expansionen undantagen) där nationalstatens forna makt alltmer verkar sättas inom citationstecken. Mycket av arbetets tematik har färgats av dessa samhälleliga omvandlingar och frågan har avslutningsvis alltmer kommit att bli hur välfärdsstaten, eller dess värden, kan rekonstrueras i denna intensiva globaliseringsfas. Hur kan de sociala rättigheterna tryggas inom ett nationellt system, som alltmer är underkastat internationella och globala normerande system? Eller, mer konkret och praktiskt: hur kan de resurssvaga personernas situation stärkas och uppmärksammas inom ramen för en försvagad nationalstat och en förstärkt globalisering? Finns det ett spelrum mellan fakticitet och giltighet, mellan det rättsligt möjliga och det samhälleligt 'nödvändiga'? Är det möjligt att bibehålla öar av välfärdssektorer, i en annars alltmer utpräglad marknadsliberal samhällsomvandling?

Det, nästan övertydliga, dilemma den reflexiva rätten och den substantiella rättssäkerheten står inför är överväldigande. Det gäller delvis en vidareutveckling av incitament i den responsiva rätten, och delvis ett förlitande på rättsstatlig normtypologi (jfr Hydén och Tuori, 3.5.5 och 3.6). Men å ena sidan har den responsiva välfärdsstatliga rätten baserats på ett antal negativa konstruktioner, såsom en omhändertagandets filosofi, en överförmyndarmentalitet och en teknisk systemrationalitet där olika professioner så att säga definierat de problem (bla de funktionshindrades upplevda situation) ovanifrån; det har med andra ord inte

funnits någon jämlik eller likvärdig dialog. Dilemmat är alltså hur den reflexiva rätten skall navigera bland dessa blindskär, det finns två samtidiga risker: för det första måste de negativa inslagen i den responsiva rätten brytas utan att den fjärras från välfärdsvärdena; å andra sidan finns det en fara för att normtypologins makt drar ned den reflexiva rätten i autonom formell rättsstatlig rättsideologi, förbi den responsiva rätten. Alltså en risk för rättssystematisk retardation. De välfärdsstatliga institutioner som funnits har kommunaliserats, privatiserats, bolagiserats mm, och frågan är om det finns tillräckliga välfärdsstatliga institutioner kvar där reflexiva incitament kan finna fotfäste.

Det finns de som menar att de sociala rättigheterna spelat ut sin roll, att de är alltför kostsamma att upprätthålla med skattemedel och att alla individer har ett eget ansvar för den egna livssituationen och livsvillkoren – ett eko som tydligt härstammar från 1800-talets repressiva socialpolitik. Jag tror emellertid att Anatole Frances ständigt aktuella citat kan stämma till eftertanke, nämligen; ”lagen, i sin majestätiska strävan efter likhet, förbjuder såväl den rike som den fattige att sova under broarna, att tigga på gatorna och att stjäla bröd”¹⁴⁸ eller som man hävdade i 1800-talets England: ”Justice is open to all, like the Ritz Hotel.”¹⁴⁹ I ett samhälle som kännetecknas av djupare sociala klyftor och större utslagning än på mycket länge, där gapet mellan de privilegierade och de som intet har ständigt ökar, är behovet av effektiva sociala rättigheter också mer påtagligt. Att individualisera (ja, ’handikappisera’) de sociala strukturförändringarna som skett på senare tid och låta de resurssvaga gruppernas rättighetskydd urholkas är allvarligt. Även om de sociala rättigheterna hamnat i skuggan av den nyliberala retoriken, tror jag att tillräckligt många röster pockar på deras oundgänglighet även i en tid efter välfärdsstaten. Kanske kan ett stärkande av de sociala rättigheterna skapa grunden för en ’social förmåga,’ eller ’capability’ enligt nobelpristagaren Amartya Sen, med syftet att tillvarata och skapa de utsatta individernas frihet.¹⁵⁰

6.6 En ambivalent jurist i en polyvalent värld

Nå, hur skall en jurist förhålla sig till en pluralistisk omvärld? Vilka juristroller uppenbaras i en polyvalent rätt och vad sker med den rättsvetenskapsman, som inte längre försöker arbeta efter idealet om ett enhetligt rättssystem? I en global, postmodern, pluralistisk interlegalitet måste det vara möjligt att med analytiska ansatser utarbeta normativa verktyg för denna nya begreppsliga ram och detta rättsliga rum. Twining hävdar att rättsvetenskapen måste ha som studieobjekt 1)

¹⁴⁸ Mathiesen *Rätten i samhället* (1991) s 120.

¹⁴⁹ Från Lindblom *Rättegångsalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum* (2002) s 8.

¹⁵⁰ Sen *Utveckling som frihet* (2002).

olika normtypologier; 2) ”a typology of agglomerations of norms (eg system, orders, codes, collections, digests, muddles, melees)” och 3) ”a typology of relations and of interactions between, among, and within agglomerations of norms (eg symbiosis, competition, conflict, prioritisation, imposition, imitation, convergence, subsumption, integration).”¹⁵¹

De två första områdena tillhör den traditionella rättsteorins områden och är därför relativt välutvecklade och uppmärksammade, medan kunskapen om punkt 3 fortfarande är fragmentarisk. Twining menar att generella definitioner på ’rätt’ och ’rättsligt’ ofta är missvisande och onödiga, eftersom “the indicia of ’the legal’ are more like a continuum or more complex mix of attributes, which it is not necessary to set off artificially from closely related phenomena except for pragmatic reasons in quite specific contexts.”¹⁵²

Det existerar emellertid ett antal svårigheter i utvecklandet av en ’global jurisprudence’ med starka inslag av rättslig pluralism: för det första uppträder rent begreppsliga problem när det gäller att dra distinktioner mellan rättsliga och icke-rättsliga fenomen, mellan rättssystem, traditioner och kulturer; för det andra är väldigt få normsystem kompletta eller enhetliga, utan dynamiska med skiftande gränser; för det tredje interagerar normativa och rättsliga system på extremt komplexa sätt; för det fjärde kan tendensen att romantisera rättspluralismen leda fel; för det femte finns det en fara i att rättspluralism sammanblandas med mångfalden i perspektivseende och slutligen finns det en fara i att betrakta rättspluralismen enbart som en akademisk angeläget, eftersom ”lawyers are increasingly involved in complex problems of ’interlegality’” och i allt högre utsträckning är ”all lawyers working in European Union countries or involved with transnational transactions or ’alternative dispute resolution’[...] operating in contexts of normative pluralism that typically involve non-state law as well as ’official law.’”¹⁵³ Juristerna av idag arbetar idogt inom ett fält kännetecknat av normpluralism, medan rättsvetenskapen fortfarande arbetar inom ett äldre statsmonocentriskt paradigms ramar, eller som Joxerramon Bengoetxea uttrycker det: ”many scholars have been questioning the state for a long time, but legal theorists and normative philosophers are still lagging behind.”¹⁵⁴

Givet allt teoretiserande kring polyvalens och allt diagnostiserande av global-pluralistiska tendenser, vad innebär det *egentligen* för juristrollen och juristens arbetsuppgifter? Är det inte så att rättstillämparen, som vanligt, lugnt kan invänta att dessa olika kulturella värden får sitt rättsliga uttryck i lagstiftning och att det därefter enbart är en fråga om att tillämpa en, måhända ny, ’gällande rätt’? Jag har tidigare nämnt att ett nytänkande av normativitetsbegreppet och en epistemologisk förståelse av rätten, sätter frågan om juristens ansvar och roll i fokus: dvs insikten att ’gällande rätt’ alltid är ett värdeval. Dalberg-Larsen

¹⁵¹ Twining *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 230.

¹⁵² Twining *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 231.

¹⁵³ Twining *Globalisation and Legal Theory* (2000) s 85f.

¹⁵⁴ Bengoetxea *The withering away of the state at the turn of the millenium* (1997) s 3.

urskiljer tre idealtypiska juristroller: det är den klassiska rättsstatsjuristen, den välfärdsstatliga juristen och, slutligen(?), den postmoderna juristrollen.¹⁵⁵ *Rättsstatsjuristen* är knuten till den klassiska domstolsrollen under 1800-talet fram till välfärdsstaten med klar förutsebar regeltillämpning samt försvar av rättssäkerheten och individuella friheter som ledstjärnor. *Välfärdsjuristen* uppträder, menar Dalberg–Larsen, i rollen som samhällets ingenjör med alltmer tekniska uppgifter i välfärdsstaten tillsammans med andra yrkesgrupper som även de tillämpar rätten. Rätten är mer målinriktad, med mål–medelnormer för att uppfylla olika samhälleliga behov. Den juridiska metoden är mer av pragmatik än strikt tillämpning och kräver också mer av sin juristroll. *Den postmoderna juristen* måste ta utgångspunkt i en komplex pluralism bestående av sociala och rättsliga värden, där rätten blivit alltmer flexibel, multifunktionell och kontextuell och alls inte längre uppvisar en enhet eller enhetlighet. Den postmoderne juristen kan inte längre invänta att staten eller lagstiftaren informerar om vilka otvetydiga värden den önskar se tillämpade: istället krävs att rätten tillämpas kreativt och konstruktivt – juristen blir i denna modell en aktiv rättsskapare, vilken ”will have to choose his/her own values and roles within certain limits.”¹⁵⁶ Den bästa juristrollen är kanske den som tar russin ur kakan och kombinerar de tre rollerna:

1) from the classical jurist role: respect for the individual and his/her liberty; 2) from the role of the welfare State jurist: efforts to further general social aims and values; and 3) from the postmodern role: the idea of basing one’s work on the realities of contemporary life and its legal affairs, and on one’s own choice.¹⁵⁷

Jag ser ingen fara i att juristen kommer att bli alltmer ’partitagande.’ Eftersom den stabila referenspunkten ’gällande rätt’ bortfaller, faller alltmer av ansvaret på juristen att redovisa de intressen eller värden som han själv eller lagstiftningen företräder och det krävs en öppenhet i att redovisa värdegrund och att öppet deklarerat värdebetingade valet. Lättare sagt än gjort och vad innebär det mer konkret för den verksamme juristen? Vad kan insikten om polyvalens komma att innebära, för praktikern eller åtminstone för den vaksamme rättsdogmatikern som förvisso aldrig förnekat värdenas existens? Kommer juristen att göra något annat och nytt? Ja, möjligtvis kan det medföra ett ökat åberopande och utvecklande av de värden som både principer och ’policies’ vilar på.¹⁵⁸ Är detta bra? Tja, för den som hyser föreställningen om rätten som ett slutet autonomt system kännetecknat av neutral tillämpning innebär det naturligtvis ett obekvämt tankesätt, men om rätten betraktas som ett samhälleligt, öppet, normerande system skapar det fruktbara diskussioner kring rättens sociala legitimitet, dvs huruvida rätten förmår komma till rätta med de uppgifter den uppställt. Om

¹⁵⁵ Dalberg–Larsen *The Legal Profession in a Changing World* (1999) s 108–113.

¹⁵⁶ Dalberg–Larsen *The Legal Profession in a Changing World* (1999) s 110.

¹⁵⁷ Dalberg–Larsen *The Legal Profession in a Changing World* (1999) s 112f.

¹⁵⁸ Se Töllborg *Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken* (1995–96) s 363f.

rättstillämparen dessutom, i postmodern anda och med pluralistiskt patos, har att beakta olika norm- och värdesystem ökar i bästa fall participationsträvandena och därmed systemets demokratiska inslag. Men som i alla system kräver det naturligtvis inbyggda spärrar mot missbruk och maktinslag. Det är möjligt att jag här, tvärtemot min misantropiska läggning, ger uttryck åt optimistiska och utopiska förväntningar på en jurist som tar sitt samhällliga och etiska ansvar, som förmår ta de brännande orden *solidaritet*, *tolerans* och *empati* i sin mun. Thomas Wilhelmsson har uttryckt förhoppningen att:

One may envisage that empathy will become one of the keywords for critical legal practice. A welfarist legal strategy may require the recognition of the value of empathy for those who need it. In addition to Hercules J. one might need a Robin Hood J. who acts empathically in individual cases.¹⁵⁹

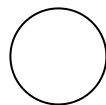
Om jag skulle utnämna en metafor för juristens kunskapssökande, måste det bli kappsäcken. Kappsäcken är för mig, som vagabond i det akademiska och gammal tågloffare, en utmärkt sinnebild för hur juristen kommer att (tvingas) vandra i det alltmer nomadiska kunskaps- och informationssamhället, oavsett om hon vill det eller ej. Kanske är till och med den kringströvande nomaden, fri från revirtänkandet, en uppbygglig bild för framtidens jurist eller åtminstone för framtidens rättsvetenskapliga forskning och utbildning:

Hvis ikke man fastholder den nomadiske livspraksis, det vitale, den civile ulydighed og de skabende tilblivelser, mister selve retssystemet dets mening og den demokratiske horisont, der former den.¹⁶⁰

Jag vill tro det, men min tro är antagligen utopisk...

...men ändå...

One planet, several systems, in the hope
of a polycentric world¹⁶¹



¹⁵⁹ Wilhelmsson *Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law* (1999) s 33.

¹⁶⁰ Carnera Ljungström *Radikalt demokrati og nomadisk ret – Spinoza, Negri og Deleuze* (2000–2001) s 76.

¹⁶¹ Amin *Delinking: Towards a Polycentric World* (1990) s xii.

Summary

Legal polyvalence. A legal study on social rights and legal certainty (rechtssicherheit).

The aim of this thesis is to illuminate contemporary legal movements by the use of recent theories focusing on the trends of legal pluralism and legal polycentrism in modern societies. The contemporary legal movement referred to focuses particularly on the development of legal rights. From so called negative liberal rights to the positive social rights of present day welfare states. By using theories of pluralism and polycentricism it is clearly evident that legal rights evolve out of a range of different social settings and historical contexts. Ultimately, rights are based on a variety of different values underlying the legal system – this work also holds the view that the entire legal system is based on and permeated by values. It is embedded in values and here the phrase ‘legal polyvalence’ is used to designate the ‘many-valued’ character of law. A theory of ‘legal polyvalence’ is developed in this work, a view which is contrasted against the predominant opinion held by traditional legal science, an opinion based on monocentricity and monovalence. Furthermore, law is often held to be a coherent unity, or in the case of conflicting values, legal science aims at achieving a harmonic systematic unity by neutral weighing and balancing of contradictory values. The theory of legal polyvalence denies the unity of law, and in a post-modern spirit, emphasises the fundamental disunity and basic fragmented character of law. The theoretical reflections mentioned are used to explain different stand-points in the discussion on social rights in Sweden and more specifically, the legislation protecting the rights of disabled persons by the *Law on Support and Service* (LSS, lag 1993: 387 om stöd och service till vissa funktionshindrade). This legislation, and the values it rests on, is used as an example or illustration to the theoretical endeavour undertaken here. Even though the present thesis combines legal theory with legal philosophy and legal

sociology, its main focus lies firmly within legal theory. This is accordingly a study in *Jurisprudence* (allmän rättslära).

Chapter 1 gives a general outline of the study. Given the difficulties of the *Law on Support and Service* (LSS) to attain its social goals, (mainly due to the vast number of delayed executions of decisions) three main themes are explicated and analysed. The first topic concerns the overall possibility to legally protect or secure social rights in relation to, eg economic and communal power as well as other interests. The situation caused by the social authorities, in denying access to promulgated rights, are of course grave and places the disabled person in a problematic position in which it is not possible to predict neither the legal situation itself nor the decisions (not) made. The second topic accordingly focuses both on the legal certainty (rättssäkerhet) for the individual and the prevalent theoretical notion of the concept as formal predictability. It is put under question whether this is a suitable understanding for social legislation. The third theme or topic is to investigate, by the use of legal polyvalence, the different normative and social systems intervening in the implementation of LSS. The research-position consciously held in this thesis is in line with neo-normativism and alternative jurisprudence and thereby, by paraphrasing Ronald Dworkin, *Taking social rights seriously*.

In chapter 2 the theoretical presuppositions of the thesis are presented and a conceptual apparatus is established accordingly. The basis for approaching legal norms in a correct way is based on Dworkin's well-known distinction of rules from principles. The rules and principles are seen mainly as a distinction relevant from an internal point of view. They are here complemented by a wider concept of legal norms from an external point of view. Those two views are necessary for a correct understanding of legal phenomena of today. It is argued that legal science is in need of legal sociology, in order to explain the social working of the law. On the other hand, sociology of law is also in need of theoretical reflections on the internal systematics of the legal system. The rules, principles and legal norms are put into a conception of the law as consisting of levels, here called 'legal order' applying to rules, 'legal system' applying to principles and 'social field' to 'legal norms' in a broader sense. By focusing on the different levels of normformation it is possible to detect horizontal as well as vertical conflicts within the legal framework and its relation to society. A fundamental approach in this work is a turn-away from ontological foundations of the law towards an epistemological undertaking. The epistemological turn provides legal science with an opportunity it should not miss, namely to incorporate a wild variety of knowledge into its cognitive scheme. This in turn is crucial for an adequate comprehension of the social field under study.

With the use of the theoretical tools presented earlier the main objective in chapter 3 is to expand the quest for normative ordering with the help of theories on legal pluralism. Legal pluralism in its classical version, influenced by anthropology, was primarily occupied with studies in colonies and the way that different legal customs coexisted with the legal systems of the colonial powers. It was discov-

ered that key parts of these societies functioned in spite of not having a centralised legal power, and that the legal norms were only a small fraction of the entire complex of normative influences – a pluralism of norms. During the last 30 years legal pluralism has moved its field of study to the advanced capitalist western states of today, and has discovered strong pluralist traces. This new legal pluralism upholds the view that legal pluralism is a common feature of all societies. It might even be claimed that we witness today an increase of legal pluralism and differentiation. The claim is that any legal order is composed by a multitude of overlapping legal systems. These different legal systems do not simply vanish, but continue to coexist with today's present legal system. A legal order can be regarded as consisting of parallel legal systems of varying degree and strength. In the Nordic countries, specifically Denmark, a theory of legal polycentrism has been suggested, a view in which it is held that legal norms are produced in many centres and that the use of the theory of legal sources is in fact polycentric too. I suggest that pluralism, parallelism of legal systems and polycentricism are the natural results of the varied values underlying the legal field – the legal polyvalence. The dominant ideologies of legal monocentricity and the theories of legal unity are disjointed. The second part of chapter 3 looks into the general development of the western and the Swedish legal system. The legal system has undergone a change from a so called repressive law via the autonomous law of 19th century to the responsive law of the 20th century welfare-states and the present day trends of reflexive law. During certain circumstances, - economic transitions and social transformations - the legal system can retreat into earlier legal ideologies (such as the legal values and principles of the 'rule of law'-state/rättsstaten) and formal ways of steering social life according to a norm rationality. In the dismantling of the Swedish welfare state a new legal direction might take two different routes, by revitalising autonomous law, or by further strengthening the reflexive arrangements in social legislation.

Chapter 4 consists of two main parts, of which the first is a theoretical analysis of the theories on rights, and the second an account of LSS in greater detail. The theoretical analysis shows that social rights might perfectly well be considered valid legal rights. This is a view quite contrary to the common held opinion that only liberal rights might be phrased genuine rights – the view on liberal rights is an ideology very strongly suited to the autonomous law and its 'will-theory' on rights. The 'interest-theory' of rights show a greater concern for the protection of the weak interests in society and is accordingly more adopted by the welfare-state with its emphasis on social rights. By confronting the development of historical rights with an analytical theory of rights it can be argued for that social rights can be formulated as 'claim-rights.' A 'claim-right' has often a correlative in that it places a 'duty' on somebody else, i.e. an obligation for the other party to perform something. In the history of Swedish social policy it is shown that social legislation throughout the last two-hundred years has given an increasing amount of rights to the citizen in need and accordingly an increasing responsibility on the

authorities to fulfil its duties and obligations towards the citizen. This is also the case with the Swedish legislation on disability from 1993. The *Law on Support and Service* (LSS) is based on clear claim-rights for the disabled and comprehensive duties for the communal authority in question. It also builds on reflexive legal norms and values. The disabled person himself can arrange the services according to his own wants and special needs. In this sense the LSS is a far more progressive instrument in social policy than its predecessors. But the law has proved to be not as successful as was initially hoped, even though the law relies on clear and predictable rights for the disabled and a clear correlative of duties and obligations for the public sector and the communal authorities. A severe problem in the present field of social services is that a large number of disabled persons are denied their rights by the decisions made by the social local authorities. The rights regulated in LSS are assistance in various forms, aid resources, rehabilitation, services and special living facilities. The problem is not as much the conditions under which they are granted (or denied) but the manner in which they are not implemented properly. During the 1990's this has been an increasing problem, whereby many disabled people have been waiting for years for assistance: Their rights have not as yet been affirmed. At the beginning of 2001 a number of 2 698 decisions had not been carried out (ca 1.5-2.5 percent of the total number of decisions). Often this situation causes severe constraints not only the right-holder but also on the family, that often themselves has to take care of the person in need during the prolonged wait. The right to specific need has turned out to be a right to stand in line. A legal claim-right has been turned into a quasi-right. I maintain that the theoretical 'claim-right' in practice has been transformed into a 'no-right' subjected to the communal 'privilege' to give social benefits when suited. A stronger description even implies that LSS is under 'liability' to the 'power' of the communal authorities. The rights in LSS are in reality quasi- or pseudo-rights. There exist two main arguments for not giving sufficient weight to social rights. The first is the lack of economic resources, which is usually the reason given by local authorities for delays. The second argument relies on municipal self-government, as it is often claimed that legislation that gives unconditional rights to the citizen (and unconditional duties to the communal authorities) encroach self-government and local democracy, in fact nullifies the ability the govern the local communal service according to its own needs and priorities. The High Administrative Court (regeringsrätten) has taken the legal stand that lack of economic means is not a valid ground for denying the stipulated rights according to LSS. Nevertheless a large number of granted decisions have not been implemented (so called 'delayed execution') by the communal authorities mainly because sanctions directed at authorities have historically not been necessary. In the summer of 2002 an act was initiated whereby it is possible to penalize the authorities with a 'sanction-fee' ('sanktionsavgift') if it does not execute a favoured right in accordance to LSS. A clear weakness of the new act is that it applies only to administrative cases that has been deemed in favour of the plaintiff, and have previously been subjected to

delayed implementation. It remains to be seen if this clear compromise can have any effect at all, since it only applies to ca 4 percent of all the decisions made. 96 percent are still not accessible to legal appeal. The two arguments presented, economic resource and communal self-government, are not *taking social rights seriously*, but often neglect the fact that the fulfilment of the goals of LSS are due to legal priority and the political will of aiding a group of persons in need of most support. In theory LSS can be shown to contain strong elements of reflexive legal arrangements, but due to different influences there is a risk that LSS might recede into autonomous or even repressive law. I claim that this is the case and that a number of circumstances uphold this view: a destructive, untenable legal ideology on social rights, and a political and economic unwillingness to support people in need. It can be asked if the individual can be said to have any legal protection at all, or any legal certainty worth its name.

Chapter 5 gives an account of the origins and the use of the concept 'legal certainty' ('rechtssicherheit' or 'rättssäkerhet'). This relies mainly on legal historical material and follows the Nordic legal debate on the concept. Originally 'born' in the beginning of the 19th century in Germany its twin-concept is 'rechtsstaat.' Legal certainty has since then been interpreted as a formalistic negative tool for the protection of the individual against the state. It is shown however that this prevailing notion was challenged in the 1950's by a welfare-oriented system. The state had to provide for the well-being of its citizen. Predictability is given a new meaning. - To foresee under which conditions welfare-goods can be obtained. A new concept is born – 'material' legal certainty. Under the recent dismantling of welfare-systems it is evident that the welfare-state has not always been able to secure the situation of the weakest in society. Legal certainty has proved to be inadequate in this context. In Denmark and Norway particularly, legal certainty has been problematised. It is shown that the concept of legal certainty has to be divided into three main 'local' categories – formal, material and substantial legal certainty. It is untenable to uphold the (Swedish) view that legal certainty is unambiguous or clear cut.

The closing chapter 6 is not meant to be a concluding and analytic one. Instead it sums up the different themes that have been touched upon earlier, and dwells upon some of the theoretical questions surrounding the entire thesis. *The first theme* concerns the elaboration of the concept 'legal certainty' into the welfarist domains of social rights and social legislation. It has been argued that a formal or formalistic conception of legal certainty does not protect social rights from the welfare system itself - even though the welfare ideology builds upon social rights and social fairness. It is also questioned whether a more ethics-oriented understanding of legal certainty might be sufficient enough. In this present study the 'formalistic' as well as the 'ethical' foundations of legal certainty is deemed as being too narrow a concept. Instead an alternative 'substantial' conception of legal certainty is proposed as a tool for strengthening social rights under the regime of neoliberal market economy and the dismantling of the welfare security

systems. This concept, also called 'social certainty', is regarded as a legal-strategic tool for the protection of weak or marginalized groups as it focuses on the social consequence and social justification of legal decisions. Such an undertaking certainly puts a clearer social responsibility on the lawyer. *The second theme* is an elaboration of the normative consequences of legal polyvalence and legal polycentricism. It is often claimed that pluralism gives way to a strong relativism where no values are seen as valuable, a chaotic situation of 'anything goes.' This is strongly refuted, and instead it is argued that polyvalence, polycentricism and pluralism openly expose the often implicit values and evaluations underlying the legal system. By putting them into the open, it facilitates responsibility to the legal community. It is furthermore claimed that a legal science worthy of its name, must accept the values underlying it, the globalisation it is a part of, and the multicultural setting it can not avoid. Law is plural and legal science has to develop a normative epistemological theory in order to function properly. *The third final theme* consists of an elaboration of the theories on normative coherence set in a polyvalent context. In accordance with my general view on the unity of law and monocentricity, the 'global' theory of coherence is refuted as being too similar to monocentric theories and too nebulous and vague as a guiding theory for any practical purpose. A hypothesis of a more modest notion is developed as the concept of 'local coherence.' Local coherence might serve as a tool for knitting the values supporting a narrow legal field to the principles guiding it and the specific rules promulgated. Local coherence as an epistemological device can function as a strategic concept in the protection of certain areas protected by social legislation and impart resistance to 'foreign' principles and values distorting welfare-implementation.

The theoretical mission has been to expose the different ideologies surrounding three very important issues in legal science; social rights as non-legal entities, legal certainty as formal predictability and the untenable ideology of legal unity. The main ideology upholding this view relies on the paradigm of the liberal 'rule of law' (Rechtsstaat) and neoliberal market views which entail a strong belief in a non-interventionist state, whereby the social welfare-system is in danger of being left to private charity. A major task is to generate in jurisprudence and among legal practitioners a greater understanding of social rights in general as being legitimate legal claim-rights, and not just general welfare subsidies to be distributed when the economic situation so permits. In this sense the study aims at dismantling the liberal ideology of rights as individual trumps force against welfare policies – social rights might also be regarded as well-defined 'trumps.' Another deconstructive turn is to show the uncertainty of legal certainty itself –by no means a stable concept. The belief in a formalistic concept supports the inability of legal science to seriously reflect upon social rights. By evolving a set of strategic concepts the purpose is to deny the liberal ideology of 'rule of law' (rättsstat) access to distorting the social welfare policies and the debate on social fairness. Legal science and theory has to partake in this ideological battle, and my goal has been to give concepts to be used in this field.

Källförteckning

Propositioner

- Prop. 1979/80:1 *Om socialtjänsten*
Prop. 1981/82:97 *Hälsa- och sjukvårdslag*
Prop. 1984/85:32 *Om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet*
Prop. 1984/85:176 *Särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda*
Prop. 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade*
Prop. 1999/2000:79 *Från patient till medborgare – en nationell handlingsplan för handikappolitiken*
Prop. 2000/01:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots*

Statens offentliga utredningar

- SOU 1950:11 *Utredning och förslag om socialhjälp*
SOU 1955:19 *Administrativt rättsskydd*
SOU 1960:19 *Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden*
SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*
SOU 1984:15 *Ekonomisk brottslighet i Sverige*
SOU 1989:40 *Kommunalbot*
SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*
SOU 1992:52 *Ett samhälle för alla*
SOU 1993:90 *Lokal demokrati i utveckling*
SOU 1993:109 *Förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots*
SOU 1996:129 *Den kommunala självstyrelsen och grundlagen*
SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder*

Utskottsbetänkanden

- JuU 1984/85:28

Departementsserien

- Ds 1990:62 *Remissyttranden över betänkandet SOU 1989:64*
Ds 1994:103 *Remissammanställning – förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots och lagtrots*
Ds 1995:27 *Kommunalt domstolstrots och lagtrots*

Övrigt

- NJA II 1927 nr 11:1 *Lag om försäkringsavtal*
NOU 1991:20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*
JO Beslut 2000-09-06 Dnr 2577-2000
JO Inspektionsprotokoll 1994-02-22 Dnr 721-1994

Socialstyrelsens publikationer

Socialstyrelsen 1993:4 *Trots mot omsorgslagen*
Socialstyrelsen 1994 *Redovisning av aktuell situation*
Socialstyrelsen 1994:11 *Årsrapport 1994*
SoS 94:10 *Ädelutvärderingen Rättssäkerhet vid flyttning till sjukhem*
SoS 95:5 *Ädelutvärderingen Rättssäkerhet inom hemtjänsten*
Socialstyrelsen 1997 *Individen och lagen – om domar och verkställighet*
Socialstyrelsen 1997 *Handikappreformen – slutrapport 1997*
Socialstyrelsen 2002 *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL*

Socialstyrelsens författningssamling

SOSFS 1996:2

Rättsfall

RÅ 1988 ref 40
RÅ 1988 not 134
RÅ 1993 ref 11
NJA 1993 s 99
Kammarätten i Göteborg 1994–01–21 mål nr 8435–1992

Litteratur

- Aarnio, Aulis (1984), "Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science", i: Peczenik (red.) *Theory of legal science* (Reidel: Dordrecht)
- Aarnio, Aulis (1986), "Inledning," i A. Peczenik (1986) *Rätten och Förnuftet* (Norstedts: Stockholm)
- Aarnio, Aulis (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (D. Reidel: Dordrecht)
- Aarnio, Aulis (1988), "Om rättssystemets slutna natur", i: Kaarlo Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors)
- Aarnio, Aulis (1990), "Taking Rules Seriously," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 42
- Aarnio, Aulis (1998), "Why Coherence – A Philosophical Point of View", i: A. Aarnio mfl *On coherence theory of law* (Juristförlaget: Lund)
- Aarnio, Aulis/Jyrki Uusitalo (1983/84), "Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen", *Tidskrift för rättssociologi* vol 1 nr 4
- Af Trampe, Anna (1987), "Demokratiuppfattning och individens rättsskydd", *Svensk Juristtidning*
- Agge, Ivar (1937), "Nulla poena sine lege", i: *Förhandlingarna å det sjuttonde nordiska juristmötet i Helsingfors den 17 – 19 augusti 1937: Nulla poena sine lege* (Helsingfors 1938)
- Agge, Ivar (1984), *Straffrättens allmänna del* (Juristförlaget: Stockholm)
- Ahtee, Aaro (1951), "Diskussionsinlägg", i: *Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23 – 25 augusti 1951: Garantier för rättssäkerheten ved administrativa avgjörelser* (Stockholm 1952)
- Alchourrón, Carlos/Eugenio Bulygin (1971), *Normative Systems* (Springer Verlag: Wien)
- Alexandersson, Erik (1961), "Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Alexy, Robert (1985), "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 25

- Alexy, Robert (1992), "Individual Rights and Collective Goods", i: Carlos Niño (red.) *Rights* (Dartmouth: Aldershot)
- Alexy, Robert (1998), "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", i: A. Arino mfl *On coherence theory of law* (Juristförlaget: Lund)
- Algotsson, Karl-Göran (1987), *Medborgarrätten och regeringsformen. Debatten om grundläggande fri- och rättigheter i regeringsformen under 1970-talet* (Norstedts: Stockholm)
- Algotsson, Karl-Göran (1993), *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet* (Norstedts: Stockholm)
- Amin, Samir (1990), *Delinking. Towards a Polycentric World* (Zed: London 1985)
- Amsselek, Paul (1991), "Law in the Mind," i: Paul Amsselek/Neil MacCormick (red.) *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh University Press: Edinburgh)
- Andenæs, Johannes (1945), *Grunnlov og rettsikkerhet* (Bergen)
- Andenæs, Johannes (1951), "Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser", i: *Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23 – 25 augusti 1951: Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (Stockholm 1952)
- Andenæs, Kristian (1993), "Socialrettens subkulturer", i: Peter Blume/ Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Andersson, Håkan (1993), *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser* (Iustus: Uppsala)
- Andersson, Håkan (1994), "Topisk retorik inom juridiken", i: *Retorik & Rätt* (Iustus: Uppsala)
- Andersson, Håkan (2000), "Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet," *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* nr 1/2
- Anghie, Antony (1999), "Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law", i: Eve Darian-Smith (red.) *Laws of the Postcolonial* (University of Michigan Press: Ann Arbor)
- Anners, Erik (1980), *Den europeiska rättens historia 2* (AWE/Gebers: Stockholm)
- Arnaud, André-Jean (1981), *Critique de la raison juridique* (L.G.D.J: Paris)
- Arnaud, André-Jean (1991), "Raising some problems on the closure of the legal system", i: Werner Krawietz (red.) *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Arnaud, André-Jean (1995), "Legal Pluralism and the Building of Europe", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot: Dartmouth)
- Arthurs, Harry (1985), *'Without the Law': Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England* (University of Toronto Press: Toronto)
- Arum, Liv (1994), "Trygghet for funksjonshemmede – en utfordring for det desentraliserte samfunnet", i: *Rettssikkerhet for funksjonshindrede i nærsamballet* (Nordiska nämnden for handikappfrågor NNH 8/)
- Aubert, Vilhelm (1976), *Rettsens sosiale funksjon* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Aubert, Vilhelm (1980), *Inledning till rettsociologin* (AWE/Gebers: Stockholm)
- Aubert, Vilhelm (1982), "Straff, belønning og rettsikkerhet", i: Anders Brathom (red) *Lov og frihet. Festskrift til Jobs. Andenæs* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Aubert, Vilhelm (1986), "Rettsikkerhetssyndromet", i: Anders Bratholm (red.) *Samfunn Rett Rettfærdighet. Festskrift til T. Eckhoff's 70-årsdag* (TANO: Oslo)
- Axberger, Hans-Gunnar (1986), "Rettssikkerheten och kampen mot den ekonomiska brottsligheten", *Brå-apropå*
- Axberger, Hans Gunnar (1989), *Eko-brott, Eko-lagar och Eko-domstolar. En rättspolitisk utvärdering av lagstiftningen mot ekonomisk brottslighet* (BRÅ-forskning: Stockholm)
- Balbus, Isaac (1977), "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law," *Law & Society Review*
- Baldus, Manfred (1995), *Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Banakar, Reza (1994), *Rättens dilemma. Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle* (Bokbox: Lund)
- Banakar, Reza (2001), "A Passage to 'India': Toward a transformative interdisciplinary discourse on law and society" *Retfærd* 92

- Bang, Henrik (1984), "Materiel rettsikkerhed. Et eksempel fra socialretten", *Retferd* 26
- Basse, Ellen Margrethe (1991), "Moderniseringen af miljølovgivningen set i et rettsikkerhedsperspektiv", *Juristen* 9/10
- Basse, Ellen Margrethe (1993), "Beviskrav og konsekvensvurderinger inden for miljøretten", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Baxi, Upendra (1986), "Discipline, repression and legal pluralism," (i: Peter Sack/Elisabeth Minchin (red.) *Legal pluralism* (Law department: Canberra)
- Baxi, Upendra (1991), "The conflicting conceptions of legal cultures and the conflict of legal cultures," i: Peter Sack, ed., *Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?/Monistic or Pluralistic Legal Culture?* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Beckman, Ludvig (2001), "Barnkonventionen och den svenska grundlagen", i: Göran Gunner/Sia Spiliopoulou Åkermark (red.) *Mänskliga rättigheter – aktuella forskningsfrågor* (Iustus: Uppsala)
- Bender, John (1989), red., *The Current State of the Coherende Theory* (Kluwer: Dordrecht)
- Bengoetxea, Joxerramon (1997), "The withering away of the state at the turn of the millenium", i: Werner Krawietz (red.) *Rule of Law. Political and legal systems in transition* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Bengtsson, Bertil (1984), "Om lagrådsgranskningens gränser", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*
- Bengtsson, Bertil (1989), "Om domare och rättskällor", *Tidsskrift för Rettsvitenskap*
- Bengtsson, Bertil (1991), "Om civilrättens splittring", i: Lars Gorton (red.) *Festskrift till Kurt Grönfors* (Norstedts: Stockholm)
- Bengtsson, Hans (1998), "Teoretisk ram," i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund)
- Bengtsson, Hans (1998) red. *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund)
- Bengtsson, Hans/Karsten Åström (1998), "Från politik till praktik – några sammanfattande slutsatser", i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund)
- Benneche, Gerd (1967), *Rettsikkerhet i barnevernet* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Bergeron, James Henry (1998), "An Even Whiter Myth: The Colonization of Modernity in European Community Law," i: Peter Fitzpatrick (red.) *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity* (Dartmouth: Ashgate)
- Berggren, Håkan/Göran Nilsson (1965), *Liberal socialpolitik 1853–1884: två studier* (Norstedts: Stockholm)
- Bergholtz, Gunnar (1987), *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål* (Juridiska Föreningen i Lund: Lund)
- Bergström, Sture (1983), "Förutsebarheten vid tillämpningen av skatteflyktsklausuler," i: *Rättssäkerheten i beskattningen* (NSFS 12: Göteborg)
- Bernitz, Ulf mfl (1998), *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder* (Norstedts Juridik: Stockholm)
- Bernt, Jan Fridthjof (1982), "Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger," i: Anders Brathom (red) *Lov og frihet. Festskrift til Jobs. Andenæs* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Bernt, Jan Fridthjof (1984), "Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern", i: Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15 – 17 augusti 1984: Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern (Oslo 1985)
- Bernt, Jan Fridthjof (1989), "Rettskilddebruk for forskeren – en sammenligning med domstolens og forvaltningens rettskildebruk," *Tidsskrift for Rettsvitenskap*
- Bernt, Jan Fridthjof (1994), "Kan kommunalt selvstyre og rettsikkerhet forenes?," *Lov og Rett*
- Bernt, Jan Fridthjof (2000), "Saksebehandling og klage i saker om tildeling av ytelser", i: Asbjørn Kjønsstad/Jan Fridthjof Bernt (red) *Sosial trygghet og rettsikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten* (Fagbokforlaget: Bergen)
- Bernt, Jan Fridthjof/David Doublet (1993), "Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme," i: Peter Blume/ Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)

- Bernt, Jan Fridthjof/Alice Kjellevoid (2000) "Velferdsstat, rettsikkerhet og kommunalt selvstyre", i: Asbjørn Kjønsdal/Jan Fridthjof Bernt (red) *Sosial trygghet og rettsikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten* (Fagbokforlaget: Bergen)
- Betten, Lammy/Delma Mac Devitt (1996), red. *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union* (Kluwer: The Hague)
- Beyer, Claes (1990), "Vad är rättssäkerhet?", i: Leif Thorsson (red.) *Festskrift till Gotthard Calissendorff* (Norstedts: Stockholm)
- Beyer, Claes (1990/1991), "Rättssäkerhet – en formsak", *Juridisk tidskrift*
- Biberg, Nils Fredrik (1828), "Grunderna för den filosofiska stats-rätten", i: N. F. Bibergs *Samlade Skrifter. Första delen, utgifne af C. O. Dellén* (Palnblad & Co.: Upsala)
- Bing, Jon (1986), "Automatiserte forvaltningssystemer og rettsikkerhet", *Retferd* 33
- Bjarup, Jes (1985), "Epistemology and Law according to Axel Hägerström", *Scandinavian Studies in Law*
- Bjarup, Jes/Jørgen Dalberg-Larsen (1994), *Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab: indføring i almindelig retslaere* (Juridisk Bogformidling: Århus)
- Björne, Lars (1984) *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert* (Gremer: Ebelsbach)
- Björne, Lars (1987) *Nordische Rechtssysteme* (Gremer: Ebelsbach)
- Björne, Lars (1991), *Nordisk rättskällevägar. Studier i rättskällevägar på 1800-talet* (Rättshistoriskt Bibliotek nr. 46: Lund)
- Björne, Lars (1995), *Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del I: Tiden före år 1815* (Rättshistoriskt Bibliotek nr. 52: Lund)
- Björne, Lars (1998), *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II: 1815–1870* (Rättshistoriskt Bibliotek nr. 58: Lund)
- Blegvad, Britt-Mari (1988), "Nonet/Selznick og Teubner: ret, teori og empiri", i: Asmund Born (red.) *Reflexiv ret* (Frederiksberg: København)
- Blume, Peter (1990a), "Til en ny retskildelære", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*
- Blume, Peter (1990b), *Polycentri og monocentri. Om retskilder og gældende ret* i: *Studie nr. 38* (Retsvidenskabeligt Institut B: Københavns Universitet)
- Blume, Peter (1993), "Polycentri og kunstig intelligens", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Bobbio, Norberto (1984), "The Future of Democracy", *Telos*
- Bobbio, Norberto (2001), *Rättigheternas epok* (Daidalos: Göteborg)
- Boe, Erik (1987), "Utvikling i lovers form og innhold – en utfordring for rettsvitenskapen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*
- Boe, Erik (1989), "Utviklingslinjer i forvaltningsretten", i: E. M. Basse (red.) *Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog* (Gad: København)
- Boe, Erik (1993), "Forvaltningsrettslige polycentritendenser", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Boe, Erik/Hans Petter Graver (1989), "Nydannelser i forvaltningsrett i 80-årene", i: E. M. Basse (red.) *Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog* (Gad: København)
- Bogdan, Michael (1992), "Vanuatu – slutet på ett juridiskt 'pandemonium'?", *Svensk Juristtidning*
- Bogdan, Michael (1994), *Comparative Law* (Fritzes: Stockholm)
- Bogdan, Michael (2000), "Legal pluralism in the Comoros and Djibouti", *Nordic Journal of International Law*
- Bohman, Gösta (1953), "Priskontroll och rättssäkerhet. Några synpunkter", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Borner, Silvio (1988), *International Finance and Trade in a Polycentric World* (Macmillan Press: London)
- Bramstäng, Gunnar (1990), "Sociala rättigheters utkrävbarhet och frågan om sanktionsmöjligheter", i: Rättsfonden (red.) *Om våra rättigheter IV* (Norstedts: Stockholm)
- Bratholm, Anders (1976), "Barns rättigheter og rettsikkerhet", i: Anders Bratholm/Niels Kristian Sundby (red.) *Kritisk Juss* (Oslo)
- Bruun, Niklas (1979), *Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finskrättsordning efter år 1924* (Juridica: Vammala)

- Bruun, Niklas (1988), "Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet," i: Kaarlo Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors)
- Bruun, Niklas/Thomas Wilhelmsson (1983), "Rätten, moralen och det juridiska paradigmet", *Svensk Juristtidning*
- Burman, Sandra/Barbara Harrell-Bond (1979), red. *The Imposition of Law* (Academic Press: New York)
- Carlsson, Bo/Åke Isacson, (1989), *Hälsa, kommunikativt handlande och konfliktlösning. En studie av patientens ställning och av Hälso- och sjukvårdens ansvarsmynd* (Bokbox: Lund)
- Carnera Ljungström, Alexander (1995), "Ansätser til en fænomenologisk retsfilosofi," *Retfærd* 69
- Carnera Ljungström, Alexander (2000), "At værne om rettens gåde – Vor kommende retsvidenskab?", *Retfærd* 88
- Carnera Ljungström, Alexander (2000–01), "Radikalt demokrati og nomadisk ret – Spinoza, Negri og Deleuze," *Slagmark*
- Chiba, Masaji (1986), "The identity postulate of indigenous law and its function in legal transplantation", i: Peter Sack/Elisabeth Minchin (red.) *Legal pluralism* (Canberra: Law department)
- Chiba, Masaji (1991), "Legal Pluralism in and across Legal Cultures" i: Peter Sack, (red.) *Monism or Pluralism der Rechtskulturen?/Monistic or Pluralistic Legal Culture?* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Chiba, Masaji (1995), "Legal pluralism in mind: A non-western view", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Dartmouth: Aldershot)
- Christensen, Anna (1980), "Rättsdogmatik, rättssociologi och moralfilosofi," *Retfærd* 14
- Christensen, Anna (1982), "Rättssäkerheten i socialförsäkringen", i: *Domstolarna och rättssäkerheten* (Rättsfonden: Lund)
- Christensen, Anna (1982), "Ideologikritik contra dogmatik," i: Håkan Hydén (red.) *Rätten som instrument för social förändring: om legalstrategier*. (Liber: Lund)
- Christensen, Anna (1994), *Hemrätt i hyreshuset. En rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd* (Juristförlaget: Stockholm)
- Christensen, Anna (1995b), "Polycentricity and Normative Patterns", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Dartmouth: Aldershot)
- Christensen, Bent (1972), "Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen", i: *Förhandlingarna vid det tjugosjätte nordiska juristmötet i Helsingfors den 24 – 26 augusti 1972: Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (Helsingfors 1973)
- Christensen, Bent (1973), "Efficiency and the Rule of Law in Public Administration", *Scandinavian Studies in Law*
- Clay, Marjorie/Keith Lehrer (1989), red., *Knowledge and Skepticism* (Westview Press: Boulder)
- Closed system and open justice: the legal sociology of Niklas Luhmann* (1992), *Cardozo Law Review* vol 13 no 5
- Coleman, Jules (1996), "Authority and Reason", i: R. P. George (red.) *The Autonomy of Law: Essays on Legal Pluralism* (Clarendon Press: Oxford)
- Cook, W. W. (1923), "Introduction. Hohfeld's contributions to the science of law", i: W. N. Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (Yale U.P.: New Haven)
- Corsale, Massimo (1994), "Legal Pluralism and the Corporatist Model", *Ratio Juris*
- Cotterrell, Roger (1989), *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy* (Butterworths: London)
- Da Cruz, Peter (1999), *Comparative law in a changing world* (Cavendish: London)
- Dahlman, Christian (1997), "Does Making the Law More Coherent Also Make it More Acceptable?", i: Aulis Aarnio (red.) *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday* (Juristförlaget: Lund)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1984), *Rettsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (Akademisk forlag: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1988), "Lige linjer, cirkler, trekkanter eller spiraler i rettens og samfundets udvikling", i: Asmund Born (red.) *Reflexiv ret* (Frederiksberg: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1988), "Paradigmer for retsvidenskabene" i: Kaarlo Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors)

- Dalberg-Larsen, Jørgen (1989), "On the evolution of law and the importance of unintended consequences," i: Aulis Aarnio/Kaarlo Tuori (red.) *Law, Morality, and Discursive Rationality* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1990), *Lovene & livet. En rettsociologisk grundbog* (Akademisk Forlag: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1992), "Luhmann og retten," i: J C Jacobsen (red.) *Autopoiesis. En introduktion til Niklas Luhmanns verden af systemer* (Politisk revy: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1994), *Retstens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis* (Akademisk Forlag: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1995a), "Kommentarer til 'Retssystemets enhed'," i: J C Jacobsen (red.) *Autopoiesis II. Udvalgte tekster af Niklas Luhmann* (Politisk revy: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1995b), "Hvad er retssikkerhed, og hvordan kan den fremmes?," i: Peter Blume (red.) *Liv, arbejde og forvaltning. Festskrift til Ole Krarup* (Akademisk forlag: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1998), *Ret, tekst & kontekst: postmodernisme og ret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag: København)
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1999), "The Legal Profession in a Changing World" i: Thomas Wilhelmsson/Samuel Hurri (red.) *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law* (Dartmouth: Ashgate)
- David, René/John Briery (1985), *Major legal Systems in the World Today* (Stevens: London)
- De Beauvoir, Simone (2002) *Det andra könet* (Norstedts: Stockholm)
- Deconstruction and the Possibility of Justice* (1989), *Cardozo Law Review* vol 11 no 5–6
- Degener, Theresia/Yolan Koster-Dreese (1995) *Human rights and disabled persons. Essays and relevant human rights instruments* (Nijhoff: Dordrecht)
- De Lange, Roel (1995), "Divergence, Fragmentation, and Pluralism. Notes on Polycentricity and Unity in Law," i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Dartmouth: Aldershot)
- De Ly, Filip (1998), "Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union," i: A Hartkamp (red.) *Towards a European Civil Code* (Kluwer: The Hague)
- Derrida, Jacques (1997), *Deconstruction in a nutshell: a conversation with Jacques Derrida* (Fordham University Press: New York)
- De Sousa Santos, Boaventura (1987), "Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp," *Tidskrift för rättsociologi*
- De Sousa Santos, Boaventura (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (Routledge: London)
- Deleuze, Gilles/Félix Guattari (1995), *What is philosophy?* (Columbia U.P.: New York)
- Deleuze, Gilles/Félix Guattari (1998), *Nomadologin* (Raster: Stockholm)
- Dietze, Gottfried (1973), *Two Concepts of the Rule of Law* (Liberty Fund, Inc.: Indianapolis)
- Doublet, David (1989), "Hermeneutikken og rettsvitenskapen," *Tidsskrift for Rettsvitenskap*
- Doublet, David (1995), *Ret, vitenskap og fornuft. Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimesige forutsetninger* (Alma Mater: Bergen)
- Douzinas, Costas/Ronnie Warrington (1991), *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law* (Routledge: London)
- Drzewicki, Krzysztof/Catarina Krause (1994), red. *Social rights as human rights. A European challenge* (Institute for human rights: Åbo)
- Dupret, Baudoin (1999), "Legal pluralism, normative plurality, and the Arab world," i: Baudoin Dupret (red.) *Legal Pluralism in the Arab World* (Kluwer: The Hague)
- Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously* (Duckworth: London)
- Eckhoff, Torstein (1958), "Effektivitet og retssikkerhet i den offentlige forvaltning," i: Bjørn Smørgrav (red.) *Rettferdighet og retssikkerhet. Artikelsamling til Eckhoffs 50-årsdag* (Oslo)
- Eckhoff, Torstein (1963), "Legalitetsprinsippet," i: Bjørn Smørgrav (red.) *Rettferdighet og retssikkerhet. Artikelsamling til Eckhoffs 50-årsdag* (Oslo)
- Eckhoff, Torstein (1994), "Legal Principles," i: Werner Krawietz (red.) *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers* (Duncker & Humblot: Berlin)

- Eckhoff, Thorstein/Nils Kristian Sundby (1975), "The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence", *Scandinavian Studies in Law*
- Eckhoff, Torstein/Nils Kristian Sundby (1991), *Retssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien* (TANO: Oslo)
- Edqvist, Björn (1986), "Riksdagen om rättssäkerheten", *Svensk Juristtidning*
- Eek, Hilding (1943), *Administrativa frihetsberövanden. Bidrag till studiet av rättssäkerhetsmomenten i socialrätten* (Almqvist & Wicksell: Uppsala)
- Eek, Hilding (1954), *Socialrätt* (Frenckelska: Stockholm)
- Ekelöf, Per Olof (1942), "Rättssamhälle och rättssäkerhet", *Svensk juristtidning*
- Ekelöf, Per-Olof (1952), "Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?", *Svensk juristtidning*
- Ellingsen, D (1986), "Rettssikkerhetsbegrepet", *Hefte for Kritisk Juss*
- Elwin, Göran (1969), *Häleribrottet* (Norstedts: Stockholm)
- Elwin, Göran (1971), *Den första stenen* (Tiden: Stockholm)
- Eng, Svein (2000), "Fusion of descriptive and normative propositions. The concepts of 'descriptive proposition' and 'normative proposition' as concepts of degree," *Ratio Juris* 3
- Ericsson, Lars (1985), *Ett surt regn kommer att falla. Naturen, myndigheterna och allmänheten* (Bokbox Förlag: Lund)
- Eriksson, Lars D. (1979a), "Om olika argumentationsmodeller", i: Lars D. Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap – artiklar*. (Juridica: Helsingfors 1980)
- Eriksson, Lars D. (1979b), "Utkast till en marxistisk jurisprudens", i: Lars D. Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap – artiklar*. (Juridica: Helsingfors 1980)
- Eriksson, Lars D. (1980), *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (Juridica: Helsingfors)
- Eriksson, Lars D (1990), "Retfærd – forntid och framtid," *Retfærd* 50
- Eriksson, Lars D (1992a), "Till teorin om den reflexiva rätten i: Lars D Eriksson *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinlägg* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Eriksson, Lars D (1992b), "Socialrätten – i kris eller utveckling?," i: Lars D Eriksson *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinlägg* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Eriksson, Lars D (1992c), "Sociala rättigheter som en ny form av egendom", i: Lars D Eriksson *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinlägg* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Eriksson, Lars D. (1993), "Rätt och intressen", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Eriksson, Lars D. (1995a), "Staten i oppløsning", i: P Blume (red.) *Liv, Arbejde og Forvaltning. Til Ole Krarup* (GadJura: København)
- Eriksson, Lars D. (1995b), "Ansvarsetik eller rettighetsmoral? Ett diskussionsinlägg om välfärdsstatens kris", *Retfærd* 69
- Eriksson, Lars D. mfl (1998), "Introduction: A Polytical Manifesto", i: Ari Hirvonen (red.) *Polycentricity. The multiple scenes of law* (Pluto Press: London)
- Eskeland, Ståle (1986), "Ressurser, rettssikkerhet og forvaltningens ansvar", i: Anders Bratholm (red.) *Samfunn Rett Rettferdighet. Festskrift til T Eckhoff's 70-årsdag* (TANO: Oslo)
- Eskeland, Ståle (1987), "Rettssikkerhet og andre verdier i sosialretten", i: Gerd Benneche/Ståle Eskeland (red.) *Hvor går sosialomsorgen?* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Eskeland, Ståle (1988), *Fangerett. En studie av rettssikkerhet ved fullbyrdelse av fengselsstraff* (Universitetet i Oslo: Oslo)
- Eskeland, Ståle (1992), "Rettssikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre", *Retfærd* 59
- Eskeland, Ståle (1992), "Opplæring" i: Ståle Eskeland/Aslak Syse (red.) *Psykisk utviklingshemmens rettsstilling* (Ad notam Gyldendal: Oslo)
- Ewald, François (1988), "The Law of Law", i: G. Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (de Gruyter: Berlin)
- Fenger, Ole (1994), "Den vestlige rets krise? Værdigrundlaget for den vestlige/nordiske retskultur" *Retfærd* 66/67
- Ferrié, Jean-Noël (1999), "Norms, law and practices. The practical obstacles that makes it impossible to separate them", i: Baudoin Dupret (red.) *Legal Pluralism in the Arab World* (Kluwer: The Hague)
- Filosoflexikonet* (1988) (Forum: Stockholm)
- Fitzpatrick, Peter (1983), "Marxism and Legal Pluralism", *Australian Journal of Law and Society*

- Fitzpatrick, Peter (1986), "Custom, law and resistance", i: Peter Sack/Elisabeth Minchin (red.) *Legal pluralism* (Canberra: Law department)
- Fitzpatrick, Peter (1998), "New Europe and Old Stories: Mythology and Legality in the European Union", i: Peter Fitzpatrick (red.) *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity* (Ashgate: Dartmouth)
- Fogelklou, Anders (1996), "Rättsstaten – idéhistorisk exposé", i: Fredrik Sterzel (red.) *Rättsstaten – rätt, politik och moral.* (Rättsfonden: Uppsala)
- Frost, Lis (1993), "Det retlige faderskab", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Frändberg, Åke (1984), *Rättsregel och rättsval* (Norstedts: Stockholm)
- Frändberg, Åke (1986), "Rättsstatens organisation", i: Paul Needham (red.) *Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl* (Philosophical studies: Uppsala)
- Frändberg, Åke (1996), "Begreppet rättsstat," i: Fredrik Sterzel (red.) *Rättsstaten – rätt, politik och moral.* (Rättsfonden: Uppsala)
- Frändberg, Åke (1997), "Morphological Levels as a Tool for the General Study of Law", i: Aulis Aarnio (ed.) *Justice, Morality and Society. A Tribute To Aleksander Peczenik* (Juristförlaget: Lund)
- Frändberg, Åke (2000–01), "Om rättssäkerhet", *Juridisk tidskrift*
- Frände, Dan (1989), *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (Juridiska föreningen: Ekenäs)
- Furberg, Mats (1981), *Verstehen och förstå. Funderingar kring ett tema hos Dilthey, Heidegger och Gadamer* (Doxa: Lund)
- Gammeltoft Hansen, Hans (1989), "Retssikkerhed", i: *Retssikkerhed – en foredragsserie* (Undervisningsministeriet: København)
- George, Robert P (1996), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (red.) (Clarendon Press: Oxford)
- Gewirth, Alan (1990), "Mänskliga rättigheters grund och innehåll", i: Per Baun (red.) *Teorier om rättigheter* (Thales: Stockholm)
- Gilissen, John (1972), "Introduction a l'etude comparee du pluralisme juridique", i: John Gilissen (red.) *Le pluralisme juridique* (Editions de l'Université de Bruxelles: Bruxelles)
- Glavå, Mats (1999), *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: en alternativrealistisk arbetsrättslig studie* (Norstedts: Stockholm)
- Glenn, Patrick (1991), "Reception and Reconciliation of Laws," i: Peter Sack, ed., *Monism or Pluralism der Rechtskulturen?/Monistic or Pluralistic Legal Culture?* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Gough, Ian (1985), *Välfärdsstatens politiska ekonomi* (Arkiv: Malmö)
- Graver, Hans Petter (1988), "Refleksiv rett og makt", i: Asmund Born (red.) *Reflexiv ret* (Frederiksberg: København)
- Graver, Hans Petter (1989), "Normative systemer – skisse til en oppløsning av rettsbegrepet", i: E. M. Basse (red.) *Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog* (Gad: København)
- Graver, Hans Petter (1989), "Rationality and the development of law", i: Aulis Aarnio/Kaarlo Tuori (red.) *Law, Morality, and Discursive Rationality* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Graver, Hans Petter (1990), "Anm. af Dalberg-Larsen: Lovene & livet", i: *Retferd* 50
- Griffiths, John (1986), "What Is Legal Pluralism?", i: *Journal of Legal Pluralism* 24
- Griffiths, John (1992), "Legal pluralism and the social working of law", i: Bob Brouwer (red.) *Coherence and Conflict in Law* (Kluwer: Boston)
- Griffiths, John (1995), "Legal pluralism and the theory of legislation", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot Dartmouth)
- Griffiths, John (1999), "Preface", i: Baudoin Dupret (red.) *Legal Pluralism in the Arab World* (Kluwer: The Hague)
- Grzegorzcyk, Christophe (1991), "Legal System and Reality: A Discussion of the Autopoietic Theory of Law", i: Paul Amselk/Niel MacCormick (red.) *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh University Press: Edinburgh)
- Grönfors, Kurt (1960), "Ändamålsförkjutning och rättssäkerhet", *Svensk Juristtidning*
- Gunnarsson, Åsa (1996), *Skatterättsvisa* (Iustus: Uppsala)

- Gunnarsson, Åsa (2001), "Familjen – genusforskningens utmaning" i: Monica Burman/Åsa Gunnarsson (red.) *Familjeföreställningar – om familjens betydelse inom juridik, ekonomi och forskning* (Iustus Förlag: Uppsala)
- Gunnarsson, Åsa/Anna Hollander (1990), *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (Larsons förlag: Stockholm)
- Gustafsson, Agne (1996), *Kommunal självstyrelse* (SNS förlag: Stockholm)
- Gustafsson, Håkan/Jan Anderberg (1987), "Skatteflykt och rättssäkerhet. En studie av skatteflyktslagens tillämpning", *Tidskrift för Rättssociologi*
- Gustafsson, Håkan (1988), "Rättssäkerheten, moralen och 'socialsäkerheten'", *Tidskrift för rättssociologi*
- Gustafsson, Håkan (1992), "Rättssäkerhet och 'socialsäkerhet'. På spaning efter det begrepp som flytt", *Retfærd* 56
- Gustafsson, Håkan (1995), "Den andre Kelsen", *Retfærd* 71
- Gustafsson, Håkan (1998), "Immanence of Law", i: Ari Hirvonen (red.) *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law* (Pluto Press: London)
- Habermas, Jürgen (1962), *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Luchterhand Verlag: Neuwied)
- Habermas, Jürgen (1984), *Borgerlig offentlighet* (Arkiv: Lund)
- Habermas, Jürgen (1992), *Faktizität und Geltung* (Suhrkamp: Frankfurt am Main)
- Hammar, Elisabet (1992), "Fostran till foglighet: Om kvinnans villkor i Rousseaus tänkande", i: Maud Eduards (red.) *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels* (Gleerups: Lund)
- Hansson, Bengt (1982), "Lakatos och idéen om vetenskapliga forskningsprogram", i: Bengt Hansson (red.) *Metod eller anarki? Moderna teorier om vetenskapens väsen och metoder* (Doxa: Lund)
- Hart, Herbert L. A. (1970), "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", i: H. E. Kiefer/M. K. Munitz (red.) *Ethics and Social Justice* (State University of New York Press: Albany)
- Hart, Herbert L. A. (1981), *The Concept of Law* (Oxford University Press: Oxford)
- Hartlev, Mette (1994), *Fra lighed til forskel. Om løneregulering og modernisering i den offentlige sektor* (Akademisk Forlag: København)
- Hayek, Friedrich (1983), *Frihetens grundvalar* (Ratio: Stockholm)
- Hazlehurst, Kayleen (1996) red. *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Ashgate: Avebury)
- Heckscher, Gunnar (1952), *Svensk statsförvaltning i arbete* (Norstedts: Stockholm)
- Hellner, Jan (1999), *Rättsteori* (Norstedts: Stockholm)
- Henrichsen, Carsten (1993), "Retssikkerhed – en begrepsanalyse", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Henrichsen, Carsten (1993b), "The Rechtsstaat – a conceptual-analytical study", i: Peter Blume/Ditlev Tamm (red.) *Suum Cuique – Legal Studies from the University of Copenhagen Law Faculty* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag: København)
- Henrichsen, Carsten (1997), *Retssikkerhed og moderne forvaltning. En retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger* (Akademisk Forlag: København)
- Herlitz, Nils (1943), *Förvaltningsrättsliga grunddrag* (Norstedts: Stockholm)
- Herlitz, Nils (1951), "Diskussionsinlägg", i: Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23 – 25 augusti 1951: Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser (Stockholm 1952)
- Herlitz, Nils (1958), "Administrativt rättsskydd", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*
- Hobér, Kaj (1997), *Transforming East European Law: Selected Essays on Russian, Soviet and East European Law* (Iustus: Uppsala)
- Hohfeld, Wesley N (1913), "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", i: *W. N. Hohfeld Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (Yale U.P.: New Haven 1923)
- Hohfeld, Wesley N (1917), "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", i: *W. N. Hohfeld Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (Yale U.P.: New Haven 1923)
- Hollander, Anna (1985), *Omhändertagande av barn* (Aktuell juridik: Stockholm)
- Hollander, Anna (1995), *Rättighetslag i teori och praxis. En studie av lagstiftning inom social- och handikappområdet* (Iustus: Uppsala)

- Hollander, Anna (1997), "Verkställighet av länsrättens domar och beslut enligt LSS åren 1994 och 1995", i: *Individen och lagen – om domar och verkställighet* (Socialstyrelsen: Stockholm)
- Holmberg, Erik (1961), "Om formell och reell rättssäkerhet", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Holmberg, Sten (1985), *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (Skeab förlag: Stockholm)
- Holmberg, Sten (1990), "Sociala rättigheter – mål och medel", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Holmgren, Kurt (1959), "Om mål och medel inom det administrativa rättsskyddet", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Holmgren, Kurt (1972), "Diskussionsinlägg", i: *Förhandlingarna vid det tjugosjätte nordiska juristmötet i Helsingfors den 24 – 26 augusti 1972: Effektivitets- och rättssäkerhetshänsyn i förvaltningen* (Helsingfors 1973)
- Hooker, Barry (1975), *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws* (Clarendon Press: Oxford)
- Honkasalo, Brynolf (1937), "Nulla poena sine lege", i: *Förhandlingarna å det sjuttonde nordiska juristmötet i Helsingfors den 17 – 19 augusti 1937: Nulla poena sine lege* (Helsingfors 1938)
- Hove, Harald (1984), "Rettsikkerhet for hvem i barnevernet", i: *Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15 – 17 augusti 1984: Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern* (Oslo 1985)
- Husserl, Edmund (1989), *Fenomenologins idé* (Daidalos: Göteborg)
- Hydén, Håkan (1978), *Rättens samhälleliga funktioner* (Studentlitteratur: Lund)
- Hydén, Håkan (1979), "Marxistisk rättsteori", *Retfærd* 12
- Hydén, Håkan (1982), "Rätten som strategi", i: Håkan Hydén (red.) *Rätten som instrument för social förändring: om legalstrategier*. (Liber: Lund)
- Hydén, Håkan (1984), *Ram eller lag?* (Ds C 1984: 12: Stockholm)
- Hydén, Håkan (1987) *Rättsregler* (Studentlitteratur: Lund)
- Hydén, Håkan (1988), "Reflexiv rätt och reglering", i: Asmund Born (red.) *Reflexiv ret* (Frederiksberg: København)
- Hydén, Håkan (1998), *Rättssociologi som rättsvetenskap* (Sociologiska institutionen: Lund)
- Hydén, Håkan (1999), "Even a stepchild eventually grows up: On the identity of sociology of law," *Retfærd* 85
- Hydén, Håkan (1999), "Rätten som standardiserad politik – från 'frusen' politik till upptinade relationer", i: Håkan Hydén *Rättsociologi som emancipatorisk vetenskap* (Sociologiska institutionen: Lund)
- Hydén, Håkan (2000), "Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser", i: Ann Numhauser-Henning (red.) *Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen* (Juristförlaget: Lund)
- Hydén, Håkan (2002), *Normvetenskap* (Sociologiska institutionen: Lund)
- Hydén, Håkan/Eva Anderberg (1995), "Rätten i förvandling", i: Margareta Bertilsson (red.) *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad* (Nerenius & Santérus: Stockholm)
- Hägerström, Axel (1961), *Rätten och viljan* (Gleerups: Lund)
- Høilund, Peter (2000), *Socialrettsfilosofi. Retslære for socialt arbejde* (Gyldendal: København)
- Höjer, Karl J (1969), *Den svenska socialpolitiken. En översikt* (Norstedts: Stockholm)
- Ingber, Léon (1972), "Le pluralisme juridique dans l'œuvre philosophes du droit", i: John Gilissen (red.) *Le pluralisme juridique* (Editions de l'Université de Bruxelles: Bruxelles)
- Inger, Göran (1980), *Svensk rättshistoria* (Liber: Lund)
- Ingram, Attracta (1994), *A Political Theory of Rights*. (Clarendon Press: Oxford)
- International Commission of Jurists (1965), *The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age* (Bangkok: Thailand)
- Ivanov, Kristo (1986), Systemutveckling och rättssäkerhet. Om statsförvaltningens datorisering och de långsiktiga konsekvenserna för enskilda och företag (SAF: Stockholm)
- Jackson, Moana (1996), "Justice and political power: reasserting Maori legal processes", i: Kayleen Hazlehurst (red.) *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Ashgate: Avebury)
- Jareborg, Nils (1970), "Straffbelagt häleri. Anteckningar till en avhandling", *Svensk juristtidning*
- Jareborg, Nils (1979), "Regler och riktlinjer", *Tidskrift för Rettsvetenskap*
- Jareborg, Nils (1992), *Straffrättsideologiska fragment* (Iustus: Uppsala)
- Johansen, Jens (1994), "Rettsikkerheden for retsstaten", *Retfærd* 66/67

- Jónasdóttir, Anna G (1992), "Hon för honom – han för staten: Om Hobbes' och Lockes kvinnosyn", i: Maud Eduards (red.) *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels* (Gleerups: Lund)
- Jägerskiöld, Stig (1955), "Från fattigvård till socialhjälp. En studie i socialrättens rättshistoria och begreppsbildning del I–II", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Jørgensen, Stig (1996) "Juris Pluralis", i: *On justice and Law* (Aarhus university press: Aarhus)
- Kanger, Helle (1980), "De mänskliga rättigheterna och deras förverkligande", i: Helle Kanger mfl *Fördelande rättvisa och mänskliga rättigheter* (Department of Philosophy: Uppsala)
- Kelsen, Hans (1933), "Den rena rättsläran", *Statsvetenskaplig Tidskrift* 3
- Kelsen, Hans (1946), *General Theory of Law and State* (Harvard University Press: Cambridge)
- Kelsen, Hans (1967), *Pure Theory of Law* (University of California Press: Berkeley)
- Kelsen, Hans (1992), *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Clarendon: Oxford)
- Ketscher, Kirsten/Steen Rønsholdt (1987), *Offentlig ret. Retsanvendelse og rettsikkerhed* (Gad: København)
- Ketscher, Kirsten (1993), "Flere slags socialret", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Ketscher, Kirsten (2000), "Nogle udviklingslinjer i kvinderetten" i: Ann Numhauser–Henning (red.) *Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen* (Juristförlaget: Lund)
- Kildal, Nanna (2000), "Inledning – en ny väg för välfärdsstaten", i: Nanna Kildal (red.) *Den nya sociala frågan. Om arbete, inkomst och rättvisa* (Daidalos: Göteborg)
- Kinnander, Morten (2000), "Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?" *Tidskrift for Rettsvitenskap*
- Kjønstad, Asbjørn (2000) "Oversikt over lov om sosiale tjenester og grunnprinsipper i sosialretten", i: Asbjørn Kjønstad/Jan Fridthjof Bernt (red) *Sosial trygghet og rettsikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten* (Fagbokforlaget: Bergen)
- Klackenberg, Henrik (1960), "Domstolsprocess i sosialvårdsmålen? Några kritiska synpunkter på ett aktuellt förslag", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Klette, Hans (1973), "Om eftersläpningen i handläggning av brottmål som rättssäkerhetsproblem", *Svensk juristtidning*
- Knoph, Ragnar (1939), *Rettslige standarder* (Oslo)
- Kouvo, Sari/Eva–Maria Svensson (2000), "Staten, grundlagen och sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratis idéer" i: Bo Andersson (red.) *Samhällets demokratiska värdegrund. En fråga om mångfald, olikhet men lika värde* (Göteborgs universitet)
- Krantz, Gunnar (1976), *Rätt och rättskydd i den sociala barna- och ungdomsvården* (Kommunförbundets förlag: Stockholm)
- Krawietz, Werner (1997), "Reasonableness versus Rationality of Law? On the Evolution of Theories in Jurisprudence" i: Aulis Aarnio (red.) *Justice, Morality and Society. A Tribute To Aleksander Peczenik* (Juristförlaget: Lund)
- Krüger, Herbert (1964), *Allgemeine Staatslehre* (Kolhammer Verlag: Stuttgart)
- Kubes, Vladimír (1986), *Ontologie des Rechts* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Kuhn, Thomas (1981), *De vetenskapliga revolutionernas struktur* (Doxa: Lund)
- Kurki–Suonio, Kirsti (1995), "Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa?" i: Gudrun Nordborg (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätten* (Lustus: Uppsala)
- Kähl, Ingela (1995), *Socialarbetarkären – den lindansande professionen* (Bokbox Förlag: Lund)
- Landelius, Ann–Charlotte (1996), *Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten* (Nerenius & Santérus: Stockholm)
- Laqueur, Walter/Leopold Labredz (1962) *Polycentrism* (Praeger: New York)
- La Torre, Massimo (1997), "Citizenship and Beyond: Remarks on Political Membership and Legal Subjectivity", i: W Krawietz, red., *Rule of Law. Political and Legal Systems in Transition* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Lavin, Rune (1989), "Är den förvaltningsrättsliga forskningsmetoden rättsdogmatisk?" *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Lavin, Rune (1993–94), "Förvaltningsdomars verkställbarhet", i: *Juridisk Tidskrift*
- Leader, Sheldon (1984), "Monism, pluralism, relativism, and right answers in the law", i: Aleksander Peczenik (red.) *Theory of Legal Science* (D Reidel: Dordrecht)
- Legrand, Pierre (1997), "Uniformity, legal traditions, and law's limits", *Juridisk tidskrift* 2

- Lehrberg, Bert (1993), *Praktisk juridisk metod* (Uppsala: Iustus förlag)
- Lehrer, Keith (1990), *Theory of Knowledge* (Routledge: London)
- Lempert, Richard (1988), "The Autonomy of Law: Two Visions Compared", i: G. Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (de Gruyter: Berlin)
- Lewin, Barbro (1998), *Funktionshinder och medborgarskap. Tillkomst och innebörd av de två rättighetslagarna omsorgslagen och LSS som komplement till socialtjänstlagen och hälso- och sjukvårdslagen* (Akademiska sjukhuset: Uppsala)
- Lidbom, Carl (1981), "Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning – ett dilemma för lagstiftaren", i: *Förhandlingarna vid det tjugononde nordiska juristmötet i Stockholm 19 – 21 augusti 1981: Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning – ett dilemma för lagstiftaren* (Stockholm 1982)
- Liedman, Sven Eric (1999), *Från Platon till kommunismens fall. De politiska idéernas historia* (Stockholm: Mänpocket)
- Liedman, Sven Eric (1999), *I skuggan av framtiden: modernitetens idéhistoria* (Bonnier: Stockholm)
- Lindahl, Lars (1976), *Position and Change. A Study in Law and Logic* (Almqvist och Wiksell: Uppsala)
- Lindahl, Lars (1992), "Conflicts in system of legal norms: a logical point of view", i: B Brouwer (red.) *Coherence and Conflict in Law* (Kluwer: Boston)
- Lindberg, Bo (1988), "Om rättigheterna i historien", i: *Politisk filosofi. Rättigheter* (Symposion: Stockholm/Stehag)
- Lindblad, Frank (1991), "Sexualbrott och rättssäkerhet – en replik", *Svensk Juristtidning*
- Lindblom, Per Henrik (1987), "Lagtolkning eller rättstillämpning?", i: Olle Höglund (red.) *Festskrift till Lars Welamson* (Norstedts: Stockholm)
- Lindblom, Per Henrik (1999), "Tvekamp eller inkvisition?", *Svensk juristtidning*
- Lindblom, Per Henrik (1999), "Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar," *Svensk juristtidning*
- Lindblom, Per Henrik (2001) "Progressiv process – om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen," *Retfærd* 92
- Lindblom, Per Henrik (2002) "Rättegångssalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum," *Svensk juristtidning*
- Lithner, Klas (1977), "Rättssäkerhetsgarantierna beträffande misstänkta ungdomar", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Luhmann, Niklas (1985), *A Sociological Theory of Law* (Routledge: London)
- Luhmann, Niklas (1986), "The Self-Reproduction of Law and its Limits", i: Gunther Teubner (red.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (de Gruyter: Berlin)
- Luhmann, Niklas (1988a), "The Unity of the Legal System", i: Gunther Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (de Gruyter: Berlin)
- Luhmann, Niklas (1988b), "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", i: Gunther Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Gruyter: Berlin)
- Luhmann, Niklas (1992), "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review* vol 13, no 5
- Lundstedt, Vilhelm (1929), *Obligationsbegreppet I* (Norblads: Uppsala)
- Lundstedt, Vilhelm (1942), *Det Hägerström–Lundstedtska misstaget* (Gebers: Stockholm)
- MacCormick, Neil (1992), "Coherence in Legal Justification", i: Nils Jareborg (red.) *De lege* (Justus: Uppsala)
- MacCormick, Neil (1995), "The Relative Heteronomy of Law", *European Journal of Philosophy*
- Mackinnon, Catharine (1991), "Plädering för en feministisk rätts teori", *Kvinnovetenskaplig tidskrift*
- Magnell, Viktor (1994), Rättskällebegreppet. I sökandet efter en modell att analysera olika rättssystemets rättskällevägar (Juristförlaget: Stockholm)
- Magnusson, Per/Dan Sandberg (1985), *Rättssäkerheten i fackföreningar*. (Juristförlaget: Stockholm)
- Maine, Henry (1972), "Från status till kontrakt", i: Vilhelm Aubert (red.) *Lag, samhälle, individ* (Rabén & Sjögren: Stockholm)
- Martin, Rex (1993), *A System of Rights* (Clarendon Press: Oxford)

- Martiny, Dieter (1998), Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?, i: A Hartkamp (red.) *Towards a European Civil Code* (Kluwer: The Hague)
- Mathiesen, Thomas (1985), "Rettsikkerhet eller demokrati?", *Tidskrift for Rettsvitenskap*
- Mathiesen, Thomas (1986), "'Styringsjuss,' 'rettssikkerhetsjuss' og det gode samfunn", i: Anders Bratholm (red.) *Samfunn Rett Rettfærdighet. Festskrift til T Eckhoffs 70-årsdag* (TANO: Oslo)
- Mathiesen, Thomas (1991), *Rätten i sambället* (Korpen: Göteborg)
- Mattsson, Mats (1981), "Staffan Westerlund och rättssäkerheten", Svensk juristtidning
- Mattsson, Mats (1984), "The Rule of Law in Legal Reasoning", i: Peczenik (red.) *Theory of legal science* (Reidel: Dordrecht)
- Mendel, Douglas H (1968), *American foreign policy in a polycentric world* (Belmont: California)
- Merry, Sally Engle (1988), "Legal Pluralism", *Law & Society Review* vol 22, no 5
- Mertens, Hans-Joachim (1996), "Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?", i: Gunther Teubner (red.) *Global Law Without a State* (Dartmouth: Aldershot)
- Mikkola, Matti (1980), "Socialrättsforskning i välfärdsstaten," *Retfærd* 14
- Minda, Gary (1995) *Postmodern Legal Movements* (New York University Press: New York)
- Minkinen, Panu (1994), "Rätten som humanvetenskap eller den gemensamma lidelsen," *Retfærd* 64
- Minkinen, Panu (1996), "Right Things: On the Being of Law," *Law & Critique*
- Minkinen, Panu (1999), *Thinking without Desire: A First Philosophy of Law* (Hart: Oxford)
- Modéer, Kjell-Åke (1999–2000), "Optimala rättsliga kulturer? Om modernitet och kontinuitet i nationella och globala rättsliga kulturer," *Juridisk tidskrift*
- Moore, Kathleen M. (1998), "Legal Pluralism in Britain: The Rights of Muslims after the Rushdie Affair", i: Peter Fitzpatrick (red.) *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity* (Dartmouth: Ashgate)
- Moore, Sally Falk (1978), "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", i: S. F. Moore *Law as Process. An Anthropological Approach* (Routledge: London)
- Muchlinski, Peter T (1996), "'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community," i: Gunther Teubner (red.) *Global Law Without a State* (Dartmouth: Aldershot)
- Myrberg, Israel (1941), "Om äganderättskyddet enligt §16 regeringsformen", *Statsvetenskaplig tidskrift*
- Nelken, David (1988), "Changing Paradigms in the Sociology of Law", i: Gunther Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (de Gruyter: Berlin)
- Nelken, David (1991), "The Loneliness of Law's Meta-Theory," i: Roel de Lange/Koen Raes (red.) *Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe* (Ars aequi libri: Nijmegen)
- Nelson, Alvar (1989), "Rättssäkerhet och samhällssystem", i: *Armannsbók. Afmálistrit helgáð Armanni Snævarr* (Reykjavík)
- Nergelius, Joakim (1996), *Konstitutionellt rättighetskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv* (Norstedts: Stockholm)
- Nergelius, Joakim (1997), "Några synpunkter på grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*
- Nerhot, Patrick ed., (1990), *Legal knowledge and analogy: fragments of legal epistemology, hermeneutics, and linguistics* (Kluwer: Dordrecht)
- Nerhot, Patrick ed., (1991), *Law, interpretation, and reality: essays in epistemology, hermeneutics, and jurisprudence* (Kluwer: Dordrecht)
- Niño, Carlos (1992), red., *Rights* (Dartmouth: Aldershot)
- Nonet, Philippe/Philip Selznick (1978), *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (Harper Torchbooks: New York)
- Norberg, Johan (1999), *Fullständiga rättigheter. Ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna* (Timbro: Stockholm)
- Nord, Lars (2001), "Juridik och politik – om svenska juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning", i: Göran Gunner/Sia Spiliopoulou Åkermark (red.) *Mänskliga rättigheter – aktuella forskningsfrågor* (Iustus: Uppsala)

- Nordborg, Gudrun (1995), "Konstruktioner av moderskap och faderskap – genom reproduktionsteknologin och i rätten," i: Gudrun Nordborg, red., *13 kvinnoperspektiv på rätten* (Iustus: Uppsala)
- Nordin, Ingemar (1992), *Ekonomi, teknik och samhälle* (Timbro: Stockholm)
- Nordin, Ingemar (2000), "Rättighetsliberalism", i: Johan Norberg (red.) *Stat, individ och samhälle. Sex skolor i samtida samhällsfilosofi* (Timbro: Stockholm)
- Nordin, Svante (1991), *Det politiska tänkandets historia* (Studentlitteratur: Lund)
- Nordskov Nielsen, Lars (1989), "Retssikkerhed", i: *Retssikkerhed – en foredragsserie* (Undervisningsministeriet: København)
- Nordskov Nielsen, Lars (1991), "Retssikkerheden under sparekniv og afbureaukratisering", *Juristen* 9/10
- Nordskov Nielsen, Lars (1994), "Menneskerettighedssyn på handikapspørgsmål", i: *Rättssäkerhet för funktionshindrade i närsamhället* (Nordiska nämnden för handikappfrågor NNH 8)
- Nothin, Torsten (1953), *Regeringsmakt och rättssäkerhet* (Norstedts: Stockholm)
- Nousiainen, Kevät (1993), "Juridiskt språk och nationalitet," *Retfærd* 63
- Nozick, Robert (2001), *Anarki, stat och utopi* (Timbro: Stockholm)
- Nygren, Rolf (1998), "Vad är egentligen 'riktigt svenskt' i den svenska rätten?", *Svensk juristtidning*
- Offe, Claus (2000), "Till frågan om en ny jämvikt mellan medborgarrätt och ekonomiska resurser", i: Nanna Kildal (red.) *Den nya sociala frågan. Om arbete, inkomst och rättvisa* (Daidalos: Göteborg)
- Olivecrona, Karl (1964), *Det rättsliga språket och verkligheten* (Gleerups: Lund)
- Olivecrona, Karl (1984), *Rättsordningen* (Liber: Lund)
- Opalek, Kazimierz (1964), "The Rule of Law and Natural Law", i: Fritjof Lejman (red.) *Festskrift tillägnad Karl Olivecrona* (Stockholm)
- Oredsson, Sverker (1971) "Samhällelig eller enskild fattigvård? En linje i debatten inför 1871 års fattigvårdslagstiftning", *Scandia: Tidskrift för historisk forskning*
- Orton, Frank (1983), "Rättssäkerhet och effektivitet", *Svensk juristtidning*
- Ost, François (1988), "Between Order and Disorder: The Game of Law", i: G. Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (de Gruyter: Berlin)
- Ost, François/Michel van der Kerchove (1984), "Towards an Interdisciplinary Theory of Law", i: Peczenik (red.) *Theory of legal science* (Reidel: Dordrecht)
- Ost, François/Michel van der Kerchove (1994), *Legal System Between Order and Disorder* (Oxford U. P.: Oxford)
- Ost, François/Mark van Hoecke (1993), "Epistemological Perspectives in Legal Theory," *Ratio Juris*, vol. 6 no. 1
- Pattaro, Enrico (1991), "A Final Word" i: Paul Amselek/Neil MacCormick (red.) *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh University Press: Edinburgh)
- Peczenik, Aleksander (1983), *The Basis of Legal Justification* (Lund)
- Peczenik, Aleksander (1983/84), "Juridiska data. Ett bidrag till rättens ontologi", *Tidskrift för rättssociologi* vol 1 nr 4
- Peczenik, Aleksander (1983), "Taking Laws Seriously", *Cornell Law Review* vol 68, No 5
- Peczenik, Aleksander (1986), *Rätten och Förnuftet* (Norstedts: Stockholm)
- Peczenik, Aleksander (1987), *Rättsnormer* (Norstedts: Stockholm)
- Peczenik, Aleksander (1990), *Juridisk Argumentation* (Norstedts: Stockholm)
- Peczenik, Aleksander (1992), "Anm. av Ken Uggerud", *Tidskrift för Rettsvitenskap*
- Peczenik, Aleksander (1992), "Legal collision norms and moral considerations", i: B. Brouwer (red.) *Coherence and Conflict in Law* (Kluwer Law: Boston)
- Peczenik, Aleksander/Roland Schött (1993), "Juridisk konservatism", *Svensk juristtidning*
- Peczenik, Aleksander (1994), "Law, morality, coherence and truth", *Ratio Juris*
- Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* (Norstedts: Stockholm)
- Peczenik, Aleksander (1995b), *Juridikens teori och metod* (Norstedts: Stockholm)
- Peczenik, Aleksander (1997), "Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv?," i: Viggo Hagstrøm (red.) *Ånd og rett* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Pedersen, Erik (1992), "Kan retssikkerhed overlades til juristerne?," *Juristen* 6

- Pedersen, Inger Margrete (1984), "Diskussionsinlägg", i: *Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15 – 17 augusti 1984: Rettssikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern* (Oslo 1985)
- Pedersen, Jan (1991), "Skatteret og rettsikkerhet – en foreløbig status", *Juristen* 9/10
- Petersen, Hanne (1991a), "Fra retsrealisme til nynormativister. Kvalitetskrav til retsdogmatisk forskning", i: *Årsberetning 1991* (Retsvidenskabeligt Institut B: København)
- Petersen, Hanne (1991b), *Informel Ret* (Akademisk forlag: København)
- Petersen, Hanne (1993), "Ægte eller uægte orden? Om informelle normers legitimeringsgrundlag", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Petersen, Hanne (1994), "Polycentri som udviklingsperspektiv. Polycentrisk ret og pluralistiske værdier", i: *Årsberetning 1993* (Retsvidenskabeligt Institut B: København)
- Petersen, Hanne (1995), "Reclaiming 'Juridical Tact'? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (pluralist) Sources of Polycentric Law", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot Dartmouth)
- Petersen, Hanne (1997), "Polycentrisk almen-lære? Eller fælleskab i forskellighed?", *Retfærd* 78
- Petersen, Hanne/Henrik Zahle (1995), "Preface", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot Dartmouth)
- Peterson, Claes (1982), "Fredrik Schrewelius och den moderna personteorins upptagande i svensk civilrättsdoktrin", i: Y Blomstedt (red.) *Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden. Festskrift tillägnad Erik Anners* (Juristförlaget: Stockholm)
- Peterson, Claes (1992–93), "Rättslig enhet genom naturrätt? Naturrätten i 1700-talets skolfilosofiska rätts teori", *Juridisk Tidskrift*
- Peterson, Claes/Marie Sandström (1996), "Lex Lata – Lex Ferenda: Fakta eller fiktion?", i: Jan Rosén (red.) *Lex ferenda* (Norstedts: Stockholm)
- Peterson, Claes (1996), "Anmälan av Jan Hellner: Rätts teori", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Peterson, Claes (1996–97), "Recension av en recension – en ny rättsvetenskaplig litteraturform?", *Juridisk tidskrift*
- Peterson, Olof (1996), *Rättsstaten. Frihet, rätts säkerhet och makt delning i dagens politik* (Publica: Stockholm)
- Petrazycki, Leon (1955), *Law and Morality* (Harvard U.P.: Cambridge)
- Petrén, Gustaf (1944), "Anm. av Hilding Eek. Administrativa frihetsberövanden. Bidrag till studiet av rättssäkerhetsmomenten i socialrätten", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Petrén, Gustaf (1954a), "Rättssäkerhetsmotionerna vid årets riksdag", *Svensk juristtidning*
- Petrén, Gustaf (1954b), "Förvaltningen och rättssäkerheten i motioner vid årets riksdag", *Svensk juristtidning*
- Petrén, Gustaf (1955), "Administrativa rättssäkerhetsproblem. En anmälan av aktuell litteratur", *Svensk juristtidning*
- Petrén, Gustaf (1984), "Rättvisa och rättssäkerhet", i: Torgny Segerstedt (red.) *1984 – och sedan?* (Ratio: Stockholm)
- Petrén, Gustaf/Hans Ragnemalm (1980), *Sveriges grundlag* (Liber: Stockholm)
- Petrusson, Ulf (1999), *Patent och industriell omvandling: en studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem* (Norstedts: Stockholm)
- Pihlajamäki, Heikki (1997), "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En jämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier", *Retfærd* 78
- Podgorecki, Adam (1985), "Social Systems and Legal Systems – Criteria for Classification", i: Adam Podgorecki (red.) *Legal Systems & Social Systems* (Croom Helm: London)
- Pospisil, Leopold (1971), "Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems", i: Leopold Pospisil *Anthropology of Law. A Comparative Theory* (Harper & Row: New York)
- Poulantzas, Nicos (1967), "Den marxistiska rätts teorin", i: Göran Elwin/Dag Victor (red.) *Rätt och marxism* (Kontrakurs: Lund)
- Poulantzas, Nicos (1968), *Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste* (Maspero: Paris)
- Poulantzas, Nicos (1968), *Politisk makt och sociala klasser* (Partisanförlag: Mölndal)
- Pratt, John (1996), "Aboriginal justice and the 'good citizen': an essay on population management", i: Kayleen Hazlehurst (red.) *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Ashgate: Avebury)

- Preuss, Ulrich (1986), "The Concept of Rights and the Welfare State", i: Gunther Teubner (red.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (de Gruyter: Berlin)
- Pylkkänen, Anu (1995), "Könssystemet inom familjen", i: Gudrun Nordborg (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätten* (Iustus: Uppsala)
- Påhlsson, Robert (1995a), *Riksskatteverkets rekommendationer. Allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet* (Iustus: Uppsala)
- Påhlsson, Robert (1995b), "Polycentri i skatterätten", *Skattenytt* 10
- Påhlsson, Robert (1998), *Inledning till skatterätten* (Uppsala: Iustus)
- Pöyhönen, Juha (1985), "The Critical Legal Studies Movement – alternativ rättsdogmatik i USA", *Retfærd* 28
- Pöyhönen, Juha (1988), "Summary", i: Juha Pöyhönen *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* (Suomalainen lakimiesyhdistys: Helsinki)
- Rabinowicz, Wlodek (1998), "Peczenik's passionate reason", i: A Arnio mfl *On coherence theory of law* (Juristförlaget: Lund)
- Rahm, Håkan (1953), "Rättssäkerhetsgarantierna vid internering av sinnessjuka i Sverige och några andra länder", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Randa, Hezron (1987), *Problems of interaction between English imposed system of law and Luo customary law in Kenya* (Dept. of Law: Lund)
- Rasmussen, Ørnulf (1984), "Rettsikkerhet ved fordeling av behandlings- og omsorgstilbud", i: *Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15 – 17 augusti 1984: Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern* (Oslo 1985)
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law* (Clarendon: Oxford)
- Raz, Joseph (1994), "The Relevance of Coherence", i: Joseph Raz *Ethics in the Public Domain. Essays in the morality of law and politics* (Clarendon: Oxford)
- Regan, Donald (1984), "Glosses on Dworkin: rights, principles, and policies", i: Marshall Cohen (red.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Duckworth: London)
- Regan, Tom (1999), *Djurens rättigheter: en filosofisk argumentation* (Nya Doxa: Nora)
- Renström, Inger (1997), "Överklaganden till förvaltningsdomstolar", i: *Individen och lagen – om domar och verkställighet* (Socialstyrelsen: Stockholm)
- Rentto, Juha-Pekka (1996), "Rättsfilosofi, rätts teori, rättslära, rättsvetenskap? Härklyverier och gränsdragningar", *Retfærd* 74
- Rescher, Nicholas (1973), *The Coherence Theory of Truth* (Clarendon: Oxford)
- Revsbech, Karsten (1991), "Polycentri i den offentligretlige retskilelære – en kritisk", *Retfærd* 52
- Riberdahl, Curt (1986), "Något om kommunalt 'domstolstrots'", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Riberdahl, Curt (1993a), "Rättighetslagar och kommunal självstyrelse", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Riberdahl, Curt (1993b), "Något om domstolskontrollen över kommunalförvaltningen", *Svensk juristtidning*
- Ricœur, Paul (1994), "The Plurality of Sources of Law", *Ratio Juris*
- Robberstad, Anne (1999) *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornaermedes stilling* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Robé, Jean-Philippe (1996), "Multinational Enterprises: The constitution of a pluralistic legal order", i: Gunther Teubner (red.) *Global Law Without a State* (Dartmouth: Aldershot)
- Rosales, José María/José Rubio-Carracedo (1997), "To Govern Pluralism: Towards a Concept of Complex Citizenship", i: Werner Krawietz (red.) *Rule of Law. Political and Legal Systems in Transition* (Duncker & Humblot: Berlin)
- Rosenfeld, Michel (1998), *Just interpretations. Law between Ethics and Morality* (University of California Press: Berkeley)
- Ross, Alf (1971), *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (Nyt Nordisk Forlag: København)
- Ross, Alf (1977), "Friheds- og ejendomsriteriet", i: Alf Ross *Statsretlige studier* (København)
- Rottleuthner, Hubert (1989), "Legal evolution and the limits of law," i: Aulis Aarnio/Kaarlo Tuori (red.) *Law, Morality, and Discursive Rationality* (Oikeuden rajat: Helsinki)
- Rudbeck, Carl (1997), *Den fula ankungen eller den oälskade liberalismen* (Timbro: Stockholm)
- Rudling, Arvid (1947), *Rättssäkerheten i rättegång* (Norstedts: Stockholm)
- Rydin, Bo (1966), "JO-utredningen och rättssäkerheten på skatteområdet", *Förvaltningsrättslig tidskrift*

- Rättssäkerhet för funktionshindrade i närsamhället* (1994), Nordiska nämnden för handikappfrågor NNH 8
- Rønsholdt, Steen (1993), "Om retssikkerhed og andre hensyn", i: Peter Blume/Hanne Petersen (red.) *Retlig Polycentri* (Akademisk Forlag: København)
- Sack, Peter (1986), "Legal pluralism: introductory comments", i: Peter Sack/Elisabeth Minchin (red.) *Legal pluralism* (Canberra: Law department)
- Sampford, Charles (1989), *The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory* (Basil Blackwell: Oxford)
- Sand, Inger-Johanne (1992), "En skisse til tre rettslige statsmodeller: Rettsstaten, forvaltningsstaten, nettverksstaten", i: Kristian Andenæs (red.) *Bredde foran kvalitet? En studie i bekjentskaper. Et festskrift til Gunnar de Capua* (Jet-Z: Oslo)
- Sand, Inger-Johanne (1995b), "From the Distinction between Public Law and Private Law – To Legal Categories of Social and Institutional Differentiation, in a Pluralistic Legal Context", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot Dartmouth)
- Sand, Inger-Johanne (1998), "Understanding the EU/EEA as Systems of Functionally Different Processes: Economic, Political, Legal, Administrative and Cultural", i: Peter Fitzpatrick (red.) *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity* (Dartmouth: Ashgate)
- Sandberg, Nils-Eric (1985), "Intresseorganisationerna och rättssäkerheten", i: Torgny Segerstedt (red.), *Rättssäkerhet och demokrati* (Timbro: Stockholm)
- Sandgren, Claes (1992–93), "En social avtalsrätt? Del I–II", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 3–4
- Sandgren, Claes (1999–2000) "Vad gör juristen? Och hur? Del I–II" i: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 3–4
- Sandström, Marie (1993–94), "Romersk rätt – en rättsvetenskapens europaväg?", *Juridisk tidskrift*
- Sandström, Marie (1994–95), "Rättshistoriker – räddare i den europeiska nöden?", *Juridisk tidskrift*
- Sandström, Torsten (1979), *Privatjustis mot anställda* (Studentlitteratur: Lund)
- Sandu, Gabriel/Martti Kuokkanen (1990), "On social rights", *Ratio Juris*
- Schepel, Harm (1998), "Legal Pluralism in the European Union", i: Peter Fitzpatrick (red.) *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity* (Dartmouth: Ashgate)
- Schiratzki, Johanna (1997), *Vårdnad och vårdnadstvister* (Norstedts: Stockholm)
- Scholz, Franz (1955), *Die Rechtssicherheit* (de Gruyter: Berlin)
- Schömer, Eva (1995), "Ett himmelens kulturarv att bära", i: Gudrun Nordborg (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätten* (Iustus: Uppsala)
- Seip, Jens Arup (1984), "Rettsstaten – en studie i begrepsanalyse og begrepsforvirring", *Nytt Norsk Tidskrift*
- Seipel, Peter (1987), "Anm. av Kristo Ivanov 'Systemutveckling och rättssäkerhet'", *Svensk juristtidning*
- Sejr, Lis (1991), "Om besparelser og retssikkerhed på det sociale område", *Juristen* 9/10
- Sen, Amartya (2002), *Utveckling som frihet* (Daidalos: Göteborg)
- Shah, Prakash (1994), "Legal pluralism – British law and possibilities with Muslim ethnic minorities", *Retfærd* 66/67
- Shapiro, Ian (1986), *The Evolution of Rights in Liberal Theory* (Cambridge U.P.: Cambridge)
- Simmonds, Nigel (1988), *Juridiska principfrågor* (Norstedts: Stockholm)
- Singer, Anna (2000), *Föräldraskap i rättslig belysning* (Iustus: Uppsala)
- Sinha, Surya Prakash (1995), "Legal polycentricity", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot: Dartmouth)
- Sinha, Surya Prakash (1996), *Legal Polycentricity and International Law* (Carolina AP)
- Singh, Chhatrapati (1986), *Law from Anarchy to Utopia* (Oxford University Press: Dehli)
- Skogh, Göran (1985), "Rättssäkerhet i marknadsekonomin", i: Torgny Segerstedt (red.) *Rättssäkerhet och demokrati* (Timbro: Stockholm)
- Smith, Bo (1989), "Retssikkerhedfordringen i lyset af den politisk/administrative udvikling", i: *Retssikkerhed – en foredragsserie* (Undervisningsministeriet: København)
- Smith, Eyvind (1984), *Retssikkerhet ved offentlig tjenesteyting* (Tanum–Norli: Oslo)

- Snyder, Francis (1999), *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism* (EUI working paper LAW No 99/6: Firenze)
- Solow, Robert (2000), "Gissa vem som får betala för 'workfare'," i: Nanna Kildal (red.) *Den nya sociala frågan. Om arbete, inkomst och rättvisa* (Daidalos: Göteborg)
- Stafford, Christine (1996), "Colonialism, indigenous peoples, and the criminal justice systems of Australia and Canada: some comparisons," i: Kayleen Hazlehurst (red.) *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Ashgate: Avebury)
- Stening, Anders (1997), "LSS-domens exekutionsrättsliga status", i: *Individen och lagen – om domar och verkställighet* (Socialstyrelsen: Stockholm)
- Stjernberg, Nils (1920), "Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet I", *Statsvetenskaplig tidskrift*
- Stojlar, Samuel (1984), *An Analysis of Rights* (MacMillan: London)
- Stone, Alan (1985), "The Place of Law in the Marxian Structure–Superstructure Archetype," *Law & Society Review*
- Strahl, Ivar (1937), "Diskussionsinlägg", i: Förhandlingarna å det sjuttonde nordiska juristmötet i Helsingfors den 17 – 19 augusti 1937: Nulla poena sine lege (Helsingfors 1938)
- Strahl, Ivar (1980), *Makt och rätt* (Bonnier: Stockholm)
- Strzelewicz, Willy (1983), *De mänskliga rättigheternas historia. Från den amerikanska oavhängighetsförklaringen till våra dagar* (Ordfronts Förlag: Stockholm)
- Stridbeck, Ulf (1992), *Från kontrakt till social rättighet. En analys av förhållandet mellan eldistributör och abonnent* (Lund U.P.: Lund)
- Strömberg, Tore (1989) *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (Studentlitteratur: Lund)
- Strömholm, Stig (1977), "Rättigheter mot det allmänna. Några anteckningar till ett skede i den moderna rättsstatsideologins tidiga utveckling", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Strömholm, Stig (1988), "Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök" i: S Strömholm *Historiskt och aktuellt. Studier i allmän rättslära* (Norstedts: Stockholm)
- Strömholm, Stig (1988), "Äganderätten i idéhistoriskt och internationellt perspektiv" i: S Strömholm *Historiskt och aktuellt. Studier i allmän rättslära* (Norstedts: Stockholm)
- Strömholm, Stig (1988), "Näringsfriheten – grundläggande men förbisedd" i: S Strömholm *Historiskt och aktuellt. Studier i allmän rättslära* (Norstedts: Stockholm)
- Strömholm, Stig (1996), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (Norstedts: Stockholm)
- Sund, Lars-Göran (1994), "Rättigheters funktioner och generella skyddsobjekt, särskilt barn", *Tidskrift för Rettsvetenskap* 1/2
- Sundberg, Halvar G. F. (1935), "Förvaltningen och rättssäkerheten", *Svensk juristidning*
- Sundberg, Halvar G. F. (1945), "Lagröta", *Svensk juristidning*
- Sundberg, Halvar G. F. (1955), "Regeringsrätten och den medborgerliga rättssäkerheten", i: *Festskrift tillägnad Nils Herlitz* (Stockholm)
- Sundberg, Halvar (1955), *Allmän förvaltningsrätt* (Norstedts: Stockholm)
- Sundberg, Jacob W (1990), *fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden* (Juristförlaget: Stockholm)
- Sundberg-Weitman, Brita (1982), "Rättssäkerhet och effektivitet – ett dilemma?", i: *Domstolarna och rättssäkerheten* (Rättsfonden: Lund)
- Sundby, Nils Kristian (1974), *Om normer* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Sundell, Jan-Olof (1994–95), "Legalitetsprincipen inom svenska straffrätts historia", *Juridisk tidskrift*
- Svennegård, Carl (1958), "Rättssäkerhet och skyddsvård", *Svensk juristidning*
- Svensson, Eva-Maria (1997), *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten* (Iustus: Uppsala)
- Svensson, Gustav (2000), *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor. Bedömning i förvaltningsdomstolar och socialnämnder* (Norstedts: Stockholm)
- Sveriges Advokatsamfund (1988), *Rättssäkerhetsprogram* (Samf: Stockholm)
- Syde, Aslak (1992), "Psykisk utviklingshemmets rettsstilling", i: Ståle Eskeland/Aslak Syde (red.) *Psykisk utviklingshemmets rettsstilling* (Ad notam Gyldendal: Oslo)
- Syde, Aslak (1996), *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete. Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler* (Ad Notam: Oslo)
- Syde, Henrik (1997), "Rettigheter og forpliktelser – rights and obligations", *Retfærd* 79

- Tamanaha, Brian (1993), "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* vol 20, no 2
- Tamanaha, Brian (1999), *Realistic Socio-legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Clarendon: Oxford)
- Tamm, Ditlev (1982), "Maskeballet. Teorier om den juridiske person i dansk retsvidenskab i det 19. århundrede", i: Y Blomstedt (red.) *Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden. Festskrift tillägnad Erik Anners* (Juristförlaget: Stockholm)
- Teubner, Gunther (1983), "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*
- Teubner, Gunther (1984), "Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review*
- Teubner, Gunther (1985), "After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law" i: Gunther Teubner (red.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (De Gruyter: Berlin)
- Teubner, Gunther (1986), "The transformation of law in the welfare state," i: Gunther Teubner (red.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (De Gruyter: Berlin)
- Teubner, Gunther (1987), "Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions," i: Gunther Teubner (red.) *Juridification of social spheres* (de Gruyter: Berlin)
- Teubner, Gunther (1988), "Introduction to autopoietic law," i: Gunther Teubner (red.) *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society* (De Gruyter: Berlin)
- Teubner, Gunther (1988), "Evolution of autopoietic law", i: Gunther Teubner (red.) *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society* (De Gruyter: Berlin)
- Teubner, Gunther (1992), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review* vol 13, no 5
- Teubner, Gunther (1993), "Blind legal evolution", i: Gunther Teubner *Law as an Autopoietic System* (Blackwell: Oxford)
- Teubner, Gunther (1988), *Law as an Autopoietic System* (Blackwell: Oxford)
- Teubner, Gunther (1997), "'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society", i: Gunther Teubner (red.) *Global Law Without a State* (Dartmouth: Aldershot)
- Teubner, Gunther (1997), "Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors", i: Gunther Teubner (red.) *Global Law Without a State* (Dartmouth: Aldershot)
- Tie, Warwick (1999), *Legal Pluralism. Toward a multicultural conception of law* (Ashgate: Dartmouth)
- Tikka, K S (1983), "Vad avses med rättssäkerheten i beskattningen?", i: *Rättssäkerheten i beskattningen* (Liber: Stockholm)
- Togliatti, Palmiro (1984), "L'intervista a 'Nuovi argomenti'" (1956), i: *Opere VI 1956-1964* (Roma: Editori Riuniti)
- Tolonen, Hannu (1991a), "Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics", *Scandinavian Studies in Law* vol 35
- Tolonen, Hannu (1991b), "Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen", *Retferd* 53
- Tolonen, Hannu (1993), "Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)", *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*
- Tolonen, Juha (1991), "Rätten och kaos", *Retferd* 55
- Trankell, Arne (1980), "Något om rättssäkerheten vid psykologers sakkunnigbedömning av vittnesbevisningen i svensk brottmålsprocess", *Svensk juristtidning*
- Tuori, Kaarlo (1987), "Två tolkningar av rättens evolution", *Retferd* 36
- Tuori, Kaarlo (1988), "Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?", i: Kaarlo Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors)
- Tuori, Kaarlo (1991), "Four models of the Rechtsstaat", i: Marja Akslin (red.) *The Finnish Constitution in Transition* (The Finnish Society of Constitutional Law: Hermes-Myynti Oy)
- Tuori, Kaarlo (1993), "Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården", *Retferd* 62
- Tuori, Kaarlo (1997), "Kant och rättsvetenskapens tidlöshet", *Retferd* 77
- Tuori, Kaarlo (1997b), "Towards a Multi-layered Conception of Modern Law", i: Ausli Aarnio (ed.) *Justice, Morality and Society. A Tribute To Aleksander Peczenik* (Juristförlaget: Lund)
- Tuori, Kaarlo (1999), "Från ideologikritik till kritisk positivism", *Retferd* 85
- Tur, Richard (1986), "The Kelsenian Enterprise", i: Richard Tur/William Twining (red.) *Essays on Kelsen* (Clarendon: Oxford)

- Twine, Fred (1994), *Citizenship and Social Rights. The Interdependence of Self and Society* (SAGE: London)
- Twining, William (2000), *Globalisation and legal theory* (Butterworths: London)
- Töllborg, Dennis (1986), *Personalkontroll. En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen* (Symposion: Stockholm/Lund)
- Töllborg, Dennis (1995–96), "Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken", *Juridisk tidskrift*
- Töllborg Töllborg, Dennis (1996), "Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet", *Retfærd* 74
- Töllborg, Dennis (1997), "Till Mia – installationsföreläsning", i: *Professorer & Professurer* (Göteborgs universitet)
- Töllborg, Dennis (1997), "Skit i lagen!", i: Håkan Hydén (red.) *Rätt i förändring: om kristendenser i svensk rätt* (Sociologiska institutionen: Lund)
- Töllborg, Dennis (1999), "Law as value", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*
- Unger, Roberto (1986), *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard U.P.: Cambridge)
- Unger, Roberto (1987), *Social Theory: Its Situation and Its Task* (Cambridge U.P.: Cambridge)
- Van Den Bergh, G (1972), "Le pluralisme juridique en droit romain," i: John Gilissen (red.) *Le pluralisme juridique* (Editions de l'Université de Bruxelles: Bruxelles)
- Vanderlinden, Jacques (1972), "Le pluralisme juridique. Essai de synthèse", i: John Gilissen (red.) *Le pluralisme juridique* (Editions de l'Université de Bruxelles: Bruxelles)
- Van der Velden, Willem (1987), "The value- and goaldependency of legislation and its methodology", i: Åke Frändberg/Michel van Hoecke (red.) *The Structure of Law* (Iustus: Uppsala)
- Van der Velden, Willem (1992) "Coherence in law: a deductive and a semantic explication of coherence", i: B Brouwer (red.) *Coherence and Conflict in Law* (Kluwer: Boston)
- Van Hoecke, Mark (1985), *What is legal theory?* (Acco: Leuven)
- Victor, Dag (1977), *Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system* (Norstedts: Stockholm)
- Vikner, Jens (1989), "Den polycentriske ret", i: *Årsberetning 1989* (Retsvidenskabeligt Institut B: København)
- Villa, Vittorio (1991), "Normative coherence and epistemological presuppositions of justification", i: Patrick Nerhot (red.) *Law, interpretation, and reality: essays in epistemology, hermeneutics, and jurisprudence* (Kluwer: Dordrecht)
- Von Wright, Georg Henrik (1980), *Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi* (Doxa: Lund)
- Voss, Bertil (1984), "Diskussionsinlägg," i: Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15 – 17 augusti 1984: Rettssikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern (Oslo 1985)
- Wahlbäck, Martin (1953), "De bostadssökande och rättssäkerheten. Ett genmäle", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Waldron, Jeremy (1985), red., *Theories of rights* (Oxford University Press: Oxford)
- Waldron, Jeremy (1985), "Introduction", i: Jeremy Waldron (red.) *Theories of rights* (Oxford University Press: Oxford)
- Walker, Ralph (1989), *The Coherence Theory of Truth. Realism, antirealism, idealism* (Routledge: London)
- Waluchow, Wilfred (1994), *Inclusive Legal Positivism* (Clarendon: Oxford)
- Warnling–Nerep, Wiweka (1995), *Kommuners lag- och domstolstrots. En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar* (Juristförlaget: Stockholm)
- Warnling–Nerep, Wiweka (1995–96), "Skall kommunalpolitiker bestraffas för kommunens bristfälliga resurser?", *Juridisk Tidskrift*
- Wellman, Carl (1997), *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals* (Kluwer: Dordrecht)
- Westberg, Peter (1992), "Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet" i: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding* (Juristförlaget: Stockholm)

- Westerberg, Ole (1957), "Debatten om rättssäkerhet i förvaltningen", i: Ivar Agge (red.) *Minnesskrift utg. av juridiska fakulteten i Stockholm vid dess Femtioårsjubileum 1957* (Norstedts: Stockholm)
- Westerhäll, Lotta (1986), "Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten," i: *Tidskrift för Rettsvetenskap*
- Westerhäll, Lotta (1989), "Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten", *Tidskrift för Rettsvetenskap*
- Westerhäll, Lotta (1994), *Patienträttigheter* (Nerenius & Santérus Förlag: Lund)
- Westerhäll, Lotta (1996), "Rättigheter som grund för social trygghet", *Retfærd* 75
- Westerhäll, Lotta (1996–97), "Nytt perspektiv på frågan om patienträttigheter", *Juridisk tidskrift*
- Westerhäll, Lotta (2002), "Statlig styrning av social trygghet. Försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga", i: Lotta Vahlne Westerhäll (red.) *Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten* (Norstedts: Stockholm)
- Westerlund, Staffan (1980), "Rättssäkerhet i miljövärden", *Svensk juristtidning*
- Whitman, James (1990), *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change* (Princeton U. P.: New Jersey)
- Wiklund, Nils (1990), "Sexualbrott och rättssäkerhet", *Svensk juristtidning*
- Wilhelm, Walter (1989), *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* (Juristförlaget: Stockholm)
- Wilhelmsson, Thomas (1986), "Rättssäkerheten, rettsvetenskapen och de allmänna läroerna", *Retfærd* 33
- Wilhelmsson, Thomas (1987), *Social civilrätt. Om, behovsorienterade element i kontraktets allmänna läror* (Juristförbundet: Helsingfors)
- Wilhelmsson, Thomas (1988), "Behovsrationellt och reflexivt i rättsdogmatiken", i: Kaarlo Tuori (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors)
- Wilhelmsson, Thomas (1990), "Om kritisk civilrättsdogmatik", i: E M Basse, red., *Regulering og styring II – til fornyelse af den juridiske teori og metode* (Gad: København)
- Wilhelmsson, Thomas (1993–94), "En social avtalsrätt? – Några kommentarer", *Juridisk Tidskrift*
- Wilhelmsson, Thomas (1995), "Legal Integration as Disintegration of National Law", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot: Dartmouth)
- Wilhelmsson, Thomas (1997), "Avtal och jämlikhet", *Svensk juristtidning*
- Wilhelmsson, Thomas (1999), "Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law", i: Thomas Wilhelmsson/Samuel Hurri (red.) *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law* (Dartmouth: Ashgate)
- Williams, Glanville (1992), "The concept of legal liberty", i: Carlos Niño (red.) *Rights* (Aldershot: Dartmouth)
- Willke, Helmut (1986), "The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72
- Willke, Helmut (1991), "The Autopoietic Theory of Law: Autonomy of Law and Contextual Transfer", i: Paul Amselk/Niel MacCormick (red.) *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh University Press: Edinburgh)
- Willke, Helmut (1992), *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft* (Suhrkamp: Frankfurt am Main)
- Wiman, Hans (1953), "Behovsprövning av bostadsmarknaden", *Förvaltningsrättslig tidskrift*
- Wintgens, Luc (1992), "Some critical comments on coherence in law", i: B Brouwer (red.) *Coherence and Conflict in Law* (Kluwer: Boston)
- Wittgenstein, Ludwig (1982), *Tractatus Logico-Philosophicus* (Doxa: Lund)
- Woodman, Gordon (1999), "The Idea of Legal Pluralism" i: Baudoin Dupret (red.) *Legal Pluralism in the Arab World* (Kluwer: The Hague)
- Wolenski, Jan (1998), "Coherence and knowledge", i: A Arnio mfl *On coherence theory of law* (Juristförlaget: Lund)
- Wrange, Pål (1990–91), "En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folkrätten", *Juridisk Tidskrift*
- Wróblewski, Jerzy (1990), "Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality", *Ratio Juris*

- Zahle, Henrik (1986), "Polycentri i retskildelæren", i: Anders Bratholm (red.) *Samfunn Rett Rettferdighet. Festskrift til T Eckhoffs 70-årsdag* (TANO: Oslo)
- Zahle, Henrik (1988), "Alternative bevismodeller", *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*
- Zahle, Henrik (1989), "Retsdogmatik og retskritik", i: E. M. Basse (red.) *Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog* (Gad: København)
- Zahle, Henrik (1992a), "Om pluralisme i retskildelæren – eller rettens polycentri", (opubl. manusk. Retsvidenskabeligt Institut B: København)
- Zahle, Henrik (1992b), "Findes der kun én bevisret?", i: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding* (Juristförlaget: Stockholm)
- Zahle, Henrik (1993), "Six theses on the legal pyramid", i: Peter Blume/Ditlev Tamm (red.) *Suum Cuique – Legal Studies from the University of Copenhagen Law Faculty* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag: København)
- Zahle, Henrik (1995a), "EU og retsteori. Oplæg til diskussion af den retsteoretiske ramme for studiet af EU-retten", *Retfærd* 68
- Zahle, Henrik (1995b), "The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics", i: Hanne Petersen/Henrik Zahle (red.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Dartmouth: Aldershot)
- Zila, Josef (1990), "Om rättssäkerhet", *Svensk juristidning*
- Zimmermann, Reinhard (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Clarendon: Oxford)
- Zimmermann, Reinhard (1998), "Roman Law and European Legal Unity," i: A Hartkamp (red.) *Towards a European Civil Code* Kluwer: The Hague)
- Zweigert, Konrad/Hein Kötz (1992), *An Introduction to Comparative Law* (Clarendon Press: Oxford)
- Åström, Karsten (1988), *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser* (Lund U.P.: Lund)
- Åström, Karsten (1998a), "Normbildning och beslutsfattande", i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund)
- Åström, Karsten (1998b) "Funktionshindre mellan SoL och LSS," i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund)
- Øvrelid, Ragnhild (1984), *Rettsikkerhet eller demokrati? Inflytelse og kontroll i fullmaktslovgivningen* (Universitetsforlaget: Oslo)
- Øvrelid, Ragnhild (1987), "Rettsikkerhetsgarantier og forvaltning av velferdsgoder", *Retfærd* 36

De sociala rättigheternas vara eller icke vara är en aktuell fråga. Den svenska välfärdstaten har givit medborgarna utökade sociala rättigheter och 1994 trädde *Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade* i kraft, som reglerar en rad insatser. Lagen är en rättighetslag, vilken ger de funktionshindrade klara rättigheter och kommunerna motsvarande skyldigheter att uppfylla dem. I en rad beslut och domar om beviljade insatser åsidosätts emellertid lagen genom sk fördröjd verkställighet. Som skäl anförs bl a bristande ekonomiska resurser och att rättighetslagar inskränker den kommunala självstyrelsen. Den enskildes rättssäkerhet är därigenom hotad.

Denna rättsteoretiska studie analyserar rådande föreställningar om sociala rättigheter, där en åsikt t ex uttrycker att sociala rättigheter inte är 'äkta' rättigheter och behöver därför inte högprioriteras. Mot detta framförs att de är reella krav-rättigheter. Den rådande rättssäkerhetsuppfattningen ifrågasätts, då formell förutsebarhet inte garanterar utsatta personers rättigheter när välfärdstaten demonteras. 'Social rättssäkerhet' lanseras som ett alternativ. Studien vill ta sociala rättigheter på allvar – *'taking social rights seriously.'*

Utifrån rättsteoretiska och rättssociologiska perspektiv kritiseras den gängse rättsuppfattningen, bland annat huruvida ideologin om rättens enhet ger en adekvat bild av rätten i ett pluralistiskt samhälle. Istället bör rätten ses som splittrad och polycentrisk. Vidare problematiseras föreställningen om rättens neutrala värdegrund varvid studien betonar dess 'värdekontext' eller *polyvalens*.

HÅKAN GUSTAFSSON är verksam som forskare och lärare vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.



LUND
UNIVERSITY

Lund Studies in Sociology of Law
ISBN 91-7267-120-3

Department of Sociology
Lund University
P. O. Box 114
SE-221 00 Lund